Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 35 - n. 193
Julho a Setembro de 2014



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 35 - n. 193 - Julho-Setembro de 2014

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 35, n. 193

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. 193 (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

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

Diretoria

Presidente - Des. Paschoal Carmello Leandro

Vice-Presidente - Des. Julizar Barbosa Trindade

Corregedora-Geral de Justiça - Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Des. Atapoã da Costa Feliz

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Desª. 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

Desª Maria Isabel de Matos Rocha

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Des. Eduardo Machado Rocha

Des. Vilson Bertelli

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

SUMÁRIO

Doutrina

Breves comentários acerca do crime de homicídio culposo na direção de veículo de acordo com a nova lei n. 12.971/14. Homicídio decorrente de racha ou pega no trânsito.

Carlos Alberto Garcete de Almeida 007

João Soares Lisboa e Francisco Alberto Teixeira de Aragão: alguns fragmentos sobre a história dos primórdios do Tribunal do Júri no Brasil.

José Carlos Lucio Maia 013

Jurisprudência Cível 031

Jurisprudência Criminal 440

Noticiário 590

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 646

Jurisprudência Criminal 649

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 652

Jurisprudência Criminal 657

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DO CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO DE ACORDO COM A NOVA LEI N. 12.971/14. HOMICÍDIO DECORRENTE DE RACHA OU PEGA NO TRÂNSITO

Carlos Alberto Garcete de Almeida[1]

Resumo: Este artigo tem por escopo abordar o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, especialmente nos casos de "rachas", à luz da recente Lei Federal n. 12.971/2014, que altera alguns artigos do Código de Trânsito Brasileiro

Palavras-chave: Direito Penal e Processual Penal. Código de Trânsito Brasileiro. Homicídio na direção de veículo. Lei n. 12.971/14.

Sumário: 1. Introito. 2. Delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor sob a égide da Lei Federal n. 12.971/14. 2.1 O art. 302, § 2º, do CTB. 2.2 Desproporcionalidade das penas previstas no art. 302 do CTB. 3. Delito de racha "qualificado". Art. 308, § 2º, do CTB. Antinomia (aparente). 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTROITO

Recentemente, foi editada a Lei Federal n. 12.971, de 9 de maio de 2014, que altera alguns artigos da Lei Federal n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para dispor sobre sanções administrativas e crimes de trânsito.

A nova lei entrará em vigor no 1º dia do 6º mês após a sua publicação (*vacatio legis*). Como a publicação ocorreu em 12 de maio de 2014, a efetiva entrada em vigor dar-se-á em **1º de novembro de 2014**.

A população brasileira, de há muito, tem cobrado das autoridades do Poder Legislativo a produção de legislação mais rigorosa para os chamados "crimes de trânsito", haja vista os inúmeros acidentes provocados na condução de veículos automotores, muitos dos quais a resultar na morte de pessoas que transitam em logradouros públicos. Não sem razão: no Brasil são registradas, por ano, em torno de 40.000 mortes e 376.589 feridos. A cada 22 minutos, uma pessoa morre em acidente de trânsito; a cada 57 segundos, ocorre um acidente de trânsito[2].

Esses acidentes e tragédias, no mais das vezes, decorrem de motoristas que conduzem veículos automotores em velocidades acima das permitidas para a via e/ou de agentes com capacidade psicomotora alterada em razão de influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência; ou que participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ("pega" ou "racha") ou, ainda, exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada por autoridade competente.

1 Mestre em Direito Constitucional PUC/RJ; Doutorando em Direito Processual Penal PUC/SP; Professor de Direito Processual Penal – ESMAGIS/MS; Juiz de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri em Campo Grande-MS; e-mail: carlosgarcete@uol.com.br

2 Disponível em: <http://: www.transitobr.com.br. Acesso em: 5 jun. 2014.

Nesse sentido, é imperioso anotar que a prevenção dos acidentes de trânsito se dá com políticas públicas, mudança cultural da sociedade e efetiva educação de trânsito desde o ensino fundamental. O direito penal, é ressabido, apresenta-se como a *ultima ratio*. Penas mais elevadas não haverão, por certo, de suprir as necessidades antes destacadas. É bem verdade que, de acordo com *Jakobs*[3], a pena é uma reação a uma violação normativa. Segue-se que um dos objetivos da pena é demonstrar que se deve respeitar a norma violada. Essa reação acontece sempre a expensas do responsável pela violação normativa. Entrementes, é a conscientização popular da problemática que pode colimar um futuro melhor.

Nessa linha de raciocínio, além da própria "cobrança" da sociedade para que as leis de trânsito sejam recrudescidas pelos legisladores e mandatários do voto popular, tem-se percebido, no cotidiano das varas criminais, inúmeros inquéritos policiais e posteriores processos criminais onde os fatos imputados aos investigados ou réus são tratados genericamente sob a conduta de "dolo eventual", com total desprezo à classificação técnica da culpa (consciente e inconsciente). De acordo com o art. 18, inciso I, do Código Penal, diz-se o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. A propósito, tal "praxe" deve ser revista para receber tratamento mais técnico já que, em casos tais, é mister que o agente, de fato, tenha assumido conscientemente o risco de causar o resultado morte a outrem.

Nada obstante, essa premissa tem sido olvidada amiúde sob a bandeira de obter sanções criminais mais rígidas. Isso porque o crime de *homicídio simples* previsto no art. 121, *caput,* do Código Penal tem pena de reclusão de 6 a 20 anos, enquanto que o crime de *homicídio culposo na direção de veículo automotor* previsto no Código de Trânsito Brasileiro tem pena de detenção, de 2 a 4 anos, podendo ser aumentada de um terço à metade, se o agente (I) não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação, (II) praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada, (III) deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente e (IV) no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

Em meio a todos esses fatores, exsurge, então, a indigitada Lei Federal n. 12.971/14, que, entre outras coisas, passa a disciplinar, especificamente, a conduta criminosa do agente que causa a morte de outrem, na direção de veículo automotor – os chamados "pegas" ou "rachas" – ou quando o conduz sob a influência de álcool ou droga.

No tanto que interessa a este ensaio, passemos ao exame do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor sob a égide da novel lei.

2. DELITO DE HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A ÉGIDE DA LEI FEDERAL N. 12.971/14

2.1 O art. 302, § 2º, do CTB

A lei em comento alterou a redação do Código de Trânsito Brasileiro no que pertine ao crime de *homicídio culposo na direção de veículo automotor*. A primeira incongruência evidenciada é que dois artigos do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) passam a tipificar tal conduta, quando, por respeito à técnica legislativa, máxime em se tratando de um código, haveria de existir apenas um artigo a prever a norma incriminadora penal e todas as suas qualificadoras e/ou causas de aumento de pena. É o que *Lourival Vilanova* denomina de *coerência lógica do sistema*:

3 JAKOBS, Günter. *Tratado de direito penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 20.

> *"**Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção do veículo automotor.***
>
> ***Penas – detenção, de 2 a 4 anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.***
>
> *§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:*
>
> *I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;*
>
> *II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;*
>
> *III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;*
>
> *IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.*
>
> ***§ 2º Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente:***
>
> ***Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.**" (NR)*

Veja-se que, com a supracitada modificação legislativa, a alteração se deu apenas no tocante à forma de cumprimento da pena — de "*detenção*" para "*reclusão*". De lembrar-se que, nos termos do art. 33 do Código Penal, a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. Em outras palavras, no sistema de reclusão, o apenado pode iniciar o cumprimento da pena em regime fechado; no sistema de detenção, a pena deve ser iniciada em regime semiaberto ou aberto.

Qual a diferença prática, então, com a nova Lei? Nenhuma! É que a lei em comento prevê pena de 2 a 4 anos de reclusão para o homicídio culposo se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente.

Sucede que, a teor do que preceitua o art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, o condenado não reincidente, cuja pena seja **igual ou inferior a quatro anos**, pode, desde o início, cumpri-la em regime aberto. Por corolário, é irrelevante, no tocante a este delito, que a pena em concreto seja de reclusão ou detenção porque não haverá, em princípio, regime fechado.

2.2 Desproporcionalidade das penas previstas no art. 302 do CTB

Outra grande incongruência sistêmica desta Lei é o fato de que o § 1º do art. 302 prevê causas de aumento de um terço à metade da pena base de detenção de 2 a 4 anos se o agente (I) não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação, (II) praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada, (III) deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente e (IV) no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

Contudo, se o agente causar a morte porque conduzia o veículo **alcoolizado ou sob influência de entorpecentes** – hipótese do § 2º – terá pena de reclusão de 2 a 4 anos.

Logo, nestes casos, a pena de quem causa morte porque conduzia o veículo alcoolizado ou sob influência de droga é inferior a de quem causa a morte porque, por exemplo, não possui carteira de habilitação. Não há dúvida da flagrante desproporcionalidade da norma penal incriminadora nesta situação.

3. DELITO DE *RACHA "QUALIFICADO"*. ART. 308, § 2º, DO CTB. ANTINOMIA (APARENTE)

A despeito de o sobredito art. 302, § 2º, ter disciplinado o que tem sido chamado de homicídio culposo qualificado, a nova Lei trouxe, ainda, outra conduta típica aparentemente semelhante:

> *"*Art. 308. *Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada:*
>
> *Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.*
>
> *§ 1º Se da prática do crime previsto no "caput" resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.*
>
> ***§ 2º Se da prática do crime previsto no "caput" resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.****" (NR)"*

Não bastassem as asserções acima, é de se notar que o art. 302 do CTB reputa típica a conduta de quem pratica crime de homicídio culposo na direção de veículo. Porém, inclui uma *qualificadora* (parágrafo segundo) quando o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou quando participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente. Observe-se que, nesta hipótese (homicídio culposo na direção de veículo), a participação em competição ("racha" ou "pega") e a demonstração de perícia em manobra é que *qualificam* o crime.

Por sua vez, o art. 308, § 2º, do CTB pune a conduta de quem participa, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, a gerar situação de risco à incolumidade pública ou privada. Já, aqui, a *qualificadora* se dá quando o cometimento do crime previsto no "caput" (participação em *racha*) resultar morte e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo. Nesta situação, é a morte que *qualifica* o crime.

Em última razão, o legislador pecou na falta de tecnicidade na medida em que qualificou e apenou, de maneira diversa, condutas muito próximas em detrimento da *unidade sistemática* que deve subsistir em qualquer legislação.

A respeito dessas novas sanções, parte da doutrina tem asseverado que as condutas do art. 302, § 2º, e art. 308, § 2º, ambos do CTB seriam inconciliáveis. Cite-se, *ad exemplum,* a respeitável opinião de *Luiz Flávio Gomes*[4]:

4, GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Nova lei de trânsito**: barbeiragem e derrapagem do legislador *(?).* Disponível em http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2014/05/13/nova-lei-de-transito-barbeiragem-e-derrapagem-do-legislador/. Acesso em 5-6-2014.

> *"(...)*
>
> *O problema aqui no art. 308 o resultado morte provocado culposamente aparece como qualificadora do delito de participação em 'racha'. Já no art. 302 (homicídio culposo), é a participação em 'racha' que o torna qualificado (mais grave). No delito de participação em 'racha' é a morte que o qualifica. No delito de homicídio, é a participação no racha que o qualifica. Mas tudo isso é a mesma coisa! O mesmo fato foi descrito duas vezes. Na primeira situação (art. 302), a descrição legal foi de trás para frente (morte em virtude do 'racha'); na segunda (art. 308), da frente para trás ('racha' e depois a morte). Para não haver nenhuma dúvida (talvez essa tenha sido a preocupação do emérito legislador), descreveu-se o mesmo fato duas vezes. Seria uma mera excrecência legis (o que já é bastante reprovável), se não fosse o seguinte detalhe: No art. 302 (homicídio culposo em razão de 'racha') a pena é de reclusão de dois a quatro anos; no art. 308 ('racha com resultado morte decorrente de culpa') a pena é de cinco a dez anos de reclusão! Mesmo fato, com penas diferentes (juridicamente falando, sempre se aplica a norma mais favorável ao réu, ou seja, deve incidir a pena mais branda – in dubio pro libertate)."*

Pois bem. O art. 302, § 2º, apresenta duas hipóteses de homicídio culposo na direção de veículo automotor: 1ª) quando condutor se encontrava alcoolizado ou sob influência de droga, ou; 2ª) quando participe, em via, de disputa, competição automobilística ou de exibição ou demonstração de perícia em manobra do veículo. Pena: 2 a 4 anos de reclusão.

O art. 308, § 2º, refere-se à conduta daquele que participa de competição automobilística não autorizada por autoridade competente, **gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada**, e que resulte morte. Pena: 5 a 10 anos de reclusão.

Não se vislumbra entre tais preceitos a existência de antinomia. As condutas são assemelhadas, mas não semelhantes, haja vista que o art. 308 – que possui pena mais exasperada, ou seja, 5 a 10 anos de reclusão – exige que a conduta, além de causar a morte de alguém, **gere situação de risco à incolumidade pública ou privada**. Força concluir que o preceito primário do art. 308 urge que o homicídio culposo na direção de veículo tenha gerado "**crime de perigo concreto**" à coletividade.

Assim, *a contrario sensu* do que vem sendo preconizado, não se trata de condutas semelhantes e que, por isso, ter-se-ia que aplicar a lei penal mais benéfica. Tampouco, poder-se-ia dizer que haveria incompatibilidade na aplicação dessas normas. Conforme adverte *Maria Helena Diniz*[5], o conceito normativo contém uma potencialidade que possibilita a subsunção dos objetos individuais por ele abarcados, excluindo os que não o são.

Cumpre não perder de vista que, em Diniz[6], a **antinomia** é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deva ser aplicada ao caso singular. Para que se tenha uma antinomia real, é necessário: a) incompatibilidade; b) indecidibilidade; e c) necessidade de decisão.

Não é o que ocorre com os artigos 302 e 308 — ainda que sua construção seja de péssima técnica legislativa — porque podem ser aplicados aos casos concretos a partir da hermenêutica consentânea. *Tércio Sampaio Ferraz Jr*[7] leciona que *antinomia real* é a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente) emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado. Os arts. 302 e 308 não se afeiçoam ao referido conceito.

5 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 442.

6 *Op.cit.,* p. 503.

7 *Apud* Maria Helena Diniz. *Op.cit.,* p. 503

Deve ser sublinhado aqui a vetusta lição de *Von Liszt* acerca da noção de bem jurídico, no sentido de que a ordem jurídica tem por função a tutela de bens ou interesses, individuais e sociais. Ademais, o objeto jurídico do crime é imprescindível para a classificação dos crimes e, sobretudo, para a interpretação da lei. *Fragoso*[8], por sua vez, traz a lume a seguinte lição:

> *"Como se sabe, ROCCO dividia o objeto do crime em substancial e formal. Por objeto substancial entendia aquilo que o direito penal, mediante seus preceitos e suas sanções, juridicamente, protege, e o crime, efetivamente, lesa ou expõe a perigo, ou seja, o bem ou interesse humano tutelado pela norma. O objeto formal do crime seria constituído pelo direito do Estado às ações ou omissões impostas sob ameaça de pena, ou seja, o direito subjetivo público estatal à obediência ou observância dos preceitos penais. O objeto substancial subdividia-se em: a) genérico – comum a todos os crimes, constituído pelo interesse do Estado à segurança das condições de vida em comum, ou seja, à segurança da própria existência ou da própria conservação; b) específico – variável, na sua qualidade, conforme a espécie do crime, sendo constituído sempre por um bem ou interesse próprio da pessoa diretamente atingida pelo crime (sujeito passivo)."*

Esse magistério se mostra aqui pertinente para demonstrar que não há identidade de objetos jurídicos entre os artigos em confronto. Com efeito, o art. 302 do CTB contempla a tutela penal da *vida humana*; o art. 308 do mesmo Código tutela, além da vida humana, a *incolumidade pública*. As tutelas penais são diversas. Logo, os preceitos secundários das normas incriminadoras têm dosagens distintas. Por isso, a resposta penal é maior no art. 308.

4. CONCLUSÃO

A sanção do art. 308, § 2º, do CTB é mais rígida do que aquela prevista para o art. 302, § 2º, do mesmo Código, porquanto sua aplicação ocorrerá quando a ação do condutor **gerar situação de risco à incolumidade pública ou privada,** diferentemente do texto deste último tipo penal.

Inexiste a presença de *antinomia* real entre os dispositivos, já que, para tanto, seriam necessários três elementos: a) incompatibilidade; b) indecidibilidade; e c) necessidade de decisão.

As normas em comento são perfeitamente harmonizáveis, a despeito da péssima estrutura de técnica legislativa.

5. REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Objeto do crime**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo60.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Nova lei de trânsito**: barbeiragem e derrapagem do legislador (?). Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2014/05/13/nova-lei-de-transito-barbeiragem-e-derrapagem-do-legislador/>. Acesso em: 5 jun. 2014.

JAKOBS, Günter. **Tratado de direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

8 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Objeto do crime**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo60.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014.

JOÃO SOARES LISBOA E FRANCISCO ALBERTO TEIXEIRA DE ARAGÃO: ALGUNS FRAGMENTOS SOBRE A HISTÓRIA DOS PRIMÓRDIOS DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

José Carlos Lucio Maia[1]

Resumo: Instituição democrática, prevista expressamente na Constituição da República, o júri no Brasil tem suas origens intimamente relacionadas à liberdade de imprensa e à declaração de independência do país. No entanto, quase duzentos anos após, ainda há dúvidas sobre a realização do primeiro julgamento desta espécie que por aqui se fez. Busca-se esclarecer esses fatos, revelando a importância da história dos primórdios desta instituição, relacionando o contexto social e político no qual se desenvolveram os eventos e a biografia de dois de seus personagens: João Soares Lisboa, jornalista que literalmente lutou pela independência do país, e Francisco Alberto Teixeira de Aragão, jurista que contribuiu para formar estruturas imprescindíveis à formação do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. História. João Soares Lisboa. Francisco Alberto Teixeira de Aragão.

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações gerais sobre a história dos primeiros júris no Brasil. 3. João Soares Lisboa. 4. O primeiro julgamento por júri no Brasil. 5. Francisco Alberto Teixeira de Aragão. 6. O primeiro júri realizado sob a égide de um ordenamento jurídico brasileiro. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O julgamento realizado por um conselho de pessoas leigas em par de igualdade com o acusado, a síntese do que seja um júri, é uma noção que acompanha a humanidade há milhares de anos, dividindo a opinião entre seus opositores e seus defensores. Atualmente, o Tribunal no Júri é previsto expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º, XXXVIII), que lhe assegura a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Trata-se da garantia de que ao menos os autores de tais delitos serão submetidos a julgamento não por um juiz técnico, mas por um corpo de jurados formado por populares convocados especificamente para análise de um fato concreto.

Essa instituição democrática, que permite a pessoas comuns do povo o exercício direto e momentâneo do poder estatal, foi inserida no Brasil em 1822, por meio de Decreto expedido pelo Príncipe Regente, datado de 18 de junho de 1822.

1 Especialista em Ciências Penais; Coordenador do Memorial do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul; e-mail: jose.lucio@tjms.jus.br

Passados quase duzentos anos de sua previsão normativa inicial, ainda há hoje dúvidas quanto à realização do primeiro julgamento desta espécie realizado no país. Ao abordar o tema atinente ao histórico do júri brasileiro, muitos autores optam por não mencionar este acontecimento, outros mencionam hipóteses divergentes a respeito da ocorrência do primeiro júri, alguns apresentando a existência de dúvidas nesta matéria.

Este despretensioso estudo tem por finalidade oferecer dados fatos históricos, capazes de demonstrar como de fato se deu o primeiro julgamento por jurados no país, bem como mostrar alguns aspectos dos primórdios do júri brasileiro e de seus principais personagens.

Para conhecer a realidade desta história trilhamos um caminho pouco usual. Se no cotidiano vemos jornalistas buscando em processos antigos informações referentes a fatos históricos para elaborar as matérias que serão publicadas nos jornais, nossa pesquisa seguiu rumo inverso. Foi nas páginas de jornais antigos que encontramos os registros de acontecimentos relevantes para a história do Direito.

Isso porque a história do Tribunal do Júri no Brasil está entrelaçada à da imprensa no país, tendo em vista que na sua gênese o júri era competente para julgamento de causas referentes a crimes de imprensa.

A pesquisa representou uma viagem no tempo, até ao início do séc. XIX, caminhando nas páginas de publicações dos últimos dias do período colonial, bem como de outras de pouco tempo depois da emancipação política do Brasil. Oportuno explicar, desde já, que a transcrição de trechos dessas publicações foi feita de acordo com a linguagem da época.

O histórico completo da instituição do júri no país, do Império até os dias atuais, está retrato em diversas obras de autores altamente gabaritados, não sendo a finalidade deste estudo narrar essa trilha histórica. Limitamo-nos aqui, portanto, a um breve relato dos primórdios do Tribunal do Júri no país, apresentando suas figuras mais destacadas, restringindo o foco aos aspectos praticamente inéditos da história, que são justamente os temas mais interessantes da pesquisa realizada.

A importância da história dos primeiros júris no Brasil é percebida na análise do contexto político em que está inserida, no entorno temporal da declaração de independência do país, bem como no reconhecimento da grandeza de dois dos seus personagens, João Soares Lisboa e Francisco Alberto Teixeira de Aragão. O primeiro um jornalista libertário e revolucionário, que defendia abertamente a causa da independência da nação. O segundo foi um jurista de elevada envergadura moral, que espalhou o gérmen de sua atuação inovadora sob as bases de instituições imprescindíveis em um Estado Democrático de Direito, como o Supremo Tribunal Federal, a Polícia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

São, sem dúvidas, histórias que merecem ser conhecidas.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A HISTÓRIA DOS PRIMEIROS JÚRIS NO BRASIL

A primeira norma tratando de júri no Brasil foi o Decreto do Príncipe Regente datado de 18 de junho de 1822 (antes, portanto, da declaração de independência), que criou "*Juízes de Facto para julgamento dos crimes de abusos de liberdade de imprensa*". A respeito, comenta Darcy Arruda Miranda:

> *"Por decreto de 18 de junho do mesmo ano de 1822, oriundo do Conselho de Estado e assinado por Pedro I, foram adotados os arts. 12 e 13 da Lei portuguesa de 12 de julho de 1821, em relação às penas, criando-se um júri composto de 24 cidadãos, escolhidos entre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas, com direito de recusação de dezesseis, por parte dos réus. A apelação era dirigida ao Príncipe"*[2].

2 MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**. São Paulo: RT, 1969, p. 11. vol. 1

Pouco tempo após o grito dado às margens do Rio Ipiranga, a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa passou a discutir um projeto de lei a respeito da liberdade de imprensa. Por meio de Decreto de 22 de novembro de 1823, o Imperador determinou a execução provisória do referido projeto de lei, estabelecendo julgamento dos crimes de imprensa por meio de júri, o que representava grande inovação na estrutura do Poder Judiciário, que à época nem sequer podia ser considerado independente[3].

Se no aspecto normativo não existe dúvidas quanto às origens do júri Brasil, há ainda muito a se esclarecer no que se refere à realização do primeiro julgamento, em razão da incompletude e de incorreção de algumas informações apresentadas pela doutrina nacional[4].

Alguns estudos apresentam João Soares Lisboa, redator do Correio do Rio de Janeiro como o primeiro a ser julgado pelo júri no país. Outros afirmam que foi o Intendente Geral da Polícia do Rio de Janeiro o protagonista do primeiro júri, proposto contra matéria injuriosa publicada contra sua pessoa. Alguns fazem ressalva de não se ter certeza sobre a precisão desses dados, pois há divergência de informações, como, por exemplo, Paulo Guilherme de Mendonça Lopes e Patrícia Rios, quando falam dos 200 anos de história da Justiça Brasileira:

> *"A Lei de Liberdade de Imprensa é de 1823. 'Diz-se que coube ao Senado da Câmara do Rio de Janeiro, reunido em vereação extraordinária de 4 de fevereiro de 1824, a primazia de sugerir a Sua Alteza, o Príncipe Regente, a criação de um Juízo de Jurados para a execução dessa lei', escreve Nequete. Segundo Enéas Galvão, citado por Nequete, foi em 1825 que se executou pela primeira vez a lei de 2 de outubro de 1823, no julgamento do crime de injúrias publicadas no Diário Fluminense de 25 de abril contra o intendente-geral da polícia da corte, Francisco Alberto Ferreira de Aragão. Outros, no entanto, apontam João Soares Lisboa, redator do Correio do Rio de Janeiro, como primeiro a comparecer perante o Tribunal do Júri, que, aliás, o teria absolvido"*[5].

De certa forma, essas informações não são nem falsas nem verdadeiras, mas incompletas. Para bem compreender essa situação, deve diferenciar o primeiro júri realizado no Brasil e o primeiro julgamento realizado por pares sob as égides de um ordenamento jurídico brasileiro. Isso se dá porque até à efetiva emancipação, com pouco interesse por parte do Império[6], vigorava aqui as Ordenações Filipinas, que começaram a ter efetiva aplicação em 1603 e foram empregadas até o final do período colonial, tendo depois suas disposições aos poucos substituídas pelo incipiente ordenamento jurídico brasileiro.

Então, o júri a que foi submetido João Soares Lisboa, foi o primeiro realizado no Brasil, em 1º de agosto de 1822, ainda sob a regência da ordem jurídica da Coroa Portuguesa. Por sua vez, o júri promovido por Francisco Alberto Teixeira de Aragão, em 27 de junho de 1825, foi o primeiro realizado conforme a ordem jurídica brasileira, seguindo as diretrizes do Decreto Imperial de 22 de novembro de 1823, sendo o julgamento realizado quando da vigência da duradoura Constituição de 1824[7].

---

3 Para demonstrar o que se afirma, confira-se o seguinte trecho da doutrina sobre o assunto: "Isto mostra que o Executivo não só se arrogava o direito de discutir a justiça das decisões do Judiciário, como também estava disposto a punir aqueles que, no seu exclusivo juízo, agissem em desacordo com suas crenças. Não se pode dizer, ante tal realidade e ante o poder expressamente concedido ao Imperador, pela própria Constituição, de decretar aposentadorias compulsórias e transferências de magistrados vitalícios, que o Judiciário do Império fosse efetivamente um poder independente" (NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 36-37)

4 Cabe aqui registrar que os equívocos apresentados nas obras sobre a matéria são, em boa parte, frutos da dificuldade que se tinha de acesso à fonte primária das informações, barreiras que hoje foram superadas pela tecnologia da informação. Atualmente, por exemplo, é possível ter acesso às publicações do início do século XIX em formato digital graças ao excelente serviço realizado pela Biblioteca Nacional, disponibilizando esses periódicos na internet na Hemeroteca Digital Brasileira. O endereço eletrônico para acesso ao acervo é: http://hemerotecadigital.bn.br.

5 LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça e RIOS, Patrícia. **Justiça no Brasil** – 200 anos de História. São Paulo: Conjur Editorial, 2009, p. 42.

6 "É de salientar que a aplicação do direito no vasto espaço territorial do Brasil-Colônia não fazia parte das preocupações portuguesas, já que o objetivo da Metrópole era principalmente assegurar o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros, mas mesmo assim as Ordenações Filipinas foram a base do direito no período colonial e também durante a época do império no Brasil. Foi a partir da nossa Independência, em 1822, que os textos das Ordenações Filipinas foram sendo paulatinamente revogados, mas substituídos por textos que, de certa forma, mantinham suas influências. Primeiro surgiu o Código Criminal do Império de 1830, que substituiu o Livro V das Ordenações; em seguida foi promulgado, em 1832, o Código de Processo Criminal, que reformou o processo e a magistratura; em 1850 surgiram o Regulamento 737 (processo civil) e o Código Comercial. Os Livros I e II perderam a razão de existir a partir das Revoluções do Porto em 1820 e da Proclamação da Independência brasileira" (MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Ordenações Filipinas**- considerável influência no direito brasileiro. Carta Forense. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>. Acesso em 8 nov. 2014).

7 "Examinada sob o aspecto de sua eficácia, considerada a partir de sua vigência, a Constituição brasileira de 1824 foi a de maior duração das sete que tivemos. Ao ser revogada pelo governo republicano, em 1889, depois de 65 anos, era a segunda Constituição escrita mais antiga do mundo, superada apenas pela dos Estados Unidos" (NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 14)

Com o avançar do tempo, porém, diversos autores, quando tratam da história do júri no Brasil, passaram a descrever algum destes julgamentos, sem fazer referência ao outro e sem dar a devida atenção aos seus personagens e aos contextos políticos nos quais esses eventos estão inseridos.

Quanto ao primeiro júri realizado após a emancipação política do Brasil, o de Aragão, houve ainda a divulgação incorreta do nome de seu protagonista, o que tem influência na dificuldade de relacionar a biografia desse importante personagem com este episódio histórico.

Em 1896, Enéas Galvão, Juiz da 3ª Pretoria do Rio de Janeiro, publicou sua obra "Organisação Judiciária - Estudo de Legislação Comparada" onde, com base nos escritos de José Maria Vaz Pinto Coelho, teceu as seguintes considerações a respeito do primeiro julgamento de jurados no Brasil:

> *"Data o jury brazileiro de 1822; uma lei de 18 de Junho desse anno o instituiu para os crimes de liberdade de imprensa.*
>
> *No anno seguinte discutia-se na Assembléa Constituinte um projecto de lei sobre a mesma materia e o modo de julgamento pelos jurados; por um decreto datado de 22 de Novembro desse mesmo anno foi ordenado a execução provisoria do mencionado projecto, cuja discussão estava apenas iniciada e é conhecido pela lei de Outubro de 1823.*
>
> *Foi pela primeira vez applicada essa lei no anno de 1825: reunindo-se os dois conselhos de jurados, pronunciaram-se, o primeiro, quanto á criminalidade do acto e o segundo quanto á condemnação do accusado.*
>
> *Tratava-se nesse processo de uma carta, assignada com as iniciaes R. P. B. e publicada no "Diario Fluminense" desta Capital em 25 de Abril d'aquelle anno, contendo injurias contra o intendente geral da policia da Côrte, Francisco Alberto Ferreira de Aragão, conforme refere o Dr. José Maria Vaz Pinto Coelho, em seu livro sobre o jury"*[8].

Posteriormente, José Frederico Marques fez referência a esse texto, em nota de rodapé, na sua obra "O Júri no Direito Brasileiro", onde registrou:

> *"Segundo ENÉAS GALVÃO, a lei do júri foi aplicada pela primeira vez, no Brasil, em 1825, em ação penal decorrente de carta injuriosa, publicada com as iniciais R. P. B., no Diário Fluminense, visando o intendente geral da polícia da Côrte, Francisco Alberto Ferreira de Aragão (ENÉAS GALVÃO – Organização judiciária - 1896 - pág. 278)"*[9].

Depois disso, em grande parte pelo prestígio de Frederico Marques, vários estudos passaram a citar, direta ou indiretamente, essa passagem de Enéas Galvão[10], atribuindo o primeiro júri do país a Francisco Alberto *Ferreira* de Aragão (quando o correto é Francisco Alberto *Teixeira* de Aragão).

Convém mencionar que José Maria Vaz Pinto Coelho fez a correta menção ao nome do Intendente Geral da Polícia em seu "Questões do Jury"[11], obra esta na qual se baseou Enéas Galvão para tratar do tema, autorizando concluir que foi no texto do último que ocorreu o lapso de transcrição do nome de Francisco Alberto Teixeira de Aragão.

---

8 GALVÃO, Enéas. **Organisação Judiciária – Estudo de Legislação Comparada.** Rio de Janeiro: Gonçalves Dias, 1896, p. 178-179. Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18087/Organisa%C3% A7%C 3% A3o_judici%C3%A1ria_Estudo.pdf?sequence=1> . Acesso em: 3 nov 2014 .

9 MARQUES, José Frederico. **O Júri no Direito Brasileiro**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 49.

10 Apenas como exemplo, podemos citar os seguintes estudos que fazem referência à obra de Enéas Galvão no que tange ao primeiro júri realizado no Brasil: ARAGÃO, Alice Iracema Melo. **Tribunal do Júri - Processo Penal Constitucional, características e nulidades.** Fortaleza: UFC / ESMP, 2003. 42 p. Monografia (Especialização) Universidade Federal do Ceará / Escola Superior do Ministério Público. Disponível em: < http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/proc.penal/tribunal.do.juri.processo.penal.constitucional[2003].pdf>. Acesso em: 3 nov 2014.; PEREIRA, Roberto Luiz. A Instituição do Júri e Seus 184 Anos de História. **Revista Eletrônica de Direito da UCB**, Rio de Janeiro, ed. 4, n. 4, p. 124-182. 2007. Disponível em: http://www.castelobranco.br/sistema/novoenfoque/files/04/REVISTA_ELETRONICA_DE_DIREITO_DA_UCB-A_INSTITUICAO_DO_JURI_E_SEUS_184_ANOS_DE_HISTORIA.pdf. Acesso em: Acesso em: 3 nov 2014.; ROSA, Vinicius Duarte. **O Tribunal do Júri e a reforma processual introduzida pela Lei 11.689/08 no Código de Processo Penal Brasileiro.** Itajaí: Univali, 2009. 182 p. Monografia (Graduação) Universidade do Vale do Itajaí. Disponível em: < http://siaibib01.univali.br/pdf/Vinicius%20Duarte%20Rosa.pdf>. Acesso em: 3 nov 2014.

11 COELHO, José Maria Vaz Pinto. **Questões do Jury.** Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1884, p. 27.

Isso talvez explique a posterior omissão dos autores que trataram do tema a respeito da importância histórica deste personagem, que está intimamente ligado à história da Justiça Brasileira, especialmente do Tribunal do Júri, destacando-se ter sido ele autor do primeiro livro dedicado ao tema no país, publicado em 1824.

Com a intenção de somente alguns dados embrionários e, com isso, instigar a busca por mais informações para estudo aprofundado desses fatos, passa-se a tecer algumas considerações sobre estes ricos eventos históricos e seus personagens, iniciando-se pelo réu do primeiro júri ocorrido no país, João Soares Lisboa, relatando em seguida detalhes sobre esse julgamento. Depois, apresenta-se breve histórico de Francisco Alberto Teixeira de Aragão e comenta-se o júri por este promovido contra carta que o injuriou, sendo este o primeiro julgamento ocorrido, após a independência do Brasil, quando se instituía um ordenamento jurídico no país.

3. JOÃO SOARES LISBOA

A história de João Soares Lisboa é mais relacionada ao Jornalismo e à História do Brasil do que ao Direito, sendo ele um dos primeiros personagens a se manifestar "livremente" por meio da imprensa no país, além de ser um grande defensor e incentivador da independência do Brasil, o que inclusive resultou no fato de ter sido o primeiro réu a ser submetido a júri popular, em decorrência da alegada prática de crime de imprensa, isso por ter cobrado publicamente do Imperador a convocação da Assembleia Constituinte.

Para se ter noção do contexto histórico-jurídico que se vivia em relação à imprensa no crepúsculo do período colonial, deve-se observar o seguinte trecho das lições de Carlos Alberto Carrillo ao tratar da Memória da Justiça Brasileira:

> *Finalmente, já na regência de D. Pedro e faltando menos de três meses para a Declaração da Independência, os recém-nascidos delitos de imprensa motivaram a aparição de uma estrutura judicante absolutamente nova. Até a chegada de D. Pedro VI, não existira no Brasil imprensa algumas. As poucas tentativas feitas para importar ou construir máquinas impressoras foram sempre durante combatidas pela Coroa, que considerava perigosa e de difícil controle a produção de materiais impressos nas colônias. Mas a situação inverteu-se radicalmente quando, estabelecida a Corte no Rio de Janeiro, essa cidade passou a ser, de fato a capital do reino.*
>
> *Em 1822, a imprensa era já um arma temível e, enfrentado o Príncipe as decisões das Cortes de Lisboa, encontrava-se no meio uma luta entre facções virtualmente irreconciliáveis, brigando uma pela restauração do domínio colonial enquanto a outra tentava consolidar as conquistas alcançadas, chegando a prognosticar a Independência e até mesmo a República.*
>
> *Quinze dias antes, em 3 de junho, D. Pedro convocara uma Assembléia Geral Constituinte e Legislativa com claras tendências independentistas. O controle da imprensa transformara-se, a partir desse momento, num problema vital para a consolidação dos seus projetos. Mas os tempos tinham mudado e não era prudente 'offender a liberdade bem entendida da imprensa [...] que tantos bens tem feito á causa sagrada da liberdade brazilica'"*[12].

12 CARRILLO, Carlos Alberto. **Memória da Justiça Brasileira,** vol. III (Independência e Constitucionalismo). Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2003, p. 319-320.

Nessa conjuntura política que João Soares Lisboa edita o jornal Correio do Rio de Janeiro. Em trabalho apresentado no VI Congresso Nacional de História da Mídia, intitulado "*Um jornalista proscrito no Brasil Independente: João Soares Lisboa – um português brasileiro*", Nilo Sergio Gomes afirma que até 1821 a imprensa brasileira se restringia à publicações de interesse oficial e amenidades havidas no exterior, circulando no país o periódico *Gazeta do Rio de Janeiro*[13]. Após a Revolução do Porto, em 1820, abre-se caminho para a liberdade de imprensa, iniciando a difusão de ideais liberais. Sobre o periódico editado por João Soares Lisboa, o autor expõe os seguintes fatos:

> *"É somente em 10 de abril de 1822, uma quarta-feira, três meses após o Fico (9 de janeiro), que surge o Correio do Rio de Janeiro, o primeiro jornal diário do Brasil. Seu editor é o personagem principal desta comunicação: João Soares Lisboa, 'jornalista libertário', como o identifica o já citado Renato Lopes Leite, em 'Republicanos e libertários – pensadores radicais no Rio de Janeiro, 1822 (2000)'.*
>
> *A primeira fase deste outro Correio, o de João Soares Lisboa, português brasileiro que trata de editar um jornal, no Brasil, sob a ótica e as marés das conjunturas internas, próprias ao país, isto é, a partir das forças, visões e contradições da própria vida da sociedade que luta por nascer independente, vai até 21 de outubro de 1822, 'após 708 páginas', impresso na Tipografia Silva Porto & Cia. (Leite, 2000). Em uma segunda e derradeira fase, o Correio circularia, diariamente, de 1º de agosto a 24 de novembro de 1823, desta feita impresso na Tipografia de Torres, tendo sido impresso, mas esporadicamente, entre maio e julho deste mesmo ano de 1823. 'Impresso em quatro páginas de fólio pequeno, custava $080 o exemplar e 4$000 a assinatura de trimestre, 7$200 a de semestre e 10$000 a de ano', como nos conta Rizzini (1945, p. 394).*
>
> *Leite (2000) é quem observa que sobre João Soares Lisboa, 'um dos personagens que têm no rótulo 'iluminista-libertário' uma das melhores definições, quase não existe informação' (p. 99). Além das referências clássicas em Rizzini e Sodré, as que existem são dispersas e aparecem quase sempre em narrativas que o têm como personagem secundária, como em textos de Morel e Lustosa. E é também Leite quem vai despertar a atenção para o protagonismo de Soares Lisboa, no período pré e pós-Independência.*
>
> *Neste período, o jornalista desempenha papel relevante, desafiando, através das páginas do Correio, o próprio príncipe regente, como narra Rizzini sobre a carta publicada em 27 de junho no jornal, quando cobra uma decisão de D. Pedro a respeito da convocação ou não da Constituinte"*[14].

A respeito de seu editor, João Soares Lisboa, uma breve biografia, focada nas suas possíveis influências intelectuais e no seu posicionamento político, é apresentada pelo Professor da UFPR, Renato Lopes Leite, quando relata:

---

13 Diz o autor: "Já sobre o caráter oficialesco da joanina Gazeta do Rio de Janeiro parece não haver dúvidas entre os autores citados. Sodré diz da Gazeta que ela 'Era um pobre papel impresso, preocupado quase que tão somente com o que se passava na Europa, de quatro páginas (...), semanal de início, trisemanal depois, custando a assinatura semestral 3$800, e 80 réis o número avulso, encontrado na loja de Paul Martins Filho, mercador de livro' (1966, p. 23).
Mas a melhor definição da Gazeta é a que Sodré reproduz de Armitage: 'Por meio dela só se informava ao público, com toda a fidelidade, do estado de saúde de todos os príncipes da Europa e, de quando em quando, as suas páginas eram ilustradas com alguns documentos de ofício, notícias dos dias, natalícios, odes e panegíricos da família reinante. Não se manchavam essas páginas com as efervescências da democracia, nem com a exposição de agravos. A julgar-se do Brasil pelo seu único periódico, devia ser considerado um paraíso terrestre, onde nunca se tinha expressado um só queixume'(id.)" (GOMES, Nilo Sergio. **Um jornalista proscrito no Brasil independente**: João Soares Lisboa, um português brasileiro. Niterói: UFF, 2008. Trabalho apresentado no VI Congresso Nacional de História da Mídia. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/6o-encontro-2008-1/Jornais%20contra%20visoes%20 hegemonicas. pdf>. Acesso em: 4 nov 2014).

14 GOMES, Nilo Sergio. **Um jornalista proscrito no Brasil independente:** João Soares Lisboa, um português brasileiro. Niterói: UFF, 2008. Trabalho apresentado no VI Congresso Nacional de História da Mídia. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/6o-encontro-2008-1/Jornais%20 contra%20visoes%20 hegemonicas. pdf>. Acesso em: 4 nov 2014.

"O redator do Correio do Rio de Janeiro, João Soares Lisboa, era português de nascimento. Emigrou para o Brasil em 1800. Foi comerciante e fornecedor do exército português, nas operações de guerra e ocupação da província Cisplatina. Em 1822 iniciou a publicação de seu periódico. O Correio do Rio de Janeiro foi o principal veículo da esfera pública literária a atuar nas escaramuças que forçaram D. Pedro a convocar uma Assembléia Constituinte, em 3 junho 1822. (Neste episódio, o jornal liderou a coleta pública de assinaturas para uma 'Representação do Povo do Rio de Janeiro' que reuniu, em apenas 5 dias, mais de seis mil assinaturas, inclusive com a adesão de analfabetos, que nela apuseram o sinal da cruz: as seis mil assinaturas exemplificam a sua abrangente circulação entre diferentes estratos sociais e culturas opostas, como a dos analfabetos). Por isso, e provavelmente pela forte influência de seu diário, João Soares Lisboa foi expatriado em outubro de 1822.

João Soares Lisboa permaneceu em Buenos Aires até maio de 1823, quando regressou ao Rio de Janeiro esperançoso da proteção da Assembléia Constituinte. Preso, redigiu a segunda parte do Correio do Rio de Janeiro no cárcere, entre agosto e novembro de 1823.

Depois da dissolução da Assembléia Constituinte, João Soares Lisboa foi solto e recebeu passaporte para a Inglaterra. Dirigiu-se, porém, à Pernambuco.

Da leitura do Correio do Rio de Janeiro é perceptível que um dos philosophes de maior influência seja Rousseau, pois transparece a defesa da sua noção de contrato social. Rousseau, entretanto, raramente é citado nominalmente.

São poucas, portanto, as pistas que João Soares Lisboa dá sobre a fonte de suas concepções teóricas. Na primeira parte do jornal, em 1822, ele cita apenas a Bíblia, Hobbes e Mr. De Bonald. E, em um momento crítico, quando se configurou um desentendimento entre deputados brasileiros e portugueses nas Cortes de Lisboa, João Soares Lisboa mencionou Benjamin Constant, Bentham, Gastine, Crevel, de Pradt e Bonnin. Ou seja, raramente são citados autores republicanistas, como Rousseau. Há talvez um único exemplo, no ano seguinte (em 1824), quando, às vésperas da rebelião republicanista do norte do Brasil, ele cita John Quincy Adans, republicano e ex-presidente dos EUA.

Esse gosto pela moderação, com a escolha de autores desconhecidos ou vulgarizadores, explicável para fugir da repressão, é também perceptível na escolha de alguns livros que são traduzidos e publicados no jornal, tais como os livros de Mr. Bonnin, e também Mr. Jonny. Do primeiro é publicado trechos do livro Mr. Bonnin. Aphorismos. Paris: 1820, que, para o redator, contém 'artigos de fé Política'. A tradução ocupa 2 números do jornal, ou 8 páginas, onde se defende a noção roussoísta de soberania, como o argumento que o povo tem direito de pegar em armas. A liberdade é definida com a máxima 'moral' que lembra o imperativo categórico de Kant: 'não faças a outrem o que não queres, que te façam'.

(...)

Esse anti-monarquismo manifesto pelo uso do argumento da limitação dos poderes do rei é provavelmente a principal tese que transparece nas páginas do Correio do Rio de Janeiro nesta sua segunda parte, no ano de 1823"[15].

Como visto, João Soares Lisboa era entusiasta da independência e isso fica patente no episódio que se passa a descrever.

15 LEITE, Renato Lopes. **Livros e leituras do republicanismo feitas por alguns dos líderes da confederação do equador**. Campinas: UNICAMP, 2003. Trabalho apresentado no II Congresso de História do Livro e da Leitura no Brasil. Disponível em: <http://alb.com.br/arquivo-morto/edicoes_anteriores/anais14/Hinda.html.> Acesso em 6 nov 2014.

No dia 5 de maio de 1822, foi publicado no Correio do Rio de Janeiro o Decreto do Príncipe Regente, afirmando que realizaria a convocação de uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa:

> *"E Reconhecendo Eu a verdade e a força das rasões, que me forão ponderadas, nem vendo outro modo de assegurar a felicidade deste Reino, manter huma justa igualdade de direitos entre elle, e o de Portugal, sem perturbar a Paz, que tanto convém a ambos, e tão própria he de Póvos Irmãos. Hei por bem, e com o parecer do Meu Conselho d'Estado, Mandar convocar huma Assembléa Geral Constituinte e Legislativa, composta de Deputados das Províncias do Brasil novamente eleitos na fórma das instrucções, que em Conselho se acordarem, e que serão publicadas com a maior brevidade"*[16].

Diante desta publicação, o editor do periódico fez, no mesmo número do jornal, os seguintes comentários: "*Rompeo-se o veo, desappareceo a mancha ephemera que ofusca a Luz. O Brasil já não he Colonia, já não he Reino, já não são Provincias do Ultramar; O Brasil he mais que tudo isso; he Nação Livre, Independente*"[17].

No dia 27 de junho, diante da omissão do Regente, publicou carta na edição nº 62 do Correio do Rio de Janeiro, onde assim se dirige a Sua Alteza Real:

> *"Senhor, falemos claro, ou V.A.R. quer Reprezentação Nacional no Brasil, ou não quer? No primeiro cazo, pode V.A.R. contar com um defensor denonado de seus Direitos; no segundo não posso servir á V.A.R., e atrevo-me a affirmar-lhe que perde o Brasil para sempre. Hum de nos está enganado com Gordilho e Berquó, ou V.A.R. está trahido, ou Berquó pretende illudir-me; he necessário que appareça a verdade; elle já em outra occazião me fez saber pelo mesmo Moraes que V.A.R. estava pouco satisfeito com José Bonifacio, e que estimaria que eu o appresentasse ao publico; não fiz apreço da insinuação, pareceo-me intriga, e eu sou de muito difficil accesso para Ella, e de mais, não convinha á V.A.R. que se falasse então de Jozé Bonifacio a pezar de elle não ser tão bom como alguns pensão, ou como deve ser*[18]*. Agora he necessário que eu falle mas não quizera fazello sem ter a certeza das puras intenções de V.A.R. Nunca V.A.R verá escripto meo de servillismo; deixei de ser vassallo, não voltarei à escravidão; se os Portuguezes se deixarem avassallar, deixarei de ser Portuguez, e buscarei em terra estranha a augusta liberdade*[19]*"*[20].

Foi a publicação desta Carta que deu azo à acusação por crime de imprensa, apresentada pelo Desembargador do Paço Ajudante do Procurador da Coroa e Fazenda, Clemente Ferreira França e pelo Corregedor do Crime da Corte e Casa, Antônio Corrêa Picanço, conforme foi publicado no Correio do Rio de Janeiro nº 99, em 12 de agosto de 1822.

Em sua análise a respeito da vida e obra de João Soares Lisboa, Nilo Sergio Gomes, com apoio na obra de outros estudiosos, afirma que a história do redator do Correio do Rio de Janeiro é pouco

16 CORREIO do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 47, p. 189-192, 5 mai 1822.

17 *Ibidem*.

18 No texto original consta neste ponto nota de rodapé com o seguinte teor: *"Os motivos em que fundava-mos esta assersão forão a vós publica de que Sua Excellencia dissera que havia despachar só os Brasileiros, assim como em Portugal despachavão só os Europeos; este procedimento he viciozo e digno de reprovação em qualquer Ministro d'Estado, e nunca sera bom Ministro nem homem de bem aquelle que assim obrar; Sua Excellencia nos affirmou que era calumnia, e que o seu procedimento o justificava; estamos convencidos de que era falso o boato que se tinha espalhado, mas nós escrevíamos confidencialmente, e não para o publico, aquem só afirmamos aquillo, de que podemos produzir provas conviencentes; alem de que existe grande differença entre huma advertência, e huma accusação"*.

19 No texto original consta neste ponto nota de rodapé com o seguinte teor: *"Se todos fallassem aos Principes esta linguagem, expondo assim os seos sentimentos com a dignidade do homem livre, nem os Principes serião enganados, nem os Povos opprimidos. Sabemos fazer a differencia do servilismo ao respeito, e os Principes que se offendem com o reconhecimento dos Direitos dos súbditos, não são da qualidade do Regente do Brasil, que se lizongeou em ser o primeiro a reconhecer do modo mas solemne taes Direitos no Decreto memorável de 3 do corrente"*.

20 CORREIO do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 62, p. 253-260, 27 jun 1822.

conhecida na historiografia do Brasil, talvez até mesmo porque havia interesse em que sua biografia caísse no esquecimento. Justificando o estudo sobre este personagem, o autor destaca a capacidade desta figura histórica e a importância que teve no contexto da Independência do Brasil:

> *Lendo jornais contemporâneos ao Correio, Rizzini afirma que João Soares Lisboa 'Era quem melhor escrevia'. Foi ele, 'em que pese aos que até hoje o qualificam de bronco e ignorante, o melhor jornalista do tempo'.*
>
> *(...)*
>
> *Pelas páginas do Correio do Rio de Janeiro, portanto, é possível perceber e acompanhar o processo político brasileiro, e a enorme efervescência que havia no período pré- Independência e que, portanto, a atitude de Pedro I no Ipiranga, em 7 de Setembro de 1822, nada mais respondeu do que a um clamor que, olhado à época das memórias guardadas nas páginas do Correio, é possível concluir que havia no país, desde antes do retorno de João VI a Lisboa, em 1821. O Brasil era, portanto, uma sociedade em ebulição, em busca de seu destino soberano, de suas identidades, de autonomia, de rumos próprios, uma sociedade em busca de si mesma. Afinal, a Independência é um movimento que procede a diversos outros movimentos anteriores, como a Conjuração Mineira, em 1792, a Revolta da Bahia, em 1798, a de Pernambuco, em 1817, e aos primórdios da Confederação do Equador, a partir de abril de 1822, com jornais como o Correio, de João Soares Lisboa, depois dele o Sentinela da Liberdade da Guarita de Pernambuco Alerta!, de Cipriano Barata, e o Typhis Pernambucano, de Frei Caneca"*[21].

João Soares Lisboa, pouco tempo depois da declaração de independência foi expulso do Brasil, exilando-se em Buenos Aires. Quando retornou ao país, em fevereiro de 1823, foi preso. Após, "*em novembro de 1823, é condenado e expulso por D. Pedro, sendo, portanto, o primeiro jornalista proscrito no Brasil Independente*"[22]. Assumiu compromisso de deixar o país e embarcou com destino à Europa, mas quando o navio atracou em Recife, fugiu e se juntou aos membros da Confederação do Equador. Nessa condição de combatente da Guerra Civil, foi alvejado por dois tiros, em 30 de setembro de 1824[23]. Morre no dia seguinte, sendo sua Missa celebrada pelo Frei Caneca, que era um dos líderes dos revolucionários confederados.

4. O PRIMEIRO JULGAMENTO POR JÚRI NO BRASIL

Como já se mencionou, o primeiro processo de júri foi motivado pela já mencionada carta, onde João Soares Lisboa cobrou publicamente do Príncipe Regente a convocação da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa. Por conta deste escrito, foi dirigida a seguinte acusação contra o redator do Correio do Rio de Janeiro:

> *"Lendo em o N. 64 do Periodico intitulado = Correio do Rio de Janeiro = de que he Redactor João Soares Lisboa, como elle mesmo o declara em o N. 62, princípios dissociaveis, eversivos da boa Ordem, e propriamente incendiários, por isso que tendem à atacar o Systema da União, e a sagrada causa proclamada do Brasil, he do meo dever em conformidade do Decreto de desoito de Junho deste anno (visto o impendimento do Desembargador Procurador da Corôa, e Fazenda, proprietário) notifica-lo á V.A., para proceder na fórma do mesmo.*

21 GOMES, Nilo Sergio. **Um jornalista proscrito no Brasil independente:** João Soares Lisboa, um português brasileiro. Niterói: UFF, 2008. Trabalho apresentado no VI Congresso Nacional de História da Mídia. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/6o-encontro-2008-1/Jornais%20contra%20visoes%20 hegemonicas. pdf>. Acesso em: 4 nov 2014.

22 *Ibidem*.

23 LEITE, Renato Lopes. BRASIL 500 ANOS: João Soares Lisboa, jornalista do Império. **OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA**, São Paulo, v. nº 59, 1998. Disponível em: < http://observatoriodaimprensa.com.br/news/showNews/mt201298.htm> Acesso em: 14 nov 2014.

> *Este Redactor, constituindo-se supremo arbitro dos negocios politicos do Brasil, apresenta-se em publico por hum meio escandalosissimo, pedindo contas a S.A.R. sobre as Instruções paras as Eleições dos Deputados da Assemblea Geral Constituinte, e Legislativa do Brasil, e dando como certo em tom de Oraculo, que S. A. R. Mandou o contrario do que lhe representarão os Povos desta Provincia, ataca grosseiramente ao Memo Augusto Senhor, affectando descarregar os seos golpes sobre o Seo Ministerio, Conselheiros, e Procuradores Geraes. Esta animosidade perigosa em qualquer tempo, tanto mais na crize actual, não deve ficar impunida.*
>
> *(...)*
>
> *Em vista do exposto, e em conformidade do citado Decreto de dezoito de Junho lhe requeiro, que fazendo autuar o referido Periodico N. 64, que servirá de Corpo de Delicto, proceda á nomeação dos Juizes de facto decidindo-se a final como for de direito, e justiça sobre a sua criminalidade"*[24].

Em sua defesa, o réu argumentou que sua intenção não fora atacar o Chefe do Poder Executivo, por quem declarou nutrir respeito, até porque a matéria tida como criminosa foi apresentada de forma interrogativa. Disse que a acusação não poderia deslocar um período do texto para dele extrair ilação inversa, pois, assim, até mesmo do Evangelho seria possível tirar provas em contrário do que se diz. Alegou, ademais, que não poderia ser caluniador por dizer o que sentia, cuidando que a representação original do povo fosse dirigida ao Príncipe Regente[25].

Diante dos argumentos apresentados pela acusação e pela defesa, competia aos jurados analisar se a já mencionada publicação do dia 27 de junho de 1822 era ou não criminosa. O veredicto foi publicado na mesma edição do Correio do Rio de Janeiro, concluindo pela absolvição do réu, nos seguintes termos:

> *"O Conselho dos Juizes de Facto, consultando à convicção intima da sua consciência entende, que o Cidadão João Soares Lisboa, Redactor do Periodico denominado = Correio do Rio de Janeiro = não abusou da Liberdade de Imprensa na publicação da sua Folha N. 64, cujas expressões, no que respeita à Pessoa de S.A.R., entendem os mesmos Jurados, que suposto possão ser taxadas de falta de delicadeza, que em todos os tempos, e fórmas de Governo hão lugar, quando fallamos em condição subalterna á respeito das Authoridades superiores; não podem todavia ser comprehendidas no incurso de abuso da Liberdade da Imprensa contra o Chefe do Poder Executivo; por quanto esse abuso só he imputavel criminalmente no preciso caso do Accusado infamar, e injuriar ao mesmo Chefe do Poder Executivo: o que tão longe esteve o dito Redactor de praticar; que antes em todo o contexto das suas observações conteudas na dita Folha, e que lhe fazem Corpo de Delicto, menciona honrosamente os puros sentimentos de Adhesão, e Boa fé de S. A. R. á causa da Liberdade do Reino do Brasil, que promove actualmente por meio de huma especial Representação delle em Cortes especiaes convocadas: E que outrosim nem menos se póde julgar, que dito Redactor de qualquer maneira pretendesse induzir nos Póvos, principios subversivos na nova ordem de Governo, adoptada pelos elogios, que aliás dispende na dita sua Folha em questão á bondade das Instrucções de desenove de Junho do corrente anno, sobre os quaes tem feito as suas observações taxativas de falta de perfectibilidade, que elle mesmo ahi confessa não ser essencial à legitimidade da Causa abraçada. Assim que o não julgão incurso no crime, que se lhe argûe de abuso da Liberdade de Imprensa"*[26].

Assim se deu o primeiro julgamento de júri no país, ainda antes da declaração de independência do país, julgando personagem que, a despeito de ser praticamente desconhecido no ambiente jurídico, teve relevante participação no processo de emancipação política do país, criando o Estado Brasileiro.

24 CORREIO do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 99, p. 427-431, 12 ago 1822.

25 *Ibidem*.

26 *Ibidem*.

De outro lado, o primeiro júri realizado sob a égide de um ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, após a emancipação política do país, em que pese não ter sido o julgamento inaugural da sistemática no Brasil, tem grande importância e envolve personagem que não tem recebido a devida atenção quando o fato é mencionado, mesmo tendo ele papel de destaque na construção das bases estruturais da Justiça do país, como se passa a demonstrar.

5. FRANCISCO ALBERTO TEIXEIRA DE ARAGÃO

Diversamente de João Soares Lisboa, Francisco Alberto Teixeira de Aragão tem uma biografia mais conhecida entre os juristas. Porém, em razão de equívoco na transcrição de um de seus patronímicos, sua figura não ficou relacionada à história do Tribunal do Júri no Brasil.

A singela menção ao protagonista deste primeiro júri pós-declaração de independência como Intendente de Polícia da Corte, sem apresentar mais informações a respeito de seu histórico, nem mesmo informando o destaque que teve sua atuação frente à Polícia do Rio de Janeiro, omitindo ter sido autor de livro sobre a matéria e Ministro da Suprema Corte, não condiz com a importância desta figura para o Direito no país.

Filho de Felisberto Teixeira de Aragão e de Ana Teixeira de Aragão, nascido em Lisboa em 1788, Francisco Alberto Teixeira de Aragão formou-se em Direito pela Universidade de Coimbra, em 1813. Iniciou a carreira profissional como Juiz de Fora na Vila do Torrão, em Portugal[27].

Em 1824, foi transferido para o Brasil, sendo nomeado para o cargo de Ouvidor do Rio de Janeiro, por meio de Resolução editada em 16 de março daquele ano. No mesmo dia assumiu interinamente a Intendência Geral de Polícia, sendo posteriormente efetivado nesse cargo em razão de Decreto de 14 de outubro.

Foi o responsável por organizar o primeiro Corpo de Comissários de Polícia no país, "*que começou a ter vida autônoma desde a expedição das instruções respectivas a partir de 4 de novembro de 1825*"[28]. Pelo excelente trabalho desenvolvido à frente da Polícia, alguns historiadores consideram que o período em que foi o responsável pela administração policial foi "a idade de ouro da Polícia do Rio de Janeiro"[29].

O Imperador Dom Pedro I o agraciou com o grau de Cavaleiro da Ordem de Cristo[30] por Decreto de 12 de outubro de 1824.

Por meio de Decreto de 19 de janeiro de 1828, em virtude do elevado saber jurídico e dos relevantes serviços prestados à Nação, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal de Justiça (órgão do qual se originou o Supremo Tribunal Federal).

27 MINISTROS - Francisco Alberto Teixeira de Aragão. In: Supremo Tribunal Feral. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stj&id=245>. Acesso em: 4 nov 2014.

28 CARRILLO, Carlos Alberto. **Memória da Justiça Brasileira**, vol. III (Independência e Constitucionalismo). Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2003, p. 261.

29 FRANCISCO Alberto Teixeira de Aragão. In: Wikipedia: a enciclopédia livre. Disponível em: < http://pt.wikipedia. org/wiki/Francisco_Alberto_Teixeira_de_Arag%C3%A3o>. Acesso em: 4 nov 2014.

30 "Das várias castas de privilegiados, a Ordem de Cristo era uma síntese bem representativa. Nobres, clérigos, militares, grandes comerciantes e até magistrados disputavam esse privilégio... antes de ser sepultado, o cavalheiro da Ordem era exposto em uniforme completo: manto branco, capacete com penacho e botas vermelhas" (CARRILLO, Carlos Alberto. **Memória da Justiça Brasileira**, vol. III (Independência e Constitucionalismo). Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2003, p. 317).

Seu nome está também ligado às origens da Ordem dos Advogados do Brasil. À época era crescente o número de bacharéis, provenientes das faculdades de Direito de Olinda e de São Paulo, bem como de instituições européias, onde se formavam os filhos de muitos nobres. Dessa forma, começou-se a pensar na criação de uma Ordem para representar os advogados brasileiros, sendo de Teixeira de Aragão a proposição para se criar o Instituto dos Advogados do Brasil – IAB, instituição que deu origem à OAB. A respeito do assunto, confira-se trecho de artigo de Thiago Cássio D'Ávila Araújo, Procurador da AGU, sobre a história da advocacia brasileira:

> *Na verdade, a idéia surge inspirada nos portugueses, que em 23 de Março de 1838 aprovaram os Estatutos da Associação dos Advogados de Lisboa, cujo objetivo era elaborar estudos e articulação política para a criação da Ordem dos Advogados de Portugal. Fulcrado nesse acontecimento, Francisco Alberto Teixeira de Aragão, Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, propôs que se criasse no Brasil associação semelhante, com objetivos de criar futuramente a Ordem dos Advogados do Brasil*[31].

Pelo breve histórico apresentado, percebe-se tratar de notável figura do universo jurídico, que muito contribui para fincar as bases imprescindíveis à formação do Direito Brasileiro, estando diretamente envolvido na formação das estruturas iniciais do Supremo Tribunal Federal, da Polícia (em geral) e da Ordem dos Advogados do Brasil.

No que se refere ao Júri, Teixeira de Aragão tem intensos laços com as origens da instituição no Brasil. Foi ele quem lançou a primeira obra sobre o assunto no país, intitulada "A Instituição do Jury Criminal", editada pela Tipografia Silva Porto (a mesma que imprimia o Correio do Rio de Janeiro, de João Soares Lisboa), publicada em 1824.

A obra revela ser o autor uma pessoa muito esclarecida a respeito de sua função na sociedade em que estava inserido. Destaca a importância da Administração da Justiça Criminal[32] e afirma que o propósito do livro era ser útil ao país, contribuindo para o bem do Império[33], pedindo ao leitor que não esperasse um tratado completo sobre o objeto de estudo, até porque não escrevia para pessoas instruídas, "*mas só para os que, dezejando conhecer a Instituição do Jury criminal, e a razão por que ella he a melhor de todas, não podem dar-se ao trabalho de consultarem muitas obras e memorias humanas raras e outras bastantemente enfadonhas por diversas consideraçoens*"[34].

A leitura desse clássico da literatura jurídica nacional deixa claro que a instituição do Tribunal do Júri Brasileiro, que ao longo da história encontrou renomados opositores, como Frederico Marques[35] e

31 ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. **História da advocacia e da OAB no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8326>. Acesso em: 8 out. 2014

32 *"A parte da Legislação que regula a administração da Justiça criminal, he a que tem maior influencia na conservação da sociedade e na felicidade publica; por que todos sabem que não pode haver objecto mais importante que a vida, honra e liberdade do cidadão, e que estes são os alvos a que a Justiça criminal atira e fere mais gravemente quando he mal administrada, ou organizada de huma maneira propria somente para fins sinistros e particulares, contrarios ordinariamente ao bem publico, único fim das associaçoens civis"* (ARAGÃO, Francisco Alberto Teixeira de. **A instuição do Jury Criminal.** Rio de Janeiro: Silva Porto, 1824, p. IV).

33 *"A convicção em que estou de ser esta a mais vantajoza das instituiçoens sociaes, e o forte dezejo que tenho de ser útil por algum modo ao Brazil e de concorrer até onde chegar toda a minha capacidade para o bem publico deste Imperio, fizerão que consultando mais o meu zelo que as minhas forças, arrostasse o trabalho de extrahir dos escriptos de differentes autores hum systema de organização do Jury criminal, acommodado às minhas opinioens, e às observaçoens que fiz a este respeito quando viajei por França e Inglaterra. Fundando-me porem no que já disse, levo em vista fazer que a approvação e a confiança que a Nação Brazileira tributa a esta Instituição, tenhão por baze o conhecimento dos seus verdadeiros elementos, organização e vantagens; para que na epoca d'ella se adoptar neste paiz, a persuazão real de sua utilidade concorra para melhor se fixar; e para que os amigos do bem publico não dezanimem à vista de alguns inconvenientes, que a Instituição há-de necessariamente encontrar nos primeiros tempos do seu estabelecimento"* (ARAGÃO, Francisco Alberto Teixeira de. **A instuição do Jury Criminal**. Rio de Janeiro: Silva Porto, 1824, p. VI)

34 ARAGÃO, Francisco Alberto Teixeira de. **A instuição do Jury Criminal.** Rio de Janeiro: Silva Porto, 1824, p. VI – VII.

35 "*O júri é uma instituição completamente deslocada no moderno Direito das nações ocidentais que pertencem ao grupo jurídico do denominado Direito continental europeu. (...) o júri é a negação do Estado de Direito, do princípio da legalidade e da própria democracia, e a afirmação do arbítrio sem peias. Donde a grande sabedoria dos autores da Emenda Constitucional n. 1, não mantendo a soberania dos veredictos, como princípio constitucional*" (MARQUES, José Frederico. **Notas e apontamentos sobre o júri.** LEX – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. 9, abr – jun 1969, 12-15 p.

Magalhães Noronha[36]; na doutrina jurídica nacional, teve em Teixeira de Aragão seu primeiro defensor.

No livro explica que as origens do júri estão relacionadas com a evolução do Direito Natural, pois "*o juízo pelos iguaes, foi o que succedeo ao estado de independência natural em que cada hum se fazia justiça*"[37] e que o termo jurado é utilizado para designar os julgadores de fato "*por cauza do juramento que prestão antes de começarem o exercício de suas funcções*"[38]. Manifesta o entendimento de que as nações mantinham a instituição do júri conforme fossem livres.

Para Teixeira de Aragão, o exercício do poder de julgar por pessoas que nele eram investidos apenas eventualmente era salutar, pois acreditava que:

> *"(...) nenhum homem nasceo para exercer continuamente o officio de castigar os seus semelhantes, e aquelle que passa a sua vida em tão puníveis funçoens experimenta infallivelmente huma alteração moral, tornando-se inflexível, cruel e sem piedade; porque o espectaculo continuo de crimes e castigos lhe extingue insensivelmente os affectos mais doces da natureza; o habito de punir deshumaniza, para assim me explicar, o homem, e o torna perigozo à innocencia mesmo"*[39].

Para que a instituição fosse respeitada, conseguindo julgamentos justos e imparciais, defendia que a escolha dos jurados fosse criteriosa, convocando-se para prestar serviço no júri somente cidadãos interessados na manutenção da ordem, devendo apresentar qualidades essenciais, como: a) senso comum; b) interesse direto no desempenho da função (no sentido de não serem indiferentes com o cumprimento da lei no país, como estrangeiros); e c) disposição de espírito acessível à verdade[40].

O livro trata ainda da forma como deveria ser organizado o júri, tratando de questões como método de escolha dos jurados, competência para realização desta escolha, perfil da pessoa que pode ser convocada para a função de jurado e do rito para realização da sessão de julgamento, modo de propor os quesitos aos julgadores, atuação do magistrado togado na estrutura do júri etc. Também faz análise do Direito comparado, apresentando as características da instituição do júri na Inglaterra (onde considerava ser esta mais organizada) e na França, bem como aos diferentes sistemas de decisão: unânime (inglês) e por maioria (francês)[41].

Trata de alguns aspectos que são hoje considerados garantias na sistemática do júri, como a possibilidade de recusa peremptórias de jurados e a soberania dos veredictos. Quanto ao primeiro, afirma que em muitas situações não se pode exigir das partes que fundamentem a recusa do jurado, vez que "*os motivos de ódio e de antipathia são muitas vezes inexplicáveis por aquellas mesmas pessoas que os experimentão; e ainda quando elles sejão sensíveis e bem conhecidos, nem sempre se podem allegar sem offender as regras da decência e da moral, e raramente se podem provar*"[42]. No que tange à declaração soberana dos jurados, afirma que "*he da sua essencia não ficar sujeita a recurso algum*"[43], excetuando-se casos de vício capital na formação do júri, quando poderia ser a sentença anulada para que a causa fosse conhecida por novo júri.

---

36 "Tem o júri sido objeto de severas críticas e, força é dizê-lo, quase todas procedentes. Primeiramente, diga-se que não se compreende essa instituição nos dias que vivemos. Em outras eras, em que o juiz se curvava submisso ante o despotismo dos monarcas absolutistas, compreendia-se, talvez, sua necessidade. Mas hoje, em que o Judiciário está provido de garantias que o põe a salvo de interferências de outro Poder, não se compreende a necessidade desse tribunal. Agora é ele, em regra, que se curva submisso aos ultimatos da política dominante, dos políticos e dos régulos nas comarcas do interior.
Não se compreende também que, numa era em que se reclama do próprio juiz criminal especialização, constituída não apenas do conhecimento do Direito Penal, mas também de Criminologia, da Penalogia etc., não se compreende – dizíamos – que se confie um julgamento a homens que não possuem quaisquer desses conhecimentos, nem deles, talvez, tenham ouvido falar" (NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 237).

37 ARAGÃO, Francisco Alberto Teixeira de. **A instuição do Jury Criminal**. Rio de Janeiro: Silva Porto, 1824, p. 3

38 *Ibidem*.

39 *Idem*, p. 19.

40 *Idem*, p. 81-100.

41 *Idem*, p. 101-166

42 *Idem*, p. 129

43 *Idem*, p. 153.

No capítulo final de sua obra, rebate as principais críticas que eram realizadas à instituição do júri, quais sejam: a) que o julgamento dos jurados não é menos infalível que o dos magistrados e, além disso, não tem os julgadores leigos instrução e capacidade necessárias para aplicação das leis criminais; b) que a instituição do júri é mais favorável aos culpados e que os jurados são mais facilmente seduzidos, tornando-se indulgentes por medo ou piedade; c) que os jurados se erigem em legisladores e não observam as regras previstas na legislação vigente; e d) que a instituição do júri criminal é demasiadamente onerosa e incômoda aos cidadãos[44].

Se hoje o Tribunal do Júri foi alçado à categoria de garantia constitucional e é considerado pelos seus modernos defensores como uma "*importantíssima instituição processual penal*"[45], "*a maior escola de civismo que pode existir no Brasil, porque conclama à busca de soluções para os nossos problemas (e a criminalidade exacerbada é dos maiores) o próprio povo*"[46] e também como "*a maior vitrina do primado da chamada ampla defesa e contraditório*", onde é possível "*ampliar, à exaustão, as possibilidades de defesa do réu*"[47], não se pode negar ter sido Teixeira de Aragão o pioneiro a semear tais ideias entre os brasileiros.

Além de todas essas contribuições prestadas ao desenvolvimento da ciência do Direito, Francisco Alberto Teixeira de Aragão foi quem promoveu um júri histórico, o primeiro realizado sob o manto de uma ordem jurídica brasileira, na vigência do Decreto Imperial de 22 de novembro de 1823, como se tratará na sequência.

6. O PRIMEIRO JÚRI REALIZADO SOB A ÉGIDE DE UM ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar de não ter sido o primeiro julgamento realizado por jurados no país, a ação promovida por Francisco Alberto Teixeira de Aragão não perde sua importância história. Foi o primeiro júri realizado no recém estabelecido Direito Brasileiro, sendo o fato permeado de detalhes que dizem muito a respeito da nobreza de sua figura.

A história está registrada no Diário Fluminense de 1º de julho de 1825, de onde se extrai trechos da ata de julgamento, demonstrando que o autor da ação tinha amplo domínio da doutrina sobre as características da instituição do júri e plena consciência da importância daquele momento histórico. Veja-se:

> *"Segunda feira 27 do corrente se reunio nesta Corte o Conselho de Jurados para decidir se existia ou matéria crime em hum impresso, que nesta se publicou no mez de Abril do corrente anno contra o Conselheiro Intendente Geral da Policia o Sr. Francisco Alberto Teixeira de Aragão; assignado – R. P. B. sobre cujo impresso fez o mesmo Intendente o seguinte discurso, que podemos obter do Lente de Tachigrafia, o qual suppomos exacto, sobre tudo lembrando nos ser tirado pelo referido Lente João Caetano de Almeida e seu companheiro Pedro Affonso de Carvalho, o quaes já mais de huma vez tem mostrado sua pericia nesta arte. A's 10 horas menos hum quarto da manhã, na salla do Senado da Camara, o Corregedor do Crime da Corte e Casa o Conselheiro Antonio Garcez Pinto de Madureira mandou tomar assento os Juizes de Facto, em presença de hum concurso de mais de 200 pessoas, e lhes deferio juramento dos Santos Evangelhos, de jurarem conforme a pura convicção de suas consciências: recitado – mandou ao Escrivão Joaquim José de Gouvêa, que escrevesse o Termo, o que sendo feito, e lido assignarão os Jurados – Florencio Alves de Macedo – João Alves Carneiro – Francisco José da Rocha*

44 *Idem*, p. 167-176.

45 TUCCI, Rogério Lauria. Origem, evolução, características e perspectivas. In: _____. **Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira.** São Paulo: RT, 1999. cap. 1, p. 11-97.

46 CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 5.

47 ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. **Tribunal do Júri. Dimensão Constitucional Contemporânea. Reflexões Constitucionais de sua Garantia Fundamental de Cidadania**. Rio de Janeiro: PUC, 2012. 117 p. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica.

> *– João Carneiro de Almeida – Francisco José Fernandes Barboza – João Gomes de Campos – Manoel Antonio Neto – Manoel Caetano Pinto –, e Conego Januario da Cunha Barboza. A's 10 horas entrou na salla o Conselheiro Intendente Geral da Policia, que tomou assento no lugar para elle destinado (o acusado não compareceo) o Ministro disse – Aqui estão os autos.... (e Intendente o interrompeu; e disse – Srs., lembrando, que este He o primeiro processo de Jurados, que se intenta nesta Corte, depois do Decreto de 22 de Novembro de 1823, e que a collocação dos lugares dos que figurão neste Juizo não He um objecto indifferente appresento hum pequeno risco da collocação acommodada para que todo o Povo possa presenciar bem este acto, e para que o Juiz, Jurados, accusador, e accusado &c. tenhão o lugar marcado (entregou o risco ao Escrivão) à vista do que VV. SS. queixarão ter o incommodo de fixar suas attenções, e resolverem (O Ministro recebeu o plano. O intendente. – Eu digo isto porque a collocação dos lugares não he cousa tão indifferente, porque todos sabemos que devendo organisar-se o Codigo Criminal elle admite, segundo a nossa Constituição, os Jurados, e então o réo deve estar bem defronte dos Jurados; porque o estado da fisionomia, os geitos, e tregeitos que o réo faz, o seu modo de fallar, são muitas vezes signaes que induzem para se ver, e conhecer muitos indícios, que conduzem para o conhecimento da verdade, e por tanto julgo que a collocação dos lugares não he totalmente indifferente, e assim o observei em Paizes onde ha muitos annos esta em pratica esta instituição de Jurados: o Sr. Conego Januario, que está presente, observou isto mesmo em França, e na Inglaterra o que se observa he da mesma maneira: eu não quero dizer que se pratique assim hoje, porque o tempo já não o permitte, além de que causaria grande incommodo, mas desejaria que assim se observasse para o futuro. – Ministro. – Creio que não he agora occasião de se tratar disto, pois não he para este fim que aqui são chamados os Srs. Jurados. – Intendente. – Eu disse que desejaria se observasse para o futuro, e tenho esta lembrança por ser este o primeiro Juri depois daquella Lei. – Ministro. – Mas V. S. devia apresentar este plano a S. M. I. para que este Senhor Se Digne Manda-lo observar. Intendente. – Eu desde já posso asseverar a V. S., que appresentei antes de hontem este risco a S.M.I, e digo que elle mereceu a Sua Approvação, e por isso já se podia observar. – Ministro. – Eu o acceito, e farei presente ao Ill.mo Senado para que observe"*[48].

Este julgamento se deu em decorrência de publicações injuriosas que foram veiculadas no Diário Fluminense atacando a honra do intendente de Polícia que por várias vezes foi chamado de "borrão"[49], além de severas críticas ao seu trabalho e acusações de extravio de dinheiro público. Extrai-se de uma dessas matérias o seguinte trecho agredindo Teixeira de Aragão:

> *"E que diremos ao Borrão Intendente da Policia? Esse nem vale a pena de se lhe dizer nada: mas se vos parecer dizei-lhe que apenas aqui o conhecemos como o Judas da regeneração, e os trinta dinheiros da restauração; e se elle for tão duro de cascos que o não entenda, Pamplona que lho explique"*[50].

Conforme ficou registrado na ata de julgamento, publicada nas edições de 1º e 2 de julho daquele mesmo periódico em que veiculadas as cartas injuriosas, ao apresentar os fundamentos de sua acusação, Francisco Alberto Teixeira de Aragão defende sua atuação demonstrando as melhorias promovidas na segurança pública em decorrência de seu empenho no comando da Polícia. Também presta conta dos gastos com pessoal, equipamentos e obras, a fim de comprovar ter feito bom emprego das verbas públicas. Argumenta que as acusações são caluniosas, "*porque não só não prova nem poderá provar; e ainda provando-o não ficava por isso isento do crime, por isso que a ninguem respondo sobre taes objectos se não a S.M.I.*[51]".Além disso, menciona as condecorações recebidas do Imperador e as demonstrações públicas de apoio que tem deste recebido.

48 DIÁRIO Fluminense, Rio de Janeiro, n. 1, p.1-4, 1 jul 1825.

49 Isso se deu, por exemplo, nas edições de 21, 22 e 23 de abril de 1825.

50 DIÁRIO Fluminense, Rio de Janeiro, n. 89, p. 355-358, 23 abr 1825.

51 DIÁRIO Fluminense, Rio de Janeiro, n. 2, p.5-8, 2 jul 1825.

O réu não compareceu a esta sessão de julgamento, realizada em 27 de junho de 1825, e foi julgado à revelia. Ao final, a decisão dos jurados foi pela condenação, reconhecendo como criminoso o impresso denunciado, "*porque n'elle se observão proposições, e factos criminosos, que provados tornarião despresivel e odiozo o seu denunciante em razão de seu respeitável emprego*"[52].

7. CONCLUSÃO

Ao encerramos este estudo podemos concluir que a história do Tribunal do Júri no Brasil, em seus primeiros episódios, tem intrínseca ligação com a da declaração de independência do país e com o desenvolvimento das primeiras linhas da imprensa nacional.

O réu submetido a julgamento pelo primeiro júri realizado em território brasileiro, João Soares Lisboa, era um jornalista português, radicado no Brasil, que defendia abertamente a independência. Foi levado a júri por cobrar publicamente do Príncipe Regente a convocação de uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, sendo absolvido neste julgamento. Sua história é ainda hoje pouco conhecida no meio jurídico, talvez até porque as autoridades da época tivessem interesse que sua figura caísse no esquecimento, porém estas circunstâncias não diminuem sua importância para a História do Direito no Brasil.

Por outro lado, o segundo personagem ao qual se deteve análise neste texto, Francisco Alberto Teixeira de Aragão, não sofreu tão duramente os efeitos da omissão nas páginas da História Jurídica. Todavia, de forma paradoxal, ele que foi um grande estudioso e defensor do Tribunal do Júri, não teve seu nome devidamente relacionado à história da instituição no país, muito em decorrência da equivocada transcrição de um dos seus patronímicos nas páginas da doutrina jurídica sobre este tema ao qual ele tanto se dedicou.

As personalidade e os fatos que se apresentou merecem, à toda evidência, análise mais detalhada do que a ora realizada, e se servirem estas breves anotações para despertar o interesse por estudo mais aprofundado dos assuntos nela tratados, já terão cumprido o propósito para o qual foram redigidas.

8. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. **Tribunal do Júri. Dimensão Constitucional Contemporânea. Reflexões Constitucionais de sua Garantia Fundamental de Cidadania.** Rio de Janeiro: PUC, 2012. 117 p. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica.

ARAGÃO, Alice Iracema Melo. **Tribunal do Júri - Processo Penal Constitucional, características e nulidades**. Fortaleza: UFC / ESMP, 2003. 42 p. Monografia (Especialização) Universidade Federal do Ceará / Escola Superior do Ministério Público. Disponível em: < http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/proc.penal/tribunal.do.juri.processo.penal.constitucional[2003].pdf>. Acesso em: 3 nov 2014.

ARAGÃO, Francisco Alberto Teixeira de. **A instuição do Jury Criminal**. Rio de Janeiro: Silva Porto, 1824.

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. História da advocacia e da OAB no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8326>. Acesso em: 8 out. 2014.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Atlas, 2010.

52 *Ibidem*.

CARRILLO, Carlos Alberto. **Memória da Justiça Brasileira**, vol. III (Independência e Constitucionalismo). Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2003.

COELHO, José Maria Vaz Pinto. **Questões do Jury**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1884.

CORREIO do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 47, p. 189-192, 5 mai 1822.

_____, n. 62, p. 253-260, 27 jun 1822.

_____, n. 99, p. 427-431, 12 ago 1822.

DIÁRIO Fluminense, Rio de Janeiro, n. 1, p.1-4, 1 jul 1825.

_____, n. 2, p.5-8, 2 jul 1825.

_____, n. 89, p. 355-358, 23 abr 1825.

FRANCISCO Alberto Teixeira de Aragão. *In*: Wikipedia: a enciclopédia livre. Disponível em: < http://pt.wikipedia. org/wiki/Francisco_Alberto_Teixeira_de_Arag%C3%A3o>. Acesso em: 4 nov 2014.

GALVÃO, Enéas. Organisação Judiciária – Estudo de Legislação Comparada. Rio de Janeiro: Gonçalves Dias, 1896, p. 178-179. Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18087/Organisa%C3% A7%C 3% A3o_judici%C3%A1ria_Estudo.pdf?sequence=1>. Acesso em 3 nov 2014.

GOMES, Nilo Sergio. **Um jornalista proscrito no Brasil independente:** João Soares Lisboa, um português brasileiro. Niterói: UFF, 2008. Trabalho apresentado no VI Congresso Nacional de História da Mídia. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/6o-encontro-2008-1/Jornais%20contra%20visoes%20 hegemonicas. pdf>. Acesso em: 4 nov 2014.

LEITE, Renato Lopes. BRASIL 500 ANOS: João Soares Lisboa, jornalista do Império. **OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA**, São Paulo, v. nº 59, 1998. Disponível em: < http://observatoriodaimprensa.com.br/news/showNews/mt201298.htm>. Acesso em: 14 nov 2014.

_____. **Livros e leituras do republicanismo feitas por alguns dos líderes da confederação do equador.** Campinas: UNICAMP, 2003. Trabalho apresentado no II Congresso de História do Livro e da Leitura no Brasil. Disponível em: <http://alb.com.br/arquivo-morto/edicoes_anteriores/anais14/Hinda.html.> Acesso em 6 nov 2014.

LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça e RIOS, Patrícia. **Justiça no Brasil – 200 anos de História**. São Paulo: Conjur Editorial, 2009, p. 42.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. Ordenações Filipinas- considerável influência no direito brasileiro. **Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>. Acesso em 8 nov. 2014.

MARQUES, José Frederico. **Notas e apontamentos sobre o júri**. LEX – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. 9, abr – jun 1969, 12-15 p.

_____. **O Júri no Direito Brasileiro**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MINISTROS - Francisco Alberto Teixeira de Aragão. *In*: Supremo Tribunal Feral. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stj&id=245>. Acesso em: 4 nov 2014.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**, vol. 1. São Paulo: RT, 1969.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

PEREIRA, Roberto Luiz. A Instituição do Júri e Seus 184 Anos de História. **Revista Eletrônica de Direito da UCB**, Rio de Janeiro, ed. 4, n. 4, p. 124-182. 2007. Disponível em: http://www.castelobranco.br/sistema/novoenfoque/files/04/REVISTA_ELETRONICA_DE_DIREITO_DA_UCB-A_INSTITUICAO_DO_JURI_E_SEUS_184_ANOS_DE_HISTORIA.pdf. Acesso em: Acesso em: 3 nov 2014.

ROSA, Vinicius Duarte. **O Tribunal do Júri e a reforma processual introduzida pela Lei 11.689/08 no Código de Processo Penal Brasileiro**. Itajaí: Univali, 2009. 182 p. Monografia (Graduação) Universidade do Vale do Itajaí. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Vinicius%20Duarte%20Rosa.pdf>. Acesso em: 3 nov 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. Origem, evolução, características e perspectivas. *In*: _____**. Tribunal do Júri:** estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira**.** São Paulo: RT, 1999. cap. 1, p. 11-97.

WHITACKER, Firmino. **Jury (Estado de S. Paulo)**. São Paulo: O Estado de São Paulo, 1923.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



4ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0029231-45.2012.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator designado Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CRÉDITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME NO SPC – DÉBITOS ORIUNDOS DE FRAUDE – INEXIGIBILIDADE RECONHECIDA – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 385 DO STJ – DOCUMENTOS NOVOS QUE NÃO INFLUEM NA DECISÃO – FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS A CONTAR DA SENTENÇA *A QUO* – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 54 DO STJ – RECURSO PROVIDO.

De cinco ações ajuizadas e em andamento, em duas delas, incluída esta, foi reconhecida a fraude na utilização do nome do autor por terceiros, pendente julgamento *a quo* em três delas. Situação que não pode prejudicar o pedido do autor, razão pela qual não se aplica a Súmula 385 do STJ, pois o autor não tinha como provar a ilegitimidade das inscrições, nem obrigação de apresentar contrato que afirmava inexistir (prova negativa ou impossível), e que também não foi trazido pela instituição financeira em sua defesa, corroborando sua inexistência. A apresentação de documentos novos, em sede recursal, são indiferentes para tal conclusão.

Mantém-se a fixação dos danos morais, que utilizou critérios de equidade, considerando a data do evento danoso e o tempo transcorrido até o julgamento, haja vista que a inscrição foi mantida por quatro anos sem que a instituição financeira sequer tenha apresentado contrato que manteve com o autor, o que inclusive levou ao afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva.

Diferente dos danos materiais, para os quais a Súmula 54 do STJ foi idealizada, o termo *a quo* para incidência da correção monetária e dos juros moratórios para os danos morais é a data da sentença de primeira instância que os fixou, ainda que sejam modificados posteriormente, a fim de não se prejudicar o credor em razão dos possíveis recursos ainda cabíveis.

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 maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator.

Campo Grande, 7 de outubro de 2014.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de agravo regimental interposto por Leandro Silveira às fls. 285/292, insurgindo-se contra a decisão monocrática deste Relator de fls. 280/283, que deu parcial provimento ao seu recurso de

apelação, apenas para declarar a inexistência do débito discutido, e deu provimento à apelação de Calcard Administradora de Cartões Ltda., a fim de julgar improcedente o pedido indenizatório deduzido na inicial, afastando a condenação imposta na sentença.

Por conseguinte, foram julgados prejudicados os pedidos de majoração/redução do valor da indenização e do termo inicial dos juros de mora.

Alega que os débitos pretéritos também estão sendo discutidos judicialmente e que o relativo ao Banco Ibis S/A já teve, inclusive, o pedido julgado procedente, com declaração da sua inexigibilidade. E que, com relação aos demais débitos, apesar de não ter havido sentença, a respectiva inexigibilidade também está comprovada.

Pede, nesses termos, a reconsideração da r. decisão ou o julgamento do recurso pelo Colegiado.

Juntou documentos às fls. 293/703.

VOTO (EM 02.09.2014)

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

Trata-se de agravo regimental interposto por Leandro Silveira às fls. 285/292, insurgindo-se contra a decisão monocrática deste Relator de fls. 280/283, que deu parcial provimento ao seu recurso de apelação, apenas para declarar a inexistência do débito discutido, e deu provimento à apelação cível de Calcard Administradora de Cartões Ltda., para o fim de julgar improcedente o pedido indenizatório deduzido na inicial, afastando a condenação imposta na douta sentença.

1.

A decisão monocrática agravada encontra-se assim ementada:

> *"EMENTA. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTADA. MÉRITO. DIREITO À OBTENÇÃO DA DECLARAÇÃO JUDICIAL DA INEXISTÊNCIA DO DÉBITO. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SPC. EXISTÊNCIA DE APONTAMENTOS NEGATIVOS PRETÉRITOS. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. RECURSO DA RÉ PROVIDO E DO AUTOR PROVIDO PARCIALMENTE.*
>
> *I) Embora a ré não seja legitimada para retirar o nome do autor do histórico do SPC, quando já cumpriu o seu dever de proceder à baixa da inscrição por ela gerada, sua legitimidade persiste com relação aos danos gerados pela negativação indevida,sendo indiscutível seu vínculo com essa situação jurídica afirmada em juízo. Preliminar afastada.*
>
> *II) Não se pode negar à parte o direito ao referendum do Poder Judiciário, de obter a declaração judicial de inexistência do débito, com efeito de coisa julgada, capaz de conferir maior segurança quanto à sua inexequibilidade, e até mesmo como forma de prevenir futuras discussões.*
>
> *III) Evidenciado nos autos que o nome do autor da ação de indenização encontrava-se inscrito no cadastro do SPC por registros desabonatórios anteriores, não tem ele direito à indenização por dano moral, se não comprovou que esses outros apontamentos eram ilegítimos. Redação da súmula 385 do STJ.*

2.

Em que pese as alegações do agravante, entendo que não lhe assiste razão, de maneira que submeto a questão à apreciação deste órgão colegiado.

Para tanto, trago à baila as razões de fundamentação declinadas na decisão por mim proferida monocraticamente, na parte em que interessa a este julgamento:

> ***"(...) III. Quanto ao cabimento de indenização por danos morais.***
>
> *Na sentença, o juiz entendeu que não incide, no caso, o disposto na súmula 385 do STJ[1], porque a requerida não negou que as restrições pretéritas eram indevidas.*
>
> *Ora, o fato de a requerida não ter utilizado, como tese de defesa, a existência de outras inscrições no nome do autor não impede que seja utilizado pelo julgador como fundamento para a improcedência do pedido, uma vez que se refere eminentemente ao regramento legal a ser aplicado na espécie.*
>
> *Ademais, é sabido que a prova é produzida pela parte e direcionada para formar o convencimento do juiz, que tem liberdade para decidir a causa, desde que fundamente sua decisão. Trata-se do conhecido princípio do livre convencimento motivado, disposto no artigo 131 do CPC, que de um lado lhe assegura a liberdade para apreciar as provas, mas, de outro, impõe-lhe o dever de justificar as razões de seu convencimento.*
>
> *Cássio Scarpinella Bueno ensina que, além do livre convencimento motivado, há o princípio da aquisição da prova, pelo qual a prova, porque destinada ao juízo e ao próprio juiz, deve ser considerada e avaliada independentemente de quem a produziu em juízo e, em última análise, pode, até mesmo, acabar por prejudicar quem a trouxe para o plano do processo, isto é, quem a produziu. Trata-se de princípio segundo o qual é irrelevante quem tenha sido aquele que produziu a prova em juízo que passa a pertencer ao próprio processo, longe da disponibilidade ou dos interesses das partes ou de eventuais terceiros[2].*
>
> *Assim, a partir do momento em que o requerente juntou aos autos o documento de f. 33, esta prova pode ser interpretada pelo juiz com liberdade, desde que ao decidir justifique seu convencimento. E fato incontestável pelo exame do referido documento é que o autor já tinha o seu nome lançado nos cadastros de restrição anteriormente ao registro efetuado pela suposta pendência junto à empresa.*
>
> *Como se pode verificar, o demonstrativo aponta que, na data da inscrição pela requerida (24/05/06), já existiam duas dívidas antecedentes no referido cadastro, sendo conclusiva a existência de outras anotações pretéritas em seu nome – o que, por sua vez, só conduz pela inexistência do dano moral pleiteado.*
>
> *Em situações tais, de negativação cadastral anterior, a jurisprudência é pacífica no sentido de que, se existentes apontamentos contemporâneos à inscrição indevida, não são devidos os danos morais.*
>
> *Tanto está sedimentada essa questão que se tornou objeto do enunciado da Súmula 385 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento".*

1 Súmula 385 STJ - Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

2 *In:* Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, volume 2, tomo I, São Paulo: Saraiva, p. 244.

> *In casu, muito embora o demandante tenha alegado que as inscrições negativas pretéritas também eram ilegítimas, nada restou comprovado nos autos nesse sentido, o que atrai a incidência da súmula 385 do STJ.*
>
> *É de se ver, portanto, que, estando o nome do autor já inscrito na base cadastral do SPC, como no caso, não há direito à indenização por dano moral decorrente de mais uma inscrição.*
>
> *Ressalta-se que o que produz o dano moral é o abalo na estrutura psíquica do indivíduo – o que não se converte em realidade no caso dos autos, pelo fato de o autor ter tido seu nome incluído no SPC, quando ali já estava inscrito anteriormente por outros débitos, o que denota a sua característica de devedor contumaz.*
>
> *Não há direito seu, assim, à reparação do dano moral, pelo que a sentença deve ser reformada para julgar improcedente o pedido indenizatório.*
>
> *Esse resultado torna prejudicada a análise dos pedidos de majoração/redução do valor da indenização e do termo inicial dos juros de mora.*
>
> ***IV**.*
>
> *Ante o exposto, com fundamento no art. 557 do CPC, conheço de ambos os recursos."*

Logo, em que pese as alegações do agravante, tenho que o regimental não merece prosperar.

Insta salientar, outrossim, que os documentos trazidos pelo autor/agravante juntamente com o presente agravo regimental foram juntados extemporaneamente e se destinam a fazer prova de fato articulado já na inicial, momento em que a parte já tinha condições de trazê-los aos autos.

Nessa extensão, torna-se imperioso destacar que a lei não proíbe a juntada de documento novo referente a fato velho, desde que se demonstre, justificadamente, que o referido documento novo não pôde antes ser juntado.

Sobre a produção da prova documental extemporânea**,** Cândido Rangel Dinamarco leciona:

> *"É excepcional a admissão de documentos novos com as razões ou contra-razões de recurso, seja porque o contraditório nesse momento já é bem mais restrito, seja porque não comete 'error in judicando' ou 'in procedendo' o juiz que julga contrariamente à realidade dos fatos em virtude de omissões probatórias das próprias partes. Nesses momentos mais avançados, prevalece o disposto no art. 387, para só se admitam documentos (a) 'relativos a fatos ocorridos depois', ou (b) a fatos dos quais a parte tenha tido conhecimento depois e que devam ser tomados em consideração no julgamento (art. 462 - supra, n. 947), ou ainda (c) documentos aos quais a parte só tenha tido acesso depois."*(DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, Volume III. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 583/584).

In casu, as cópias dos processos judiciais referentes aos débitos pretéritos constantes do extrato de fl. 33, o quais acabaram por obstar o acolhimento do pedido indenizatório do autos, não se trata de documento novo, cujo acesso já era possível desde a origem, mas sim de uma tentativa de suprir o lapso que incorreu o advogado da parte em instruir a inicial.

Tratando-se, portanto, de fato e documento que, sem óbice algum, poderiam ser exibidos antes no processo, não se mostra o presente momento adequado para tanto, de sorte que não se prestam a socorrer o autor/agravante.

Desta forma, mesmo em face dos seus argumentos, com todo o respeito, entendo que não é o caso de dar provimento, razão por que mantenho integralmente o *decisum,* ao par dos fundamentos ali por mim expendidos.

3. Do exposto, conheço do regimental interposto por Leandro Silveira e lhe nego provimento, mantendo inalterada a decisão monocrática por mim proferida e aqui recorrida.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão, em face do pedido de vista do 1º vogal (des. Amaury), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 09.09.2014)

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski (1º Vogal).

Compulsando detidamente os autos, constato que o agravante ajuizou 5 (cinco) ações no primeiro grau (correspondentes às cinco inscrições indicadas nestes autos na fl. 33), em ordem cronológica, a seguir relacionadas:

*Em 02/12/2010, autos 0070765-37.2010.8.12.0001 (13ª Vara Cível) em face do Banco Bradesco S/A, por inscrição indevida no valor de R$ 35,01, incluída em 15/08/2005 e excluída em 04/07/2010;

*Em 01/06/2012, autos 0029232-30.2012.8.12.0001 (11ª Vara Cível) em face do Banco Ibi S/A-Banco Múltiplo, por inscrição indevida no valor de R$ 302,58, incluída em 21/06/2005 e excluída em 20/02/2009.

*Em 01/06/2012, autos 0029231-45.2012.8.12.0001 em face de Calcard Administradora de Cartões Ltda., por inscrição indevida no valor de R$ 2.835,98, incluída em 24/05/2006 e excluída em 06/07/2010, objeto desta apelação;

*Em 04/06/2012, autos 0029499-02.2012.8.12.0001 (remetida à 13ª Vara Cível em razão da prevenção/conexão) em face de Ativos S/A Cia. Securitária de Crédito e Financiamento, por inscrição indevida no valor de R$ 918,23, incluída em 22/04/2009 e excluída em 20/05/2010;

*Em 04/06/2012, autos 0029500-84.2012.8.12.0001 (remetida à 13ª Vara Cível em razão da prevenção/conexão) em face do Banco do Brasil S/A, por inscrição indevida no valor de R$ 126,87, incluída em 10/06/2005 e excluída em 05/12/2008;

Os autos reunidos na 13ª Vara Cível ainda não foram julgados. Entretanto, nos autos da 11ª Vara Cível (inscrição de R$ 302,58), também foi reconhecida a fraude na utilização do nome do autor por terceiros, o valor da indenização do dano moral foi majorado de R$ 3.000,00 para R$ 10.000,00, havendo recurso somente do próprio autor quanto ao termo *a quo* de incidência dos juros moratórios sobre tal condenação, pendente recurso especial do autor/apelante.

Verifica-se que o autor informou na inicial que em 2010 quando ajuizou ação contra o Banco Bradesco S/A tomou conhecimento das demais negativações (oriundas de fraude) que constavam em seu nome (doc. fl. 33 de março de 2011), razão pela qual propôs as outras quatro ações no período entre os dias 1º e 4 de junho de 2012, conforme acima especificado, tendo assim se pronunciado na inicial:

> *"Cumpre informar que o autor está pleiteando ação declaratória de inexigibilidade de débito também em face dos demais débitos registrados no histórico do rol de inadimplentes do SPC (Banco do Brasil S/A, Banco Bradesco S/A, Ativos S/A, Banco Ibi S/A – Banco Múltiplo), os quais igualmente são inexigíveis."*

Portanto, na data da propositura da ação, não tinha como provar a ilegitimidade das inscrições, nem obrigação de apresentar contrato que afirmava inexistir (prova negativa, ou mesmo impossível), e que também não foi trazido pela parte contrária em contestação, ou mesmo após, o que não significa que tais inscrições sejam legítimas.

No curso da ação, a instituição requerida não infirmou as alegações de ilegitimidade das inscrições, informando inclusive que a inscrição remetida por ela foi excluída por mera liberalidade (fato nada comum entre instituições exploradoras de crédito), não ensejando ao autor a necessidade de contrapor-se às alegações, pois sequer o contrato celebrado com o próprio autor (ou qualquer outro documento cadastral do autor) a requerida trouxe aos autos.

Na própria sentença ficou consignado:

> *"Não obstante, a ré não negou, a despeito do ônus da impugnação específica (CPC, art. 302), que o débito ensejador da restrição creditícia era inexistente.*
>
> *Logo, infiro que a negativação foi indevida, à míngua de justa causa para tanto.*
>
> *Ad argumentandum tantum, a ré também não negou que as outras restrições em face do autor são indevidas, de modo que não incide in casu o disposto na súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *Com efeito, reitero que se tratou se (sic) negativação indevida e assevero que causou ao autor danos morais, os quais prescindem de prova nesses casos, por serem presumidos (in re ipsa)."*

Igualmente, ao decidir os embargos de declaração:

> *"Vale dizer que a suposta ilegitimidade passiva da embargante foi refutada da sentença, bem como que essa realmente não afirmou que os apontamentos em desfavor do autor eram devidos, limitando-se a dizer que não havia prova da alegada inexigibilidade, daí porque não incide in casu o indigitado enunciado sumular."*

Ora, no caso destes autos foi reconhecido: 1) que ocorreu fraude; 2) que foi indevida a inscrição do nome do autor no cadastro de inadimplentes; 3) por isso foi declarada a inexistência do débito; 4) a quantia incluída na negativação foi de R$ 2.835,98; 5) assim permaneceu por mais de quatro anos; e, 6) mesmo com as exclusões, o histórico dos apontamentos permanecem ativos no sistema do SPC, podendo ser vistos por qualquer empresa que consulte seus serviços (fato público e notório, que independe de qualquer tipo de prova).

É dever do Poder Judiciário justamente corrigir injustiças de tal jaez.

Na minha exegese, decidiu acertadamente o juízo *a quo* ao fixar danos morais, com suporte na jurisprudência:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CADASTRO DE INADIMPLENTES. INSCRIÇÃO INDEVIDA. EXECUÇÃO JUDICIAL. FRAUDE PRATICADA POR TERCEIROS. AUSÊNCIA DE CAUTELA DA EMPRESA. DANO MORAL. VALOR. REVISÃO DO VALOR. 1. O fato de o evento lesivo decorrer de fraude praticada por terceiro não elide a responsabilidade da agravante, sendo remansoso o entendimento deste Superior Tribunal no sentido de que cabe à empresa verificar a idoneidade dos documentos apresentados, a fim de evitar dano a terceiro na entabulação de negócios financeiros. Hipóteses em que as instâncias de origem assentaram trata-se de fraude grosseira. 2. "**A inscrição ou a manutenção indevida em cadastro de inadimplentes**

> ***gera, por si só, o dever de indenizar e constitui dano moral in re ipsa, ou seja, dano vinculado a própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos****" (AgRg no Ag 1.379.761/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 2.5.2011. 3. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp 356.558/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 28/11/2013) Grifou-se.

Com a devida vênia dos ilustres pares, tenho que no caso não se aplica a Súmula 385 do STJ[3], independentemente da documentação juntada com a apresentação do Agravo Regimental pelo autor, não importando se as inscrições eram legítimas (se foram comunicadas ao consumidor), se sobre todas elas existe a alegação de fraude, com tal reconhecimento em duas das cinco ações ajuizadas pelo autor, sendo uma delas, esta ação.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE INADIMPLENTES.* ***FRAUDE PRATICADA POR TERCEIROS. AUSÊNCIA DE CAUTELA DA EMPRESA. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE APLICA A SÚMULA 385/STJ.*** *AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. "O fato de o evento lesivo decorrer de fraude praticada por terceiro não elide a responsabilidade da agravante, sendo remansoso o entendimento deste Superior Tribunal no sentido de que cabe à empresa verificar a idoneidade dos documentos apresentados, a fim de evitar dano a terceiro na entabulação de negócios financeiros."* (AgRg no AREsp 356.558/DF, Relatora a Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe de 28/11/2013) *2. A Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça somente é aplicável às hipóteses em que a indenização é pleiteada contra o órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito, que deixa de providenciar a notificação prevista no art. 43, § 2º, do CDC antes de efetivar a anotação do nome do devedor no cadastro. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp 521.997/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/08/2014, DJe de 21/08/2014) Grifou-se.

Além disso, conforme precedentes da súmula 385 do STJ, esta somente se aplica às hipóteses em que a indenização é pleiteada em face do órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito, que deixa de providenciar a notificação prevista no art. 43, § 2º, do CDC, antes de efetivar a anotação do nome do devedor no cadastro de inadimplentes:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO.* ***FRAUDE. TERCEIRO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. EXISTÊNCIA DE INSCRIÇÕES ANTERIORES. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE APLICA A SÚMULA 385/STJ.*** *JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 54/STJ. 1. A incidência da Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça somente é aplicável às hipóteses em que a indenização é pleiteada em face do órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito, que deixa de providenciar a notificação prevista no art. 43, § 2º, do CDC, antes de*

3 Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

efetivar a anotação do nome do devedor no cadastro. 2. "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual" (Súmula 54/STJ). 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1.360.338/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/05/2013, DJe de 24/06/2013) Grifou-se.

Conclui-se que a juntada da documentação trazida somente agora pelo autor é de somenos importância, pois de qualquer maneira, como já dito, tal súmula não se aplica ao caso, lembrando também, que foi o próprio autor quem instruiu a inicial com a relação dos débitos inscritos, informando que não foram por ele contraídos, tratando-se de fraude.

Ademais a parte não pode ser prejudicada por ausência de sentença nos três processos que ainda tramitam (sem sentença) perante o juízo da 13ª Vara Cível.

No mais, foi correta a decisão monocrática proferida pelo relator no que tange à declaração de inexistência do débito objeto do contrato n. 113113, no valor de R$ 2.835,98 (dois mil oitocentos e trinta e cinco reais e noventa e oito centavos):

II. Quanto ao pedido declaratório da inexistência do débito.

"O autor/apelante pede a reforma da douta sentença para que seja pronunciada a declaração da inexistência do débito que motivou a inscrição indevida.

Com efeito, infere-se da sentença que, em razão de a inscrição ter sido baixada há muito tempo e por a ré não mais imputar o autor qualquer dívida, seria desnecessário o acolhimento da pretensão declaratória.

É induvidoso, contudo, que não se pode negar à parte o direito ao referendum do Poder Judiciário – que, por razões óbvias, é capaz de conferir maior segurança no tocante à inexequibilidade do débito. Isso até mesmo como forma de prevenir futuras discussões em torno da questão, haja vista ter sido declarado inexistente por meio de decisão judicial, que lhe atribui os efeitos inerentes à coisa julgada.

Em razão disso é que entendo que assiste razão ao autor quanto à procedência do pedido declaratório."

Quanto aos demais pedidos do autor/apelante, reputo correta a fixação dos danos morais, mantendo a sentença *a quo* neste tópico, porque o juízo a quo deixou suficientemente nela fundamentada suas razões de assim decidir, utilizando critérios de equidade, considerando a data do evento danoso e o tempo transcorrido até o julgamento:

"Assim, passo à fixação da compensação dos danos morais.

Para tanto, não há critérios objetivos, de sorte que se deve, em homenagem à razoabilidade e à proporcionalidade, analisar o caso concreto para não empobrecer uma parte nem enriquecer outra ilicitamente, bem como cuidar para não aplicar reparação irrisória e incapaz de desestimular a reiteração da conduta lesiva.

Sob esse influxo, reputo justa a indenização pelos danos morais no valor de R$ 6.780,00, equivalente a 10 salários mínimos, utilizados como parâmetro em casos que tais, mas sem vinculação.

Pelas razões expostas, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedente o pedido, apenas para condenar a ré a pagar ao autor, a título de compensação por danos morais, R$ 6.780,00, monetariamente corrigidos pelo IGP-M/FGV desta data em diante (STJ, súmula 362) e com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (CPC, art. 219 e CC/02, art. 405)."

Evidencia-se que a ação foi ajuizada dois anos após a Instituição Financeira requerida haver excluído a anotação de inadimplência, e em decorrência lógica, seis anos após haver incluído. Portanto, entendo condizente o valor dos danos morais fixados, sem prejuízo de eventual responsabilidade da Instituição mantenedora das informações cadastrais de inadimplência (SCPC), que não é objeto desta lide.

No que se refere ao termo inicial dos juros de mora, estes deverão incidir a partir da data da decisão (sentença ou acórdão) que fixou a indenização por danos morais, porque é de sua fixação na condenação que emerge o dever de compensação (momento em que se torna líquida a obrigação), diferente da indenização por danos materiais, para os quais a Súmula n. 54 do STJ[4] foi idealizada, não se justificando sua aplicação para os danos morais, pois não há como incidirem sobre quantia que ainda não fora estabelecida.

Necessário lembrar que a súmula em apreço data de 24.09.1992, e trata da responsabilidade extracontratual, justificando-se a incidência a partir da citação quando se trata de responsabilidade contratual.

De sorte que, seria o caso de incidência desde a citação caso os danos morais derivassem de relação contratual, o que não ocorre nos autos, em que o pagamento da indenização em dinheiro decorre de dano moral puro, caso em que não havia como considerar em mora[5] o devedor, se ele não tinha como satisfazer (mesmo que quisesse) obrigação pecuniária não fixada por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes.

Cito o seguinte julgado (unânime), bastante elucidativo da questão:

> *"Considero que, em se tratando de indenização por dano moral, da mesma forma como não se aplica a pacífica jurisprudência do STJ segundo a qual 'incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo' (Súmula 43), na linha do entendimento consagrado na Súmula 362, também não deve ser invocada a súmula 54, de acordo com a qual 'os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual'.*
>
> *Isto porque como a indenização por dano moral (prejuízo, por definição, extrapatrimonial) só passa a ter expressão em dinheiro a partir da decisão judicial que a arbitrou, não há como incidir, antes desta data, juros de mora sobre quantia que ainda não fora estabelecida em juízo.*
>
> *Dessa forma, no caso de pagamento de indenização em dinheiro por dano moral puro, entendo que não há como considerar em mora o devedor, se ele não tinha como satisfazer obrigação pecuniária não fixada por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes. Incide, na espécie, o art. 1064 do Código Civil de 1916, segundo o qual os juros de mora serão contados 'assim às dívidas de dinheiro, como às prestações de outra natureza, desde que lhes seja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes'. No mesmo sentido, o art. 407 do atual Código Civil*[6].
>
> *(...)*
>
> *Observo que a tese de que os juros de mora fluem desde data anterior ao conhecimento, pelo próprio devedor, do valor pecuniário de sua obrigação, decorre de uma mora ficta imposta pelos arts. 962 e 1.536, § 2o, do Código de 1916. Esta ficção – de que desde o ato ilícito (art. 962) ou desde a citação (1.536, § 2o, aplicável aos casos de inadimplemento contratual) o devedor está em mora e poderia, querendo, reparar*

4 *Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.*

5 art. 394 do Código Civil: *"considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer".*

6 *Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza,* ***uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes****.*

plenamente o dano, a despeito de ilíquida a obrigação – é razoável nos casos de indenização por dano material (danos emergentes e lucros cessantes).

(...)

Em se tratando de danos morais, contudo, que somente assumem expressão patrimonial com o arbitramento de seu valor em dinheiro na sentença de mérito (até mesmo o pedido do autor é considerado pela jurisprudência do STJ mera estimativa, que não lhe acarretará ônus de sucumbência, caso o valor da indenização seja bastante inferior ao pedido, conforme a Súmula 326), a ausência de seu pagamento desde a data do ilícito não pode ser considerada como omissão imputável ao devedor, para o efeito de tê-lo em mora, pois, mesmo que o quisesse o devedor, não teria como satisfazer obrigação decorrente de dano moral não traduzida em dinheiro nem por sentença judicial, nem por arbitramento e nem por acordo (CC/1916, art. 1064).

Se a jurisprudência do STJ não atribui responsabilidade ao autor pela estimativa do valor de sua pretensão, de modo a impor-lhe os ônus da sucumbência quando o valor da condenação é muito inferior ao postulado (Súmula 326), não vejo como atribuir esta responsabilidade ao réu, para considerá-lo em mora, desde a data do ilícito, no que toca à pretensão de indenização por danos morais.

Por estes motivos, alinho-me ao entendimento do acórdão recorrido de que, em se tratando de indenização por dano moral, os juros moratórios devem fluir, assim como a correção monetária, a partir da data do julgamento em que foi arbitrado em definitivo o valor da indenização, tendo presente o magistrado, no momento de sua mensuração, também o período, maior ou menor, decorrido desde o fato danoso causador do sofrimento infligido ao autor e as consequências, em seu estado emocional, desta demora" (fl. 1.587/1.590, vol. 10). (Embargos De Divergência Em Resp N. 903.258 – RS. Corte Especial. Rel. Min. Ari Pargendler. Julgamento 15.05.2013. DJe de 29.05.2013) Grifou-se.

Dessa forma, alio-me ao entendimento de que somente é admitida a aplicação dos juros moratórios em danos morais, assim como a correção monetária, a partir da sentença judicial de primeira instância que condena em danos morais e os fixa, ainda que sejam modificados posteriormente, a fim de não se prejudicar ainda mais o credor de tais danos, em razão dos recursos ainda cabíveis pela parte contrária.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZATÓRIA – DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA – INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA – DOCUMENTOS UTILIZADOS POR TERCEIROS PARA ABERTURA DE CONTA CORRENTE – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA (...) – TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA MANTIDO – SÚMULA 362 DO STJ – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA ALTERADO – DATA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA –RECURSO AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (...) Em relação ao termo inicial dos juros de mora, tendo em vista a recentíssima decisão da Quarta Turma do STJ, os juros de mora nas indenizações por dano moral devem incidir a partir da data do arbitramento, pois, nos termos do REsp 903.258/RS, o dano moral só passa a ter expressão em dinheiro a partir da decisão judicial que a arbitrou, sendo impossível a incidência de juros antes desta data (Superior Tribunal de Justiça, RESP 903.258/RS, Quarta Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 21 de junho de 2011). (TJPR. Apelação Cível n. 839659-4, unânime, j. 26/01/2012. 8ª Câmara Cível. Desembargadora Denise Kruger Pereira)."

Por outro lado, merece reforma a fixação dos ônus da sucumbência, haja vista que o juiz de primeiro grau havia negado a declaração de inexistência do débito, dando azo à sucumbência recíproca, o que está sendo reformado por meio desta decisão, em segundo grau, mantendo-se a sentença no demais.

Logo, a requerida restará integralmente sucumbente no caso, cabendo inclusive a incidência da Súmula n. 326 do STJ: *"Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca."*

Quanto à apelação da requerida/apelante, não merece qualquer reparo a decisão monocrática proferida pelo relator no julgamento da preliminar:

> *"I. Preliminar de ilegitimidade passiva.*
>
> *Conforme relatado, a ré/apelante suscita sua ilegitimidade passiva para o feito, eis que a pretensão inicial está fundada na manutenção do nome do autor no histórico do SPC, após a baixa por ela efetivada em 06 de julho/2010, fato pelo qual não detém qualquer responsabilidade.*
>
> *Sem razão, todavia.*
>
> *Isso porque, nos moldes que declinei no agr'avo nº. 2012.019587-0 (fls. 65/69), a requerida não seria legitimada para o cumprimento da liminar pleiteada, porque à ela não cabe retirar o nome do autor do histórico do SPC, quando já cumpriu o seu dever de proceder à baixa da inscrição que gerou indevidamente.*
>
> *Todavia, a sua legitimidade persiste quanto aos danos gerados pela negativação indevida, sendo indiscutível seu vínculo com essa situação jurídica afirmada em juízo.*
>
> *Posto isso, afasto esta prefacial."*

A preliminar de nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional é totalmente incabível e despropositada, uma vez que a requerida foi condenada à indenização por danos morais não porque o nome do autor continua no histórico do SPC, mas porque a requerida manteve a inscrição por quatro anos (de 24/05/2006 a 06/07/2010), sem sequer comprovar nos autos qual era o crédito que detinha para com o autor, que lhe legitimasse à tal negativação, e isso ficou bem claro na sentença ao assim dispor:

> *"Não obstante, a ré não negou, a despeito do ônus da impugnação específica (CPC, art. 302), que o débito ensejador da restrição creditícia era inexistente.*
>
> *Logo, infiro que a negativação foi indevida, à míngua de justa causa para tanto.*
>
> *Ad argumentandum tantum, a ré também não negou que as outras restrições em face do autor são indevidas, de modo que não incide in casu o disposto na súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça."*

Nesses termos, dou provimento ao presente agravo regimental, e por consequência, dou parcial provimento ao apelo do autor/apelante Leandro Silveira, declarando a inexistência do débito, mas mantendo a fixação da indenização, fixando o termo inicial dos juros moratórios, assim como a correção monetária, a partir da sentença *a quo*, independentemente de modificações advindas posteriormente em seu arbitramento, e condenando a requerida ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais fixo em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC; e, nego provimento, também quanto ao mérito, à apelação apresentada por Calcard Administradora de Cartões Ltda.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 7/10/2014, em face do pedido de vista do 2º vogal (juiz Odemilson) e em razão de suas férias, após o relator negar provimento e o 1º vogal dar provimento ao regimental, para dar parcial provimento ao recurso de apelação de Leandro Silveira e negar provimento ao recurso de Calcard Administradora de Cartões Ltda.

VOTO (EM 07.10.2014)

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa (2º Vogal).

Peço vênia ao eminente 1º vogal para, com todo o respeito, discordar da solução dada ao Agravo Regimental, no que se refere ao recurso de apelação de Leandro Silveira, apenas no que diz respeito ao termo inicial dos juros e da correção monetária.

Isso porque, é pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que, em se tratando de responsabilidade extracontratual, a incidência dos juros moratórios começa a fluir a partir da data do evento danoso que, no caso em análise, é a data da inscrição do nome do apelante nos cadastros de proteção ao crédito.

Aliás, a matéria foi objeto de súmula editada pelo STJ, que prescreve: *"os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual."* (súmula 54/STJ)

Confira-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL. VALOR QUE NÃO SE MOSTRA IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA N. 54/STJ.*
>
> *1. O quantum arbitrado pelo juiz a título de indenização por danos morais deve ser fixado de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais, de forma que o STJ apenas examina os valores indenizatórios quando irrisórios ou exorbitantes.*
>
> *2. É impossível, relativamente aos acórdãos confrontados, estabelecer juízo de valor acerca da relevância e semelhança dos pressupostos fáticos inerentes às situações que, ali retratadas, acabaram por determinar a aplicação do direito à espécie de modo a fixar o valor dos danos morais.*
>
> ***3. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual (Súmula n. 54/STJ).***
>
> *4. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp 89.943/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 01/09/2014). Destaquei.
>
> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO QUANTUM. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. JUROS DE MORA. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. SÚMULA N. 54/STJ. DECISÃO MANTIDA.*
>
> *1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ.*
>
> *2. A insurgência contra o valor arbitrado a título de indenização por danos morais esbarra na vedação prevista na referida súmula.*

Apenas em hipóteses excepcionais, quando manifestamente irrisória ou exorbitante a quantia fixada, é possível a revisão do quantum por esta Corte, situação não verificada no caso dos autos.

3. O conhecimento do recurso especial interposto com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional exige a indicação do dispositivo legal objeto de interpretação divergente, a demonstração da divergência mediante a verificação das circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados e a realização do cotejo analítico entre elas, nos moldes exigidos pelos arts. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC.

4. Os juros moratórios, em se tratando de responsabilidade extracontratual, incidem desde a data do evento danoso, na forma da Súmula n. 54/STJ: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 113.701/PR, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 21/08/2014, DJe 26/08/2014). Destaquei.

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BRASIL TELECOM S/A. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL. INSURGÊNCIA QUANTO AO VALOR INDENIZATÓRIO ARBITRADO. QUESTÃO NÃO LEVANTADA NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. INVIABILIDADE. REGULARIDADE DA CONTRATAÇÃO E AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. APLICAÇÃO. JUROS DE MORA. SÚMULA 54/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não é cabível a inovação em sede de agravo regimental, o que ocorre na espécie quanto à insurgência em relação ao valor indenizatório arbitrado, uma vez que o alegado tema não foi trazido à análise nas razões do recurso especial, mas tão somente agora em sede de agravo regimental 2. O reconhecimento da ausência do dano moral indenizável, no caso, encontra óbice na Súmula 7/STJ, pois somente com o reexame de provas seria possível modificar a afirmação de que inexistiam outras inscrições negativas em nome do autor.

3. Os juros de mora sobre quantum devido a título de danos morais, incide a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual. Súmula 54/STJ.

4. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa." (AgRg no AREsp 431.011/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013). Destaquei.

Quanto a incidência da correção monetária, a jurisprudência no STJ se firmou no sentido de que deve incidir a partir da data da decisão que fixou o valor definitivo da indenização, nos termos da súmula 362.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE DE TRABALHO. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. LIQUIDAÇÃO. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. VALOR DA INDENIZAÇÃO. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL.

1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla e fundamentada, deve ser afastada a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Limitando-se a sentença liquidanda à quantificação do valor, ausente fato novo a ser provado, desnecessária a produção de prova pericial.

3. Consoante entendimento pacificado no âmbito desta Corte, o valor da indenização por danos morais só pode ser alterado na instância especial quando manifestamente ínfimo ou exagerado, o que não se verifica na hipótese dos autos 4. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios incidem desde o evento danoso, inclusive sobre o valor dos danos morais. Enunciado 54 da Súmula do STJ.

5. A correção monetária deve incidir a partir da fixação de valor definitivo para a indenização do dano moral. Enunciado 362 da Súmula do STJ.

6. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag 1311202/ES, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014). Destaquei.

"AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DANOS MORAIS - RAZOABILIDADE - JUROS DE MORA - SÚMULA 54/STJ - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL - FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

I - É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que o quantum arbitrado pelo Acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que não se faz presente no caso em tela.

II - A jurisprudência pacificada nesta Corte é no sentido de que os juros moratórios incidem desde a data do evento danoso quando a responsabilidade é extracontratual, aplicando-se ao caso a Súmula 54 deste Superior Tribunal de Justiça.

III - A orientação das Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal, nos casos de indenização por danos morais, é no sentido de que o termo inicial da correção monetária é o momento da fixação de valor definitivo para a condenação.

V - O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos VI - Agravo Regimental improvido." (AgRg no REsp 1190831/ES, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 29/06/2010). Destaquei.

De consequência, acompanho o voto proferido pelo revisor, mantendo a condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais, porém os juros moratórios deverão incidir a partir de 21/06/2005 (data da inclusão do nome do apelante nos cadastros de inadimplentes – f. 33) e a correção monetária a partir da data da publicação deste voto (data da fixação do valor).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 07 de outubro de 2014.

***

3ª Seção Cível
Agravo Regimental n. 1411612-52.2014.8.12.0000/50000 - TJMS
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – MANTIDA DECISÃO QUE INDEFERIU A INICIAL DO *MANDAMUS* – UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE SUSCITAR O INCIDENTE APÓS O JULGAMENTO DA CONTROVÉRSIA – INDEFERIDO – ARGUIÇÃO DE INSCONSTITUCIONALIDADE – MATÉRIA APRECIADA NA DECISÃO DO *WRIT* – REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Não cabe incidente de uniformização de jurisprudência após o julgamento do mandado de segurança.

A arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 3.808/2009 já foi apreciada por ocasião do julgamento do *writ.*

A decisão monocrática deve ser mantida por seus próprios fundamentos quando o agravante não traz qualquer fato ou fundamento novo capaz de modificá-la.

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 maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 4º vogal.

Campo Grande, MS, 20 de outubro de 2014.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Darlan Leal de Freitas opõe agravo regimental, com fundamento no art. 777, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega que impetrou mandado de segurança, cuja inicial foi indeferida por decisão monocrática proferida por este desembargador, objetivando concessão de liminar a fim de que lhe fosse assegurando o direito de matricular-se no curso e formação de soldados da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul/2013.

Sustenta que sua matrícula no curso de formação será indeferida em razão de possuir idade superior a 24 anos, 11 meses e 29 dias, tendo em vista a limitação etária contida no item 2.1, inc. II, alínea “b”, do edital n. 1/2013.

Sustenta, em síntese: a) reforma da decisão monocrática para determinar a concessão de tutela antecipada, a fim de que seja determinado aos agravados que permitam o prosseguimento do agravante nas demais etapas do certame; b) que a decisão da 3ª Seção Cível diverge do posicionamento de outras Seções deste Tribunal em ações de idêntica natureza e objeto, razão pela qual requereu a instalação de incidental de uniformização de jurisprudência; c) pugna por nova instauração incidental de arguição de inconstitucionalidade da Lei n. 3.808/2009.

Argumenta que a 1ª e 4ª Seções deste Tribunal, deferiram pedido de liminar, bem como, concederam a segurança, em outros feitos análogos.

Requer, em sede de juízo de retratação a reforma da decisão monocrática a fim de conceder tutela antecipada para que seja determinado aos agravados que permitam que o agravante participe de todas as demais etapas do concurso, afastando a limitação etária para ingresso na carreira de soldado da polícia militar.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski (Relator).

Trata-se de agravo regimental proposto por Darlan Leal de Freitas objetivando a reforma da decisão monocrática que indeferiu a inicial do *mandamus*.

Alega que impetrou mandado de segurança, cuja inicial foi indeferida por decisão monocrática proferida por este desembargador, objetivando concessão de liminar a fim de que lhe fosse assegurando o direito de matricular-se no Curso e Formação de Soldados da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul/2013.

Sustenta que sua matrícula no curso de formação será indeferida em razão de possuir idade superior a 24 anos, 11 meses e 29 dias, tendo em vista a limitação etária contida no item 2.1, inc. II, alínea “b”, do edital n. 1/2013.

Pugna ao final pela: a) reforma da decisão monocrática para determinar a concessão de tutela antecipada, a fim de que seja determinado aos agravados que permitam o prosseguimento do agravante nas demais etapas do certame; b) afirma que a decisão da 3ª Seção Cível diverge do posicionamento de outras Seções deste Tribunal em ações de idêntica natureza e objeto, razão pela qual requereu a instalação de incidente de uniformização de jurisprudência; c) pugna por nova instauração incidental de arguição de inconstitucionalidade da Lei n. 3.808/2009.

Argumenta que a 1ª e 4ª Seções deste Tribunal, deferiram pedido de liminar, bem como, concederam a segurança, em feitos análogos.

Requer, em sede de juízo de retratação a reforma da decisão monocrática a fim de conceder a tutela antecipada para que seja determinado aos agravados que permitam que o agravante participe de todas as demais etapas do concurso, afastando a limitação etária para seu ingresso na carreira de soldado da polícia militar.

Instauração Incidental de Uniformização de jurisprudência.

Darlan Leal de Freitas opôs Agravo Regimental, sustentando que a decisão da 3ª Seção Cível diverge do posicionamento de outras Seções deste Tribunal em ações de idêntica natureza e objeto.

Sustenta que a Primeira e Quarta Seções deste Tribunal deferiram pedido de liminar, bem como, concederam a segurança, em feitos análogos, afastando a limitação etária para ingresso na carreira de soldado da polícia militar

Requer o reexame da decisão monocrática proferida, para, em consonância com o entendimento das demais seções cíveis, determinar a concessão de tutela antecipatória para que seja determinado aos agravados a autorização permitindo que o agravante participe das demais etapas do concurso até o final desfecho e investidura do cargo, sem a limitação etária prevista no edital.

É a síntese necessária. Decido.

Inicialmente, verifica-se que o autor requer na verdade, entre outras coisas, a proposição de incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no art. 496, do Código de Processo Civil e art. 575 do Regimento Interno deste Tribunal, e não agravo regimental.

Sustenta o agravante a unificação da interpretação dada pelas Seções Cíveis deste Tribunal quanto à limitação etária para ingresso na carreira de soldado da Polícia Militar.

Alega que o entendimento da Primeira e Quarta Seções Cíveis desta Corte a respeito da matéria está em desconformidade com o entendimento desta Terceira Seção Cível, conforme os julgados colacionados.

Em que pesem os argumentos expendidos pelo agravante, tenho que o pedido deve ser indeferido, porquanto deveria ser suscitado antes do julgamento do feito principal.

Com efeito, o art. 476 do CPC possui caráter preventivo e não recursal, razão pela qual, o presente incidente não pode ser usado com a finalidade de modificar a decisão monocrática proferida por este relator. É por isso que a citada disposição normativa assim estabelece:

> *"Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:*
>
> *I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;*
>
> *II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que Ihe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.*
>
> *Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo."*

Deveras, sobre o tema, o processualista Barbosa Moreira ensina que o *"julgamento pode estar por iniciar-se, ou pode ter-se iniciado, mas achar-se ainda em curso. Se já houver encerrado , não cabe, à evidência, suscitar o incidente, que não tem – repita-se – índole recursal*"[1]." Na mesma linha já decidiu esta Corte:

> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE SUSCITAR O INCIDENTE APÓS O JULGAMENTO DA CONTROVÉRSIA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Não cabe incidente de uniformização de jurisprudência após o julgamento do recurso de apelação."* (Agravo Regimental – N. 1600118-12.2013.8.12.0000/50000, Juiz Vilson Bertelli, 2ª Câmara Cível, j., 30 de julho de 2013).

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 11)

Colha-se excerto do supracitado voto:

> *"O incidente de uniformização de jurisprudência previsto no artigo 476 do Código de Processo Civil possui caráter preventivo, e não recursal. Outrossim, não pode ser usado pela parte com o intuito de reformar uma decisão jurisdicional. Cuida-se de incidente cabível apenas nas hipóteses em que preexistir divergência entre órgãos do tribunal, impondo-se que seja suscitado em momento anterior ao julgamento do recurso.*
>
> *O artigo 476 é claro a esse respeito ao dispor que compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando verificar que, a seu respeito, ocorre divergência ou que no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas."*

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. OMISSÃO DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. UTILIZAÇÃO COMO NOVO INSTRUMENTO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. (...) 2.- Segundo o entendimento deste Tribunal, 'o incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no art. 476 do Código de Processo Civil, não é admitido como forma de irresignação recursal, ante a sua natureza preventiva de dissenso jurisprudencial, impondo-se seja suscitado em momento anterior ao julgamento do recurso, cujo processamento constitui faculdade do relator.'* (AgRg no AREsp 127.387/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 14.2.13)*."* (EDcl nos EDcl no AgRg nos EAg 1348460/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 16/9/2013, DJe 23/9/2013).

Por fim, diga-se que também não cabe a instauração do presente incidente em sede de agravo regimental, conforme julgado da Corte Superior:

> *"(...) 3. O incidente de uniformização de jurisprudência, além de constituir faculdade do magistrado, deve ser suscitado antes de julgado o feito principal, sendo inviável seu conhecimento em sede de agravo regimental ou de embargos de declaração. Precedentes."* (EDcl no AgRg no AgRg no Ag 1013442/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 29/11/2013).

Pelo exposto, indefiro, de plano, o processamento do presente incidente.

Instauração incidental de arguição de inconstitucionalidade.

Com relação ao pedido de nova declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 3.808/2009, este relator, na decisão proferida no *mandamus*, de forma suficientemente fundamentada já se manifestou no sentido de que entende não ser a citada norma inconstitucional, assim, ratifico, em relação a este tópico, as razões expostas na decisão monocrática de fls. 102-113, do *writ.*

Agravo regimental.

Trata-se de agravo regimental interposto por Darlan Leal de Freitas em face da decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento.

O recurso não merece provimento.

No caso, o agravante não trouxe nenhum fato novo capaz de ensejar a reforma da decisão, tampouco fez acompanhar suas razões de qualquer tipo de documento que possua tal potencial. Na realidade, o recorrente pretende apenas a rediscussão da matéria apreciada no mandado de segurança.

Vale ressaltar que as questões foram examinadas quando da análise do *mandamus*, não se afigurando pertinente sua reanálise em sede de agravo regimental.

Assim restou fundamentada a decisão ora agravada:

> *"Vistos etc*
>
> *Darlan Leal de Freitas impetra o presente mandado de segurança com pedido de liminar contra ato a ser praticado pelo Comandante Geral da Polícia Militar, Secretário de Estado de Administração e Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública todos do Estado Mato Grosso do Sul, alegando que se inscreveu no Concurso Público de Provas para o ingresso no Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar/2013 (Edital n. 1/2013 – SAD/SEJUSP/PMMS), logrando aprovação em todas as etapas necessárias ao ingresso no curso de formação.*
>
> *Sustenta que sua matrícula no referido curso será indeferida em razão de possuir idade superior a 24 anos, 11 meses e 29 dias, tendo em vista a proibição contida no item 2.1, inciso II, alínea b, do Edital n. 1/2013 – SAD/SEJUSP/PMMS.*
>
> *Afirma que a Constituição Federal não embasa discriminações fundamentadas em idade, e que a norma que fundamenta a vedação contida no Edital do certame – art. 8° da Lei Estadual n. 3.808/2009 -, foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial desta Corte.*
>
> *Alega que o edital nº 66 homologou a classificação final do certame, ficando em 11º lugar, tendo sido convocado para participar do curso de formação, ocasião em que foi surpreendido com a negativa da matrícula, devido a limitação prevista para investidura no cargo, de candidato com idade de 24 anos, no máximo, conforme item II, "b", do Edital n. 1/2013 SAD/SEJUSP/PMMS. Assim, o impetrante se vê impedido de ingressar na carreira militar, uma vez que nasceu em 1986 e conta com 28 anos.*
>
> *Requer a concessão da liminar, a fim de que lhe seja assegurado o direito de matricular no curso de formação de Soldados da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.*
>
> *Requer ainda a concessão da justiça gratuita.*
>
> *Com a inicial, vieram os documentos de fls. 24-99.*
>
> *Relatei o necessário. Passo a decidir.*
>
> *Como é cediço, o mandado de segurança pressupõe, entre outros, a existência de um direito líquido e certo violado por um ato ilegal ou praticado com abuso de poder, como se depreende da leitura do inciso LXIX do artigo 5º, da Constituição Federal, e do caput do artigo 1º, da Lei n. 12.016/2009, ilegalidade ou abuso que devem ser demonstrados por meio de prova pré-constituída nos autos.*
>
> *Com efeito, em conformidade com o expresso dispositivo constitucional, o mandado de segurança será sempre pertinente contra ilegalidade ou abuso de poder praticado pelo agente público ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições de Poder Público, nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da CF, in verbis:*

"Art. 5º (...)

LXIX. conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;."

Por direito líquido e certo entende-se aquele determinado em seus contornos, comprovável de plano, que não exige dilação probatória, exatamente como é o caso da ora impetrante. Conforme leciona Hely Lopes Meirelles[2]*:*

"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais."

Por sua vez, o art. 10, da Lei n. 12.016/2009, estabelece que a inicial será desde logo indeferida quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais.

Pois bem. Discute-se a inconstitucionalidade do o art. 8ª, alínea "e", da Lei Estadual 3.808/2009 que traz a seguinte redação:

São requisitos indispensáveis, de caráter eliminatório, para o exercício das funções de policial militar ou de bombeiro militar, e serão exigidos dos candidatos ao concurso público na data de encerramento da matrícula para os Cursos de Formação (CFOPPM/CBM-MS):

I - para candidatos civis:

(...)

e) ter idade mínima de 18 (dezoito) anos completos (de 18 anos até 18 anos, 11 meses e 29 dias) e, no máximo, de 24 (vinte e quatro) anos completos (de 24 anos até 24 anos, 11 meses e 29 dias) para as Carreiras de Praças e de Oficiais (PM/BM);

Com efeito, a questão alusiva à inconstitucionalidade material dessa norma já foi analisada pelo Órgão Especial desta Corte, na Arguição de Inconstitucionalidade em Mandado de Segurança nº 2010.011872-4/0001-00 (atual n. 0011872-56.2010.8.12.0000), restando com a seguinte ementa:

ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MANDADO DE SEGURANÇA – LIMITAÇÃO DE IDADE EM CONCURSO PÚBLICO PARA BOMBEIRO MILITAR PREVISTA NO ART. 8º DA LEI ESTADUAL N. 3.808/2009 – OFENSA AOS ARTS.1º, PARÁGRAFO ÚNICO, C. C. ART. 2º C. C. ART. 39 E INCISO I DO ART. 37 DA CF – ARGUIÇÃO PROCEDENTE.

A idade de 27 (vinte e sete) anos não se revela incompatível com as estadual n. 3.808/2009, art. 8º, I, "e" afronta o princípio da igualdade(art. 5º, caput da CF/88), uma vez que a discriminação não é justificável, deste modo, não se fala em vulneração ao art. 1º,parágrafo único c.c. art. 2º c.c. § 3º do art. 39 e inciso I do art. 37,todos da CF/88.

2 MEIRELLES. Hely Lopes. **Mandado de Segurança,** 27ª ed., São Paulo : Malheiros, 2004 – p. 36-37

(TJMS. Arguição de Inconstitucionalidade em Mandado de Segurança N. 2010.011872-4/0001-00 - Capital. Órgão Especial. Relator Des. João Carlos Brandes Garcia. Julg. Em 3.8.2011.)

Quanto ao mencionado julgamento, importante tecer algumas considerações iniciais.

A primeira delas é o fato de que não obstante tenha sido declarado a inconstitucionalidade do mencionado artigo 8º, inciso I, alínea e, da Lei n. 3.808/2009, por ofensa ao princípio da igualdade, segundo o relator, bem como aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme o primeiro vogal, referida Arguição de Inconstitucionalidade não transitou em julgado face a interposição de Recurso Extraordinário, ainda pendente de julgamento.

***Entendo que não há motivo para considerar inconstitucional a limitação de idades estabelecida na Lei Estadual, mormente pela natureza da atividade desempenhada por policiais e bombeiros militares que impõe um tratamento especial quanto aos direitos previdenciários**.*

***Feitas estas considerações iniciais, hei por bem defender que é possível a limitação de idade para ingresso nas carreiras militares, pois a Constituição Federal autoriza expressamente e assim já decidiram reiteradamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça**.*

***O legislador estadual adotou o critério contido no art. 8ª, alínea "e", da Lei Estadual 3.808/2009, já transcrito. Data maxima venia, não vejo naqueles parâmetros nenhuma desproporcionalidade ou incompatibilidade com a natureza das atividades desempenhadas pelo policial militar, mormente se considerados o intenso rigor físico, característica da carreira, bem como a aposentadoria especial**.*

Daí a importância de transcrever a observação formulada em voto divergente do des. Sideni Soncine Pimental, na Arguição de Inconstitucionalidade em Mandado de Segurança nº 2010.011872-4/0001.00, vejamos:

"insta consignar que a natureza da atividade desempenhada por policiais e bombeiros militares impõe um tratamento especial quanto aos direitos previdenciários. Porque não é possível que os militares desempenhem de forma satisfatória suas atividades com o avançar da idade. A Lei Complementar nº 53/90, que dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares do Estado, ao tratar da transferência para a reserva remunerada, dispõe:

"Art. 91 - A transferência, "ex. officio" para a reserva remunerada,

verificar-se-á sempre que o policial-militar incidir nos seguintes casos:

I - atingir a idade limite:

1. Oficiais:

a) QOPM:

Postos: Idade

Coronel PM..... 59 anos

Tenente Coronel PM.....56 anos

Major PM.. ..... 52 anos

Capitão PM e Oficiais Subalternos ..... 48 anos

b) QOA e QOE:

Postos: Idade

Capitão PM..... 56 anos

1º Tenente PM..... 54 anos

2º Tenente PM..... 52 anos

c) QOS

Postos: Idade

Tenente-Coronel PM..... 56 anos

Major PM..... 52 anos

Capitão PM e Oficiais Subalternos..... 48 anos

2. Praças de todos os quadros:

Graduações: Idade

Subtenentes PM..... 52 anos

1º Sargento PM..... 50 anos

2º Sargento PM..... 48 anos

3º Sargento PM..... 47 anos

Cabo PM..... 51 anos

Soldado PM..... 51 anos

a) Oficiais do sexo masculino, aos 60 anos;

b) Oficiais do sexo feminino, aos 55 anos;

c) Praças do sexo masculino, aos 55 anos;

d) Praças do sexo feminino, aos 50 anos."

Portanto, a aposentadoria compulsória (ex officio) dos militares leva em consideração o posto ocupado, atendendo, assim, ao mesmo critério etário utilizado no ingresso na carreira, de forma que, hipotética situação de se admitir um candidato com 30 anos de idade, em plena forma física (apto ao desempenho da atividade militar), impor-se-á à Administração uma situação onerosa, pois só poderá utilizar-se dos serviços deste candidato por 21 anos, muito embora veja-se obrigada ao pagamento de proventos por

aproximadamente 23 anos (considerando a atual expectativa de vida dos brasileiros de 74 anos), causando grande desequilíbrio financeiro.

Ademais, deve-se levar em consideração, ainda, que o princípio da isonomia consagrado na Constituição Federal (artigo 5º, caput, e artigo 7º, XXX) tem por finalidade garantir um tratamento igualitário para todos os cidadãos, impedindo que medidas discriminatórias sejam adotadas.

Diante disto, a Constituição Federal, autoriza expressamente o legislador a dispor sobre o ingresso nas Forças Armadas, fixando limites de idade, dispondo sobre estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra (artigo 142, §3.º, X).

Por seu turno, o art. 42, §1º, também da Constituição Federal, aduz que compete a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, §3º, inciso X, da CF. O professor Alexandre de Moraes[3], ao tratar do regime jurídico dos Militares e das regras para o ingresso na carreira, adverte que:

"Caberá ainda à lei estadual especificar sobre o ingresso dos Militares dos Estados, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares dos Estados, consideradas as peculiaridades de suas atividades."

Com efeito, Uadi Lammêgo Bulos[4], ao comentar o artigo 42, § 1º, da CF/88, leciona que:

(...) a segunda parte do parágrafo deve ser interpretada restritivamente, pois a lei estadual específica referida deverá dispor, apenas, sobre os assuntos referidos no art. 142, § 3.º, X, não abarcando os demais casos previstos no dispositivo.

Já o art. 39, §3º, da CF, por sua vez, preceitua que a lei pode estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Deflui-se, dos ensinamentos doutrinários e dos próprios dispositivos da Constituição Federal, que somente a Lei poderá dispor sobre limite mínimo e máximo de idade para o ingresso na carreira da Polícia Militar, sendo vedada a instituição destes parâmetros por meio de Resolução, Portaria ou até mesmo Decreto, e desde que guarde relação lógico razoável com a função a ser exercida.

Com base nisso, editou o Supremo Tribunal Federal a Súmula 683, que prescreve que o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

A presente matéria, inclusive, com reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo, ficou decidida da seguinte forma:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS: CRITÉRIO DE LIMITE DE IDADE FIXADO EM EDITAL. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMA. ART. 10 DA LEI N. 6.880/1980. ART. 142, § 3º,INCISO

3 MORAES. Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada.** São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 1.634.

4 BULOS. Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 652

X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NÃO RECEPÇÃO DA NORMA COM MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Repercussão geral da matéria constitucional reconhecida no Recurso Extraordinário n. 572.499: perda de seu objeto; substituição pelo Recurso Extraordinário n. 600.885.

2. O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República, é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas.

3. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal.

4. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão 'nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica' do art. 10 da Lei n. 6.880/1980.

5. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não-recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei n. 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011.

6. Recurso extraordinário desprovido, com modulação de seus efeitos". (RE 600885 / RS - Rio Grande Do Sul, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, j., 09/02/2011)

Destarte, justamente seguindo tanto a orientação do Suprema Corte, quanto o texto constitucional, editou o Estado de Mato Grosso do Sul, a Lei Estadual n. 3.808/2009.

Ora, o art. 37, I, da Carta Magna, é claro ao dispor que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencherem os requistos estabelecidos em lei.

No caso em espécie, o candidato submeteu-se ao concurso cujo edital de regência foi publicado sob a vigência da Lei 3.808, de 18/12/2009, publicada e em vigor desde 21/12/2009, e com as alterações advindas pela Lei n. 4010, de 20 de junho de 2012, considera como idade máxima aquela que o candidato possuir na data de encerramento da inscrição no respectivo concurso público.

Com efeito, ***à época do encerramento da inscrição do concurso (setembro de 2013) o impetrante já contava com 27 anos de idade, pois nascido em 1986 (fl. 04), de modo que não cumpriu um dos requisitos exigidos pela legislação para o ingresso na carreira****.*

Dessa forma, não preenchendo o impetrante os requisitos mínimos previsto na legislação estadual, não há falar em direito líquido e certo.

Repiso que somente seria ilegal o ato da administração caso não existisse previsão legal, e a natureza do cargo não exigisse tal limitação, o que não é o caso dos autos, porquanto, as vagas oferecidas no concurso são destinadas ao cargo de Soldado da Polícia Militar. Na mesma linha já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. MILITAR. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. PREVISÃO NO EDITAL. LEGALIDADE.

PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR. APROVAÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. NOMEAÇÃO E PERMANÊNCIA NO CARGO. FATO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA.

Cuida-se de recurso ordinário contra acórdão que considerou legal e legítimo o ato administrativo que indeferiu a participação do impetrante no concurso para o cargo de soldado da Polícia Militar do Estado da Bahia, por não atender os ditames do Edital SAEB/01/2008, bem como da Lei Estadual n. 7.990, de 27.12.2001,em relação ao limite de idade.

*A jurisprudência do STJ é pacífica em reconhecer que existe viabilidade de fixação de regra editalícia restritiva de idade para o ingresso em cargos públicos, desde que fundada em lei, bem como se refira à função na qual seja razoável tal limitação. Precedentes:*AgRg no AREsp 258.950/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18.3.2013; RMS 32.733/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30.5.2011; AgRg nos Edcl no Resp 1.274.587/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.12.2011; AgRg nos Edcl no RMS 34.904/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 2.12.2011; RMS 31.933/AC, Rel. Min.Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.11.2010.

A teoria do fato consumado não se aplica às hipóteses em que a participação do candidato no concurso ocorreu de modo precário,por força de liminar. Hipótese que se verifica nos autos, uma vez que o Tribunal recorrido cassou a liminar que garantia a participação do impetrante no certame, o que legitimou o manejo do recurso ordinário que, improvido, resultou no agravo regimental em exame.

Precedentes: AgRg nos Edcl no Resp 1.331.012/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13.3.2013; AgRg no AREsp 144.940/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29.5.2012; MC 18.980/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 21.5.2012. Agravo regimental improvido." (AgRg no RMS 37.650/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/10/2013, DJe 14/10/2013)

E, ainda, recente julgado desta 3ª Seção deste Tribunal em caso análogo ao ora analisado:

E M E N T A - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO – POLÍCIA MILITAR – LIMITAÇÃO DE IDADE EM 24 ANOS– POSSIBILIDADE – PREVISÃO EM LEI – SEGURANÇA DENEGADA.

É constitucional e não fere os princípios de razoabilidade e proporcionalidade a limitação de idade prevista em lei para ingresso na carreira militar do Estado. (Mandado de Segurança -Nº 4014097-73.2013.8.12.0000 - Campo Grande; 3ª Seção Cível;Relator – Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade; j: 17 de fevereiro de 2014)

Dessa forma, até que haja decisão transitada em julgado, proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não há falar em inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.808/2009, que prevê em seu art. 8º, I, "e", que deve o candidato ter idade mínima de 18 (dezoito) anos completos (de 18 anos até 18 anos, 11 meses e 29 dias) e, no máximo, de 24 (vinte e quatro) anos completos (de 24 anos até 24 anos, 11 meses e 29 dias) para as Carreiras de Praças e de Oficiais (PM/BM).

Posto isto, com fundamento no art. 10 da Lei 12.016/2009, indefiro desde logo a inicial, por ausência de pressuposto válido para embasar o pedido deste mandamus.

Defiro os benefícios da gratuidade judiciária.

Publique-se. Intimem-se." (destaquei).

Acerca da ausência de fatos novos que possibilitem a reforma da decisão em sede de agravo regimental, confira-se os seguintes julgados desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO REDISCUSSÃO DA MATÉRIA JÁ APRECIADA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE ERRO OU INJUSTIÇA DA DECISÃO. DECISÃO MANTIDA. REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Se a agravante pretende apenas a rediscussão da matéria apreciada no recurso de agravo de instrumento, não apresentando qualquer erro ou injustiça na decisão recorrida, esta deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos." (AgRg-AG 2012.011249-8/0001-00; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves; Julgamento: 30/05/2012).

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO MONITÓRIA – PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DEVIDO PROCESO LEGAL AFASTADO – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO – VINCULAÇÃO DA PESOA JURÍDICA AOS ATOS PRATICADOS POR SEUS ADMINISTRADORES – DISPOSIÇÃO EXPRESSA NO CONTRATO SOCIAL DA VEDAÇÃO A QUALQUER DOS SÓCIOS EM ASSUMIR RESPONSABILIDADE UNILATERAL – ART. 47 CC/202 – CIÊNCIA DO AUTOR ACERCA DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL DE EX–SÓCIO – AUSÊNCIA DE VALIDADE DOS TÍTULOS QUE EMBASAM A MONITÓRIA – DECISÃO QUE REFORMOU A SENTENÇA MANTIDA – REGIMENTAL QUE NÃO ACRESCENTA NENHUM ELEMENTO NOVO PROPÍCIO PARA EXERCÍCIO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO – REGIMENTAL IMPROVIDO Diante dos documentos que embasam os autos restou evidente a existência de resolução expressa no contrato social da empresa no sentido de vedar que qualquer dos sócios assumisse obrigações(de forma unilateral), independentemente da cota social destes, em favor de qualquer cotista ou de terceiros, sem autorização do outro sócio. Regra do art. 47 e 1015, ambos do CC. Questões já analisadas em sede de apelo, cuja decisão não houve interposição de recurso após publicação. Regimental que não acrescenta razões suficientes para que o juízo de retratação seja exercido. Regimental improvido. (Data do julgamento: 30 de setembro de 2014 - 1ª Câmara Cível - Agravo Regimental -Nº 063059-03.2010.8.12.001/5001 - Campo Grande - Relator – Des. João Maria Lós).

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REVISIONAL CUMULADA COM CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – DEPÓSITOS DE VALORES QUE ENTENDE DEVIDOS – NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA – IMPROVIDO. A decisão monocrática deve ser mantida por seus próprios fundamentos quando o agravante não traz qualquer fato ou fundamento novo capaz de modificá-la. Para que sejam afastados os efeitos da mora, é indispensável que o devedor demonstre a verosimilhança das alegações de abusividade das cláusulas contratuais e dos encargos financeiros ou então que consigne em juízo o valor integral das prestações. Se o depósito permitido é inferior ao valor das prestações contratadas, impossível afastar-se a mora e as consequências desta, de tal sorte que permite-se ao credor incluir o nome do devedor nos cadastros restritivos de crédito, protestar o título e ingressar com as medidas judiciais cabíveis." (Data do julgamento: 7 de outubro de 2014 - 1ª Câmara Cível - Agravo Regimental –N. 1409172-83.2014.8.12.00/500 - Rio Brilhante - Relator – Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Raslan).

Destarte, não tendo o agravante trazido nenhum fundamento capaz de desconstituir a situação jurídica, de modo a alterar o convencimento deste Relator, mantenho a decisão agravada, pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

O Sr. Des. João Maria Lós (1º Vogal).

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (2º Vogal).

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (3º Vogal).

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa (4º Vogal).

Pedindo vênia ao nobre Relator, voto no sentido de prover o agravo regimental para conceder a segurança, em coerência com a posição que tenho adotado nos julgamentos da 1ª Seção Cível desta Corte. Confira-se:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA - LIMITE DE 24 ANOS DE IDADE E ALTURA MÍNIMA DE 1,60 M (SEXO FEMININO) PARA INGRESSO NA CARREIRA MILITAR - PREVISÃO EDITALÍCIA BASEADA NA LEI Nº 3.808/2009 QUE FOI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO ÓRGÃO ESPECIAL - CANDIDATO QUE NÃO PREENCHEU O REQUISITO DA ALTURA MÍNIMA NO EXAME ANTROPOMÉTRICO - LIMITAÇÃO DE ALTURA NÃO PREVISTA EM LEI IMPOSSIBILIDADE - SEGURANÇA CONCEDIDA. - Declarada a inconstitucionalidade da Lei n.º 3.808/2009 pelo colegiado do Órgão Especial desse Sodalício e, restando configurado que o Edital utilizou tal comando legal para limitar a idade de ingresso na carreira militar, por corolário lógico deve ser preservado o direito do impetrante de não ser impedido de ingressar no Curso de Formação de Soldados PM/2013, caso aprovado em todas as fases do concurso. - A limitação de altura para posse e exercício de determinados cargos, atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, somente pode ser aceita se prevista em lei, sendo ilegítimo ato administrativo que o faça, como no caso em questão em que o limite de altura foi estabelecido pelo edital do concurso.* (TJ/MS. Mandado de Segurança n.º 4012088-41.2013.8.12.0000. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.Data do julgamento: 06/03/2014) (Destaquei)

> *MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE BOMBEIRO DA POLÍCIA MILITAR DESTE ESTADO - LIMITAÇÃO ETÁRIA - ADMISSÃO APENAS DOS CANDIDATOS COM IDADE ENTRE 18 E 24 ANOS - PREVISÃO EDITALÍCIA EMBASADA NA LEI ESTADUAL 3.808/2009 – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA - VINCULAÇÃO DOS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS - AFRONTA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SEGURANÇA CONCEDIDA.Prevista na Constituição da República a possibilidade de exigência de requisitos peculiares para determinadas funções, e estando eles fixados em lei formal, pode a Administração exigi-los para o ingresso no quadro dos soldados militares, ademais se aferível a razoabilidade na limitação de idade para a inscrição no curso de formação ante a natureza do cargo a ser preenchido, nos moldes da Súmula 683 do Supremo Tribunal Federal.O Órgão*

Especial deste Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade incidental do artigo 8º da Lei Estadual nº 3.808/2009, que limitava as idades mínima e máxima para concorrer às funções de policial militar ou de bombeiro militar. Esta decisão traduz eficácia vinculativa aos Órgãos Fracionários da Corte.Destarte, em face da declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n° 3.808/2009, que traz a limitação etária para o ingresso nos quadros da Polícia Militar ou de Bombeiro Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, a exigência contida no item II, alínea "b" do Edital n° 01/2013- SAD/SEJUSP/CBMMS/CFO, que previu ser de 24 (vinte e quatro) anos a idade máxima dos candidatos, afigura-se contrária à Constituição Federal, não podendo servir de impedimento para que o impetrante participe das demais fases do concurso." (TJ/MS. Mandado de Segurança n.º 1403545-98.2014.8.12.0000. Relator: Des. Divoncir Schreiner Maran. Data do julgamento: 02/06/2014) (Destaquei).

Não bastasse isso, ante a relevância jurídica do tema limitação etária para ingresso em carreira policial, a Corte Suprema, no julgamento do ARE 678.112/MG, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral e reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria no sentido de que *"o estabelecimento de limite de idade para inscrição em concurso público apenas é legítimo quando justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido"* (RE 345.598/DF), entendendo razoável a limitação etária em 32 anos para o cargo de Delegado de Polícia.

Em que pese seja vedada a utilização de repercussão geral por analogia, conforme destacado na Reclamação n. 7547/SP, o que se verifica é que o impetrante está dentro do limite considerado razoável pelo paradigma.

Assim, considerando que a limitação da idade viola o princípio da igualdade e da razoabilidade e não encontra fundamento suficiente na legislação vigente, ante a declaração de inconstitucionalidade da alínea "e", do inciso I, do artigo 8º, da Lei Estadual n. 3.808/09, tenho que o impetrante tem direito líquido e certo de ser matriculado no curso de formação.

Posto isso, dou provimento ao agravo regimental, concedendo a segurança pleiteada, para que o impetrante seja matriculado no Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar.

Sem custas e sem honorários, porque incabíveis na espécie (art. 25 da Lei 12.016/09 e Súmulas 105/STJ e 512/STF).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 4º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. João Maria Lós, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha e Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 20 de outubro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0806930-37.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS CONTRA INVENTARIANTE JULGADA PROCEDENTE - ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE CONTRATO QUE OBRIGUE A PRESTAR CONTAS - DESNECESSÁRIO - DIREITO DOS HERDEIROS E DEVER DO INVENTARIANTE - ADMINISTRADOR DE BENS ALHEIOS - RECURSO IMPROCEDENTE.

O fato do inventariante ser administrador de bens alheio, por si só, já o obriga a prestar contas do inventário, sempre que requerido pelos interessados/herdeiros, e nas hipóteses do artigo 991, inciso VII do Código de Processo Civil.

Tendo a sentença determinado a prestação de contas, preenchida está a hipótese do inciso mencionado, sendo obrigação do inventariante cumprir, sob pena as penas da lei.

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, 28 de agosto de 2014.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Trata-se de apelação interposta por Eliane Louveira Pereira Cavalheiro, inconformada com a r. sentença (fls. 136/139) do MM. Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande – MS que, em sede de ação de prestação de contas, julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais da seguinte forma: A) reconheceu e declarou a obrigação da requerida Eliane Louveira Pereira Cavalheiro em prestar as contas requisitadas no presente feito, no prazo de 48 horas, apresentando as contas pretendidas, relativas à administração dos bens e direitos que representaram os quinhões dos autores/apelados, deixados pelo falecimento de Nestor Alcides Almada, pelo qual se obrigou na condição de inventariante, e também a partir das procurações outorgadas pelos requerentes, o que deverá ser feito em forma mercantil, com especificação das receitas e das despesas, bem como, o respectivo saldo, e instrução com os documentos justificativos, sob pena de não lhes ser lícito impugnar as contas que os demandantes apresentarem; B) Indeferiu o pedido inicial de intimação dos adquirentes dos imóveis, por não ser pertinente nesta ação de prestação de contas; C) indeferiu o pedido inicial de remessa dos autos à comarca de Bela Vista – MS, uma vez que não foi ofertado exceção pelos meios adequados.

A apelante, às fls. 143/149, apresenta suas razões, sustentando que não existe uma relação jurídica de direito material, ou seja, não há um contrato entre as partes que obrigue a apelante a prestar contas.

Requer a procedência do presente recurso. Informa também que deixou de recolher as custas, uma vez que é beneficiária da assistência judiciária gratuita.

As contrarrazões foram juntadas às fls. 153/159, requerendo que o presente recurso tenha seu provimento negado.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski (Relator).

Trata-se de Apelação interposta por Eliane Louveira Pereira Cavalheiro, inconformada com a r. sentença (fls. 136/139) do MM. Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande – MS que, em sede de ação de prestação de contas, julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais, reconhecendo e declarando a obrigação da requerida Eliane Louveira Pereira Cavalheiro em prestar as contas requisitadas no presente feito, no prazo de 48 horas, relativas à administração dos bens e direitos que representam os quinhões dos autores/apelados, pelo qual se obrigou na condição de inventariante, e também a partir das procurações outorgadas pelos requerentes.

A apelante requer a reforma integral da sentença, uma vez que não há documento que a obrigue a prestar as contas.

Segundo sustenta nas razões recursais, não há qualquer contrato entre a apelante e os apelados que lhe obrigue a prestar contas do inventário, não existindo assim uma relação jurídica de direito material. Aduz ainda, que a procuração outorgada lhe confere amplos poderes, como por exemplo, renunciar, vender, ceder, dar quitação etc.

Ocorre que razão alguma assiste ao apelante, conforme passo a expor.

O diploma processual cível brasileiro é expresso, em seu artigo 991, inciso VII, ao determinar que o inventariante deve prestar contas sempre que o juiz lhe determinar.

> *"Art. 991. Incumbe ao inventariante.*
>
> *(...)*
>
> *VII – prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo ou sempre que o juiz lhe determinar;"*

Assim, por mais que na própria procuração outorgada possua uma cláusula que obrigue o inventariante a prestar contas, conforme fl. 23, há uma determinação expressa do magistrado ao sentenciar a presente ação de prestação de contas.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, comentando o Código de Processo Civil, aduz da seguinte forma:

O inventariante, como administrador dos bens do espólio, está obrigado a prestar contas de sua gestão sempre que o juiz determinar, de ofício, ou a requerimento de qualquer herdeiro ou do Ministério Público, nos caos em que este órgão intervém, e, ainda, obrigatoriamente, sempre que deixar o cargo.[1]

1 PINHEIRO, Paulo Cezar Carneiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. IX, tomo I: arts. 982 a 1.045. **Inventário e partilha**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 70.

Portanto, o inventariante, pelo fato de ser administrador de bens alheios, está obrigado a prestar contas sempre que requerido pelos herdeiros, como forma de preservar a transparência do processo de inventário.

O E. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul possui diversos julgados no sentido de conferir, aos herdeiros, direito de requerer a prestação de contas, a qualquer momento, vejamos:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE. DEVER DE PRESTAR CONTAS DO INVENTARIANTE RECONHECIDO. Cabível a pretensão deduzida no feito, porquanto o herdeiro possui interesse em obter prestação de contas e o inventariante a obrigação de prestá-las. Inteligência do art. 991, VII, do CPC. Apelação desprovida.* (TJ-RS - AC: 70059176404 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 11/06/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/06/2014)

> *APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE. DEVER DA INVENTARIANTE DE PRESTAR CONTAS. ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO ESPÓLIO. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. CABIMENTO. 1. A primeira fase da prestação de contas limita-se a averiguar duas questões: (1) se quem exige a prestação de contas tem o direito de fazê-lo e; (2) se de quem é exigida a prestação de contas tem o dever de fazê-lo. 2. No caso, o requerente tem direito de exigir a prestação de contas na qualidade de herdeiro e, por outro lado, a requerida tem a obrigação de prestar contas, na condição de inventariante, por administrar os bens do espólio. 3. Ainda que o art. 991, inc. VII, do Código de Processo Civil, estabeleça que é dever do inventariante prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo, ou sempre que o juiz lhe determinar, tal circunstância não afasta o direito de eventuais interessados de exigir prestação de contas em momento diverso daqueles. Precedente do STJ. 4. É cabível a condenação da requerida ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, ante a firme resistência oposta ao pedido do requerente, mesmo sendo sabedora de que sua condição de inventariante a obriga a prestar contas. Negaram provimento. Unânime."* (TJ-RS - AC: 70054599188 RS , Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 01/08/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/08/2013).

Por fim, pelo simples fato do inventariante ser administrador de patrimônio alheio, já é dever seu, indiscutivelmente, a obrigação de apresentar as contas sempre que solicitado pelos interessados, e obrigatoriamente nos casos previstos em lei, e no presente caso, podemos ainda, enumerar três motivos:

Houve solicitação, por parte dos herdeiros/interessados, para este fim;

Há disposição expressa na procuração pública outorgada, assinada pelas partes envolvidas;

Com o ajuizamento da ação de prestação de contas, e posteriormente, com a prolação da sentença, há uma determinação judicial neste sentido.

Dispositivo:

Dessa forma, julgo totalmente improcedente a presente apelação, mantendo integralmente a r. sentença nos seus próprios termos.

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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 28 de agosto de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0835521-09.2013.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – MUNICÍPIO RESPONSÁVEL PELOS DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO DA SERVIDORA PÚBLICA – INADMISSIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA PARA ASSISTÊNCIA À SAÚDE – SERVIMED – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

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, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 23 de setembro de 2014.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta pelo Município de Campo Grande com relação à sentença de procedência do pedido proferida nos autos da ação declaratória que lhe move Adriana Miguel de Araújo Moura, consistente na determinação ao município de se abster de efetuar o desconto de contribuição ao Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Campo Grande (Servimed) na folha de pagamento da recorrida.

Em razão da sucumbência, condenou o apelante ao pagamento de honorários de advogado, fixados em R$ 2.000,00, nos termos do art. 20, § 4º do CPC.

Sustenta, em preliminar, ilegitimidade passiva e, no mérito, que tem competência para instituir tributo para custear serviço de assistência à saúde, respaldado na Lei Municipal n. 3.636/99, no que se refere à obrigatoriedade dos servidores públicos municipais se filiarem à Servimed e sujeitarem-se ao desconto compulsório de 3% incidente sob a folha de pagamento.

Ao final, requer o provimento do recurso.

Contrarazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (Relator).

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta pelo Município de Campo Grande com relação à sentença de procedência do pedido proferida nos autos da Ação Declaratória que lhe move Adriana Miguel de Araújo Moura, consistente na determinação ao município de se abster de efetuar o desconto de contribuição ao Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Campo Grande (Servimed) na folha de pagamento da recorrida.

Em razão da sucumbência, condenou o apelante ao pagamento de honorários de advogado, fixados em R$ 2.000,00, nos termos do art. 20, § 4º do CPC.

Sustenta, em preliminar, ilegitimidade passiva e, no mérito, que tem competência para instituir tributo para custear serviço de assistência à saúde, respaldado na Lei Municipal n. 3.636/99, no que se refere à obrigatoriedade dos servidores públicos municipais se filiarem à Servimed e sujeitarem-se ao desconto compulsório de 3% incidente sob a folha de pagamento.

Ao final, requer o provimento do recurso.

Contrarazões pela manutenção da sentença.

De início, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva do recorrente.

Isso porque, verifica-se que os descontos sobre os vencimentos da autora são efetuados pelo próprio município, sendo as partes vinculadas funcionalmente, de forma que a simples transferência da administração a outro ente não exclui a responsabilidade do recorrente em responder ao feito, como já bem manifestado pelo juízo *a quo*.

No mérito, o recurso não merece prosperar.

A questão já foi submetida à apreciação deste Tribunal por diversas vezes, e em todas elas reconheceu-se a ilegalidade da cobrança compulsória da contribuição para o custeio de plano de saúde, cabendo aos servidores municipais a opção pela vinculação ao plano de saúde complementar.

A afirmação do Município segundo o qual o recorrido teria espontaneamente se cadastrado no plano de saúde complementar não merece prosperar, em razão da literalidade do art. 4º da Lei Municipal n. 4.430/2006 que reorganizou o serviço de assistência à saúde dos servidores públicos municipais (Servimed) e que assim está redigido:

> *"Art. 4º. São segurados obrigatórios do SERVIMED:*
>
> *I – todos os servidores em exercício na Administração Pública Municipal Direta e Indireta e na Câmara Municipal, independente do regime jurídico a que estão sujeitos;*
>
> *II – os Titulares de Órgãos e Entidades da Administração Pública Municipal Direta e Indireta".*

Constata-se que não foi concedida à servidora a possibilidade de optar pela vinculação ao plano de saúde complementar oferecido pelo Município, mas pelo contrário, todos os servidores foram relacionados como segurados obrigatórios, não tendo opção de escolha.

Logo, a sentença deve ser mantida, vez que afastou a obrigatoriedade da contribuição para o custeio da Servimed, determinando à autoridade coatora a abstenção do desconto da contribuição na folha de pagamento da servidora.

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal entende que não há óbice constitucional ao oferecimento de serviços de saúde aos servidores, desde que a adesão e a contribuição não sejam obrigatórias, tendo em vista que os Municípios, a teor do art. 149, § 1º, da Constituição Federal, só possuem competência para a instituição de contribuição voltada ao custeio do regime próprio de previdência de seus servidores, carecendo dessa competência para criação de contribuição ou qualquer outra espécie destinada ao custeio de saúde.

Nesse sentido:

> *"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DE SERVIÇOS DE SAÚDE DIFERENCIADOS AOS SERVIDORES PÚBLICOS LOCAIS. INCOMPETÊNCIA. ALEGADO CARÁTER FACULTATIVO DA EXAÇÃO. RAZÕES CONTRADITÓRIAS. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. JUROS. LIMITAÇÃO. ART. 1º 'F' DA LEI N. 9.494/1997. INAPLICABILIDADE. FALTA DE PREQUES-TIONAMENTO.*
>
> *Conforme decidido por esta Suprema Corte, os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios não têm competência para criar tributo cujo produto arrecadado seja destinado especificamente ao custeio de serviços de saúde diferenciados postos à exclusiva disposição de seus servidores (RE 573.540, rel. min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ e de 11.06.2010). O alegado caráter facultativo da exação, exposto nas razões de agravo regimental, é contraditório com os termos da contestação e com a própria redação do texto legal impugnado (são segurados obrigatórios do Instituto, independentemente do regime jurídico de trabalho). (...)."* (RE 516502 AgR, Rel.: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgado Em 25/09/2012, Acórdão Eletrônico Dje-234. Divulg 28.11.2012).

O Órgão Especial desta Corte de Justiça, em sede de juízo de retratação e em conformidade com o RE 573.540/MG, já considerou inconstitucional a contribuição compulsória de servidor ao plano de saúde da Cassems, *in verbis:*

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – ARTIGO 543-B DO CPC – RE 573.540/MG – REPERCUSSÃO GERAL – CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS AO PLANO DE SAÚDE – INCONSTITUCIONALIDADE – ADESÃO FACULTATIVA – ASSISTÊNCIA PREVIDENCIÁRIA NÃO ENGLOBA SERVIÇOS DE SAÚDE – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> *O direito líquido e certo dos impetrantes a ser tutelado diz respeito, tão-somente, à inconstitucionalidade da compulsoriedade da contribuição instituída aos servidores públicos para financiamento de plano de saúde, não havendo contudo, direito líquido e certo de usufruir de serviços médicos, hospitalares, farmacêuticos e odontológicos, sem a devida contraprestação. A assistência previdenciária não engloba os serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos prestados pela autarquia previdenciária estadual."* (Mandado de Segurança n. 2011.026063-1/0000-00, Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay, Órgão Especial, Julgamento: 05.10.2011).

Posto isso, nega-se provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

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, 23 de setembro de 2014.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1404574-86.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA CARREIRA DE SOLDADO DA POLÍCIA CIVIL – CANDIDATA GESTANTE – POSSIBILIDADE DE REMARCAÇÃO DO EXAME FÍSICO – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA – PRECEDENTES DO STF E STJ – INADMISSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO CURSO DE FORMAÇÃO EM REGIME DOMICILIAR – NECESSIDADE DE APROVAÇÃO EM TODAS AS FASES DO CONCURSO – SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.

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 contra o parecer.

Campo Grande, MS, 8 de setembro de 2014.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Suzanne Catonio de Souza Almada em face de ato praticado pela Secretária de Estado de Administração e Secretário de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul.

Relata a impetrante que se inscreveu no concurso público de provas e títulos da carreira polícia civil, no cargo de agente investigador de polícia judiciária e obteve aprovação em todas as fases até o presente momento realizadas.

Ocorre que a próxima etapa corresponde ao exame de aptidão física, mas a impetrante encontra-se na 36ª. semana de gestação, sendo que o edital contém determinação de exclusão automática da candidata que esteja em período gestacional, por não haver previsão de nova data para realização do teste de aptidão física.

Diante desses fatos, requer o deferimento da liminar e a concessão da segurança para garantir que dê continuidade às próximas etapas do concurso com a designação de data posterior a 120 dias após o parto para a realização de teste de aptidão física.

A medida liminar foi concedida para garantir à impetrante que somente realize a prova de aptidão física após 120 dias do parto.

Foram interpostos embargos declaratórios em face da decisão que concedeu a liminar, os quais foram acolhidos para sanar omissão quanto à realização do Curso de Formação em regime domiciliar, porém, sem efeitos modificativos.

As autoridades apontadas como coatoras prestaram informações e defesa, requerendo a denegação da segurança, em razão da ausência de direito líquido e certo a ser tutelado.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança, com a revogação da liminar concedida.

VOTO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (Relator).

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Suzanne Catonio de Souza Almada em face de ato praticado pela Secretária de Estado de Administração e Secretário de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul.

Relata a impetrante que se inscreveu no concurso público de provas e títulos da carreira polícia civil, no cargo de agente investigador de polícia judiciária e obteve aprovação em todas as fases até o presente momento realizadas.

Ocorre que a próxima etapa corresponde ao exame de aptidão física, mas a impetrante encontra-se na 36ª. semana de gestação, sendo que o edital contém determinação de exclusão automática da candidata que esteja em período gestacional, por não haver previsão de nova data para realização do teste de aptidão física.

Diante desses fatos, requer o deferimento da liminar e a concessão da segurança para garantir que dê continuidade às próximas etapas do concurso com a designação de data posterior a 120 dias após o parto para a realização de teste de aptidão física.

A medida liminar foi concedida para garantir à impetrante que somente realize a prova de aptidão física após 120 dias do parto.

Foram interpostos embargos declaratórios em face da decisão que concedeu a liminar, os quais foram acolhidos para sanar omissão quanto à possibilidade de realização do Curso de Formação em regime domiciliar, porém, sem efeitos modificativos.

As autoridades apontadas como coatoras prestaram informações e defesa, requerendo a denegação da segurança, em razão da ausência de direito líquido e certo a ser tutelado.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança, com a revogação da liminar concedida.

A segurança deve ser concedida em parte.

A questão limita-se em analisar a possibilidade de postergar a realização do teste de aptidão física, em razão de seu estado gravídico, bem como a possibilidade de realização do Curso de Formação em regime domiciliar.

Verifica-se que foram juntados aos autos atestado médico que comprovou estar a candidata, ora impetrante, em estado gestacional e ser contra indicada a realização de teste físico, sob pena de risco materno fetal (fls. 227-233).

A limitação momentânea para a realização do teste físico, não implica ausência de condições físicas para o exercício do cargo, tanto que o médico, ao elaborar atestado juntado à f. 232, consignou que a impetrante goza de boa saúde após avaliação pelo E.C.G., *holter*, ecocardiograma e sangue, estando apta a realizar o teste físico após 120 dias do parto, quando não mais existiriam riscos à saúde da mãe e do bebê.

Não obstante, frisa-se que a proteção constitucional à maternidade e à gestante[1] não só autoriza, como impõe tratamento diferenciado à candidata gestante, afinal, a norma editalícia não pode se sobrepor a uma conquista social consagrada em plano constitucional, em especial porque os direitos e garantias fundamentais estão sujeitos ao princípio da vedação ao retrocesso.

Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que a gravidez é força maior e a remarcação do teste atenderia o princípio da isonomia:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA SUBMETIDA A TESTE DE APTIDÃO FÍSICA ONZE DIAS APÓS O PARTO. POSSIBILIDADE DE REMARCAÇÃO DO EXAME. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.* (AC. no AgR no RE n. 598.759 - AL, Primeira Turma, Relatora Ministra Carmen Lúcia, j. em 27.10.2009, in DJe de 26.11.2009).

No STJ, o tema também repercutiu no sentido de que a remarcação de testes de aptidão física para gestantes não viola o princípio constitucional da isonomia, *in verbis:*

> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR ESTADUAL. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA (TAF). REMARCAÇÃO POR FORÇA MAIOR. GRAVIDEZ. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.*
>
> *(...) 2. A fase denominada teste de aptidão e avaliação física foi iniciada após dois anos do transcurso das inscrições, configurando razoável identificar a situação da candidata como imprevista e de força maior; o edital de convocação dos candidatos não previu essa possibilidade, apenas indicando que gestantes deveriam comparecer às provas munidas de atestado médico para realizar os testes, em igualdade com as demais candidatas, após a firma de termo de responsabilidade pessoal por eventual dano físico.*
>
> *3. O Tribunal de origem considerou que a violação versava sobre o não comparecimento, quando resta claro que a impetração deu-se contra a norma do edital concretizada pelo afastamento da candidata gestante do certame.*
>
> *4. O Supremo Tribunal Federal pacificou o tema no sentido de que é possível a remarcação dos testes de aptidão física sem que isto implique qualquer violação do Princípio Constitucional da Isonomia.*
>
> *Precedentes: AgRg no AI n. 825.545/PE, Relator Min. Ricardo Lewandowski, (...).*
>
> *5. A jurisprudência da Sexta Turma do STJ tem acompanhado o entendimento do STF, no sentido da possibilidade de remarcação dos testes de aptidão física sem que isto induza violação do edital ou do Princípio da Isonomia. Precedentes:* RMS 28.400/BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 27.2.2013; e RMS 31.505/CE, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27.8.2012.
>
> *Recurso Ordinário provido."* (RMS 37.328/AP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 02/04/2013).

1 Constituição Federal, Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Desse modo, conclui-se que houve lesão ao direito líquido e certo da impetrante, não apenas em razão da previsão constitucional de proteção à maternidade, mas também para atender ao próprio Princípio da Isonomia, pois, estando grávida, não se encontra em condições de igualdade com os demais candidatos do concurso.

No entanto, não há falar em realização do Curso de Formação em regime domiciliar, visto que é durante o curso que os candidatos podem conhecer de perto a carreira policial, seus problemas atuais e desafios, dificuldades inerentes ao cargo e o trabalho de investigação, bem como em razão da existência de aulas práticas, às quais, sem dúvidas, não podem ser realizadas dentro do ambiente residencial

Posto isso, contra o parecer, concede-se em parte a segurança para, ratificando-se a liminar, garantir à impetrante que somente realize a prova de aptidão física após 120 dias do parto, assegurada sua participação nas fases seguintes, se aprovada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, MS, 08 de setembro de 2014.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 1405077-10.2014.8.12.0000 – Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE PROFESSOR FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL – EXISTÊNCIA DE VAGA PURA – OCUPAÇÃO DO CARGO PELO IMPETRANTE EM CARÁTER PRECÁRIO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

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. Ausente, justificadamente, o Desembargador Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, MS, 10 de setembro de 2014.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Ronan Dias Garcia em face de ato praticado pelo Governador do Estado, Secretária de Estado de Administração e Secretária de Estado de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na convocação de professores em caráter temporário para atuar em vaga pura.

Afirma que prestou o 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 e fora aprovado em 3º lugar para o cargo de Professor de Educação Física no Município de Jardim.

Justifica que os dois primeiros colocados já foram convocados e nomeados no certame, e que também foi convocado, porém, em caráter temporário, para ocupar o cargo de Professor de Educação Física, ao qual foi aprovado mediante concurso, fato que demonstra a necessidade da Administração Pública em efetivar os candidatos aprovados no concurso.

Requer a concessão da segurança para assegurar a efetivação do seu direito de ser nomeado e empossado na vaga para a qual foi aprovado.

A liminar foi indeferida.

As autoridades impetradas apresentaram informações e defesa, na qual alegaram a ausência de direito líquido e certo a ser tutelado, visto que o impetrante não se classificou dentro do número de vagas prevista no edital.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (Relator).

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Ronan Dias Garcia em face de ato praticado pelo Governador do Estado, Secretária de Estado de Administração e Secretária de Estado de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na convocação de professores em caráter temporário para atuar em vaga pura.

Afirma que prestou o 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 e fora aprovado em 3º. lugar para o cargo de Professor De Educação Física no Município de Jardim.

Justifica que os dois primeiros colocados já foram convocados e nomeados no certame, e que também foi convocado, porém, em caráter temporário, para ocupar o cargo de Professor de Educação Física, ao qual foi aprovado mediante concurso, fato que demonstra a necessidade da Administração Pública em efetivar os candidatos aprovados no concurso.

Requer a concessão da segurança para assegurar a efetivação do seu direito de ser nomeado e empossado na vaga para a qual foi aprovado.

A liminar foi indeferida.

As autoridades impetradas apresentaram informações e defesa, na qual alegaram a ausência de direito líquido e certo a ser tutelado, visto que o impetrante não se classificou dentro do número de vagas prevista no edital.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo concessão da segurança.

Conforme se verifica dos autos, para o cargo almejado pelo impetrante havia previsão de 1 vaga no edital, mas diante da necessidade de contratação, foram convocados para tomar posse os dois primeiros colocados no concurso.

O impetrante foi aprovado na 3ª posição, consoante Edital n. 20/2013-SAD/SED, entretanto, mesmo aprovado no concurso em posição não contemplada pelo número de vagas prevista no edital de abertura, a Administração Pública efetivou a contratação precária de professores temporários, dentre eles, o próprio impetrante para ocupar, em caráter temporário, "vaga pura" de professor de Educação Física da cidade de Jardim.

É o que se observa da Resolução "P" n. 368/14 de 27 de fevereiro de 2014, juntada à f. 1279 dos autos:

> *"Resolução 'P' SED n. 368/14 de 27 de fevereiro de 2014.*
>
> *A Secretária de Estado de Educação, no uso de suas atribuições legais e com fundamento nos incisos I e II, art. 18, da Lei Complementar n. 87, de 31 de janeiro de 2000, resolve:*

Convocar os professores, a seguir relacionados, para ministrarem aulas em caráter temporário, referente aos períodos constantes no Anexo Único desta resolução.

(...)

AGÊNCIA: 2550 – UER 50 CEL JUVÊNCIO

MUNICÍPIO: 086 - JARDIM

ESCOLA: 0631 – EE ANTÔNIO PINTO PEREIRA

****CONVOCAÇÃO EM VAGA PURA****

MATRÍCULA -- CARGO --- C.H. – PERÍODO – NOME – SEM.

65457261 MAG504A II 12 03/02/2014 A 04/07/2014

RONAN DIAS GARCIA."

Dessa forma, conclui-se pela possibilidade da concessão da segurança para determinar a nomeação do impetrante, pois restou comprovada a existência de vaga pura, a qual, inclusive, encontra-se ocupada precariamente pelo impetrante.

Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que havendo vaga e candidatos aprovados em concurso público vigente, a contratação temporária de servidor para ocupar cargo efetivo, faz nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do art. 37, IV, da CF, *in verbis:*

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS TEMPORÁRIOS. PRETERIÇÃO. DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279/STF. 1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que a contratação de empregados temporários gera, aos aprovados em concurso público, direito subjetivo à nomeação, desde que comprovada a necessidade de contratação de pessoal. 2. No caso dos autos, tendo a agravada sido aprovada em 2º lugar no concurso, que visava ao provimento de 1 (uma) vaga para o cargo de professor, e considerando que, após a realização de concurso para contratação de professor em caráter temporário, a própria agravada foi contratada, resta evidente o direito líquido e certo da parte à nomeação. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (RE 733030 AgR, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Julgado Em 18/02/2014, Processo Eletrônico Dje-044 Divulg 05-03-2014 Public 06-03-2014).

A propósito, em caso semelhante este Tribunal também já decidiu a questão:

"MANDADO DE SEGURANÇA ADMINISTRATIVO. CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. VAGAS OCUPADAS EM CARÁTER TEMPORÁRIO E PRECÁRIO. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO SUBJETIVO. CONCESSÃO.

Malgrado a aprovação de candidato em concurso público fora do número inicialmente oferecido consubstancie-se em mera expectativa de direito, a contratação a título precário e temporário para o preenchimento de vagas existentes e de natureza perene

faz nascer direito subjetivo à nomeação dos aprovados aos cargos. Mandado de Segurança concedido para reconhecer o direito líquido e certo às nomeações perquiridas." (Mandado de Segurança - N. 1405534-42.2014.8.12.0000 - Campo Grande. Relator – Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. Órgão Especial. J. 09.07.2014).

"MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – MAGISTÉRIO ESTADUAL – APROVAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO – CONVOCAÇÃO EM CARÁTER PRECÁRIO – EXISTÊNCIA DE VAGA PURA PARA A NOMEAÇÃO EFETIVA – ORDEM CONCEDIDA.

Já se encontra consolidado na doutrina e na jurisprudência que, havendo vaga pura, a expectativa de direito do aprovado em concurso se convola em direito líquido e certo, mormente quando o próprio aprovado encontra-se contratado precariamente." (Mandado de Segurança - N. 0012168-83.2007.8.12.0000 – Capital, Rel. Des. Luiz Carlos Santini. Tribunal Pleno. J. 10.10.2007).

Logo, o impetrante tem direito líquido e certo a ser nomeado, visto que, dentro do prazo de validade do concurso, ocorreu a contratação precária para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição dos aprovados.

Posto isso, com o parecer, concede-se a segurança para determinar a nomeação do impetrante em caráter efetivo para o cargo de professor de Educação Física, no Município de Jardim – MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Desembargador Dorival Renato Pavan.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, MS, 10 de setembro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0808264-06.2013.8.12.0002 – Dourados
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – PREJUDICIAL DE MÉRITO RELATIVA À DECADÊNCIA – AFASTADA – MÉRITO – INCLUSÃO DE MENOR, SOB A GUARDA DA TIA, COMO DEPENDENTE NATURAL NO PLANO DE SAÚDE – EQUIPARAÇÃO A FILHO – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PARA TODOS OS FINS E EFEITOS DE DIREITO EM DECORRÊNCIA DO ESTADO DE GUARDA – ART. 33, § 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – PROTEÇÃO AO MENOR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Em razão do disposto no artigo 33, § 3º, do ECA: "*A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários*." Motivo pelo qual menor sob guarda da tia deve ser incluído em plano de saúde como seu dependente natural.

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, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 23 de setembro de 2014.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Cassems - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de Apelação, inconformada com a sentença (fls. 221/231) proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos da Ação Declaratória c/c Obrigação de Fazer e Tutela Antecipada movida por Edite Alves de Brito, que julgou procedente o pedido inicial e condenou a ora apelante *"a incluir F. F. A. A. como dependente natural do plano de Saúde que tem como titular a Autora."*

A apelante, em suas Razões Recursais (fls. 240/230), requer, preliminarmente, seja reconhecida a decadência, uma vez que a pretensão da apelada é a anulação da instituição da fonte de custeio para a manutenção da associação operadora do plano de saúde pelo sistema de autogestão, criada no ano de 2001. Acrescenta que tal pretensão somente poderia se dar no prazo de 3 anos (ou seja, até 2004), conforme disposição do artigo 45, parágrafo único e do artigo 48, parágrafo único, ambos do Código Civil.

Quanto ao mérito, sustenta que foram desconsiderados "*os requisitos necessários para inclusão e/ou admissão de beneficiário, e por consequência, desconsiderado o dispositivo expresso do estatuto da associação quanto aos direitos e deveres dos associados, que implica e reflete na fonte de custeio, em manifesta afronta e confronto ao disposto no art. 54, e incisos, do Código Civil.*"

Acrescenta que *"não se impede a inclusão e/ou permanência de menor sob guarda ou sobrinho (a), figuras previstas nas normas, regulamentos e estatuto, contudo, devem ser inscritos e mantidos mediante a necessária e respectiva contribuição para a fonte de custeio, e referidos tipos, qualidade, categoria de dependente (agregados)." e, ainda, "que não há previsão contratual (estatutária e/ou regulamentar) para inclusão de menor sob guarda, como dependente natural (sem ônus respectivo) do associado (...)."*

Por fim, requer sejam reduzidos os honorários advocatícios estabelecidos em primeiro grau no valor de R$ 2.500,00.

A apelada, em suas Contrarrazões Recursais (fls. 287/291), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu Parecer, opina pelo improvimento do apelo e a consequente manutenção da sentença de primeiro grau.

VOTO

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

Cassems - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de Apelação, inconformada com a sentença (fls. 221/231) proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos da Ação Declaratória c/c Obrigação de Fazer e Tutela Antecipada movida por Edite Alves de Brito, que julgou procedente o pedido inicial e condenou a ora apelante "*a incluir F. F. A. A. como dependente natural do plano de Saúde que tem como titular a Autora.*"

A apelante, em suas Razões Recursais (fls. 240/230), requer, preliminarmente, seja reconhecida a decadência, uma vez que a pretensão da apelada é a anulação da instituição da fonte de custeio para a manutenção da associação operadora do plano de saúde pelo sistema de autogestão, criada no ano de 2001. Acrescenta que tal pretensão somente poderia se dar no prazo de 3 anos (ou seja, até 2004), conforme disposição do artigo 45, parágrafo único e do artigo 48, parágrafo único, ambos do Código Civil.

Quanto ao mérito, sustenta que foram desconsiderados "*os requisitos necessários para inclusão e/ou admissão de beneficiário, e por consequência, desconsiderado o dispositivo expresso do estatuto da associação quanto aos direitos e deveres dos associados, que implica e reflete na fonte de custeio, em manifesta afronta e confronto ao disposto no art. 54, e incisos, do código civil.*"

Acrescenta que *"não se impede a inclusão e/ou permanência de menor sob guarda ou sobrinho (a), figuras previstas nas normas, regulamentos e estatuto, contudo, devem ser inscritos e mantidos mediante a necessária e respectiva contribuição para a fonte de custeio, e referidos tipos, qualidade, categoria de dependente (agregados)." e, ainda, "que não há previsão contratual (estatutária e/ou regulamentar) para inclusão de menor sob guarda, como dependente natural (sem ônus respectivo) do associado (...)."*

Por fim, requer sejam reduzidos os honorários advocatícios estabelecidos em primeiro grau no valor de R$ R$ 2.500,00.

A apelada, em suas Contrarrazões Recursais (fls. 287/291), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opina pelo improvimento do apelo e a consequente manutenção da sentença de primeiro grau.

Consta dos autos que: Edite Alves de Brito ingressou com a presente demanda em face da CASSEMS requerendo a inclusão do "*seu sobrinho, F. F. A. A., como seu dependente no plano de saúde*

por ela administrado. Alega, resumidamente, que embora possua a guarda judicial da criança desde 10/agosto/2009, a Ré se recusou a inscrevê-la como sua dependente natural, ao argumento de que somente o poderia ser na qualidade de dependente agregado, mediante o pagamento de uma taxa adicional. Questiona esta exigência, porquanto o sobrinho poderia ser incluído como seu dependente, sem quaisquer ônus adicionais, já que o menor sob guarda judicial deve ser equiparado ao filho para todos os efeitos legais. Menciona que a criança necessita de tratamento psiquiátrico e psicológico em razão da morte trágica da sua genitora (suicídio), atrelados a outros problemas de saúde, e que não possui condições financeiras para arcar com o ônus para sua inclusão como agregado no plano de saúde. (...)" (fls. 221/222).

Os pedidos iniciais foram julgados procedentes nos seguintes termos:

> *"Isso posto, com fundamento no art. 269, inciso I, e art. 461, § 5º, ambos do Código de Processo Civil, arts. 3º, inciso IV; parágrafos 5º e 7º; inciso XXX e art. 19, inciso III, da Constituição Federal e artigo 33 e § 3º do ECA (Lei n. 8.069/90) e artigos 1.740, inciso I; 1.747, inciso III, todos do Código Civil, julgo procedente o pedido inicial para condenar a CASSEMS a incluir F. F. A. A. como dependente natural do Plano de Saúde que tem como titular a Autora. Presentes os requisitos do artigo 273 do CPC, concedo a liminar pleiteada, para, a título de antecipação dos efeitos da tutela de mérito, determinar que a Ré que, no prazo de setenta e duas (72) horas, contadas de sua intimação sobre os termos desta decisão, que deverá ser realizada por carta com AR, providencie a inclusão da criança como dependente natural do plano de saúde que tem como titular a Autora, sob pena de multa diária, no valor de R$ 1.000,00 (hum mil reais), cuja incidência vai, inicialmente, limitada a trinta (30) dias. Evidenciada a sucumbência, condeno a Ré, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais e em honorários advocatícios, arbitrados, mediante apreciação equitativa (art. 20, §§.3º e 4º, CPC), em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), tendo em conta a simplicidade da causa, tempo e trabalho dispensados pelo profissional para seu patrocínio.*" (fls. 230/231).

Por não se conformar com a sentença de primeiro grau, cuja parte dispositiva foi acima transcrita, a CASSEMS interpôs o presente recurso de apelação.

1) Da prejudicial de decadência.

Inicialmente, sustenta a apelante que "*o fato de a autora pretender que se inclua menor sob sua guarda como dependente natural, nada mais é senão uma tentativa da autora de anular e/ou nulificar, declarar ilegal ou abusiva a instituição da fonte de custeio para a manutenção da associação operadora de plano de saúde pelo sistema de autogestão, se mostrando insubsitente, imprópria e manifestamente improcedente, bem como já fulminada pela decadência, porquanto instituída e criada em 2001, tanto a Associação como sua Fonte de Custeio, teriam que ser contrariadas até 2004, ou seja, no prazo de 03 (três) anos, conforme determina o parágrafo único do artigo 45, do Código Civil.*" (fls. 244).

A prejudicial deve ser afastada.

Em que pesem os argumentos da apelante, não se vislumbra que a parte autora pretende a anulação do ato constitutivo ou das decisões da associação, para a qual o Código Civil prevê o prazo decadencial de três anos (art. 45, parágrafo único e art. 48, parágrafo único).

A apelada requer apenas a inclusão do menor, que está sob sua guarda, como seu dependente natural no plano de saúde a que é associada, fundamentando-se, para tanto, no seu direito enquanto associada e também nos efeitos decorrentes da guarda previstos na Lei Federal n. 8.069/90, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA - AFASTADA - INCLUSÃO DE MENOR SOB GUARDA DEFINITIVA COMO DEPENDENTE NATURAL DA BENEFICIÁRIA DO PLANO DE SAÚDE -*

EQUIPARAÇÃO A FILHO - ART. 33, § 3º DO ECA - RECURSO IMPROVIDO. ***Afasta-se a prejudicial de decadência quando resta claro que, no caso em análise, não se trata de hipótese de declaração de ilegalidade ou abusividade da fonte de custeio do plano assistencial de saúde, anulação de ato constitutivo ou de decisão da associação, previsto nos arts. 45 parágrafo único e 48 parágrafo único, do Código Civil, mas sim no direito de inclusão do menor sob guarda da avó no plano de saúde a que está associada.*** *O menor sob guarda da avó passa a ser equiparado ao filho, sendo elevado à condição de dependente obrigatório e natural para todos os efeitos e fins de direito, inclusive, previdenciários, conforme prevê o art. 33, § 3º, do ECA."* (Apelação 0075687-29.2007.8.12.0001. Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva. Comarca: Campo Grande. Órgão julgador: 5ª Câmara Cível. Data do julgamento: 08/05/2014. Data de registro: 16/07/2014.) – Grifei.

Portanto, como o caso em análise não se trata de hipótese de anulação de ato constitutivo ou de decisão da associação, é inaplicável a decadência invocada pela apelante.

Afastada a prejudicial da prescrição, passo a análise do mérito recursal.

2) Mérito.

Pretende a apelante a reforma da sentença para que o menor sob guarda da parte autora não seja incluído como dependente natural no plano de saúde ao qual é vinculada.

Sem razão a recorrente.

Inicialmente, determina o artigo 4º do Regulamento do Plano de Benefícios Assistenciais da CASSEMS o que se segue:

"Art. 4º. - Podem ser Beneficiários:

I. DEPENDENTES NATURAIS dos ASSOCIADOS TITULARES, assim definidos:

a) O cônjuge ou companheiro, sendo este a pessoa que mantenha a união estável com o Associado Titular na forma definida na legislação vigente;

b) filhos não emancipados, de qualquer condição menores de 21 anos ou inválidos, enquanto durar a invalidez;

c) filhos solteiros, sem rendimentos próprios, com idade entre 21 e 24 anos, que estejam cursando estabelecimento de ensino regular;

d) enteados não emancipados, de qualquer condição, menores de 21 anos ou inválidos, enquanto durar a invalidez, comprovando em ambos os casos a dependência econômica em relação ao Associado Titular;

e) enteados solteiros, sem rendimentos próprios, com idade entre 21 e 24 anos, que estejam cursando estabelecimento de ensino regular, desde que comprovada a dependência econômica em relação ao Associado Titular;

f) ***menores que se encontrem sob a tutela do Associado titular e não possuam bens ou rendimentos próprios suficientes para o próprio sustento e educação.***

II. DEPENDENTES-AGREGADOS dos ASSOCIADOS TITULARES, assim definidos:

a) os pais;

> *b) os filhos e enteados que não se enquadrem na condição de dependentes naturais;*
>
> *c) os irmãos;*
>
> *d) os netos e sobrinhos;*
>
> *e) os avós e os tios;*
>
> *f) os sogros;*
>
> *g)* ***menores que, por determinação judicial, se encontrem sob a guarda do Associado Titular.***
>
> *Parágrafo único – Poderá, a qualquer tempo, ser definido o ingresso de novos tipos de dependentes, respeitando-se o limite ficado em legislação específica."* (fls. 90/91) – grifei.

Também, importante analisar o comando contido no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual "*A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários*."

Como se percebe, a própria lei estabelece que a guarda confere ao menor a condição de dependente do guardião não só para fins previdenciários, mas para "*todos os fins e efeitos de direito."* E, se o Estatuto da Criança e do Adolescente não faz nenhuma diferenciação entre menores sob a guarda e o próprio filho do titular, não poderia norma interna da apelante assim determinar.

Como se extrai do Parecer, às fls. 304, "*uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal n. 8.069/90, se sobrepõe ao Estatuto e Regulamento do Plano de Benefícios Assistenciais da CASSEMS, tendo em vista a hierarquia existente entre as normas, por óbvio, que a pretensão da Apelada deve ser atendida, devendo o menor ser incluído no plano de saúde em questão, como dependente daquela.*"

Além disso, como apontou a recorrente nas suas contrarrazões recursais, o estatuto da CASSEMS prevê em seu artigo 8º, §2º, que se consideram *"beneficiários, os dependentes naturais que o associado titular e o participante inscrever e que nessa qualidade tenham sido aceitos,* ***em razão da legislação e normas vigentes****, nos termos e condições estabelecidas em regulamento específico"*. (fls. 250) – Grifei.

Conforme entendimento do STJ, "*a Lei n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - prevê, em seu artigo 33, § 3º, que: 'a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.' IV - Desta forma,* ***restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos.*** *Precedentes do STJ.(...).*" (STJ, Agrg no Recurso Especial N. 684.077 - RJ (2004/0141342-7), Relator: Ministro Gilson Dipp, 14.12.04).

No mesmo sentido:

> *"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE DO SEGURADO. EQUIPARAÇÃO A FILHO. LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO MENOR E ADOLESCENTE. OBSERVÂNCIA.*
>
> *1. A Lei n. 9.528/97, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado.*
>
> *2. Ocorre que,* ***a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras da legislação de proteção ao menor: a Constituição Federal - dever***

> ***do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, e § 3º, inciso II) e o Estatuto da Criança e do Adolescente - É conferido ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários*** *(art. 33, § 3º, Lei n. 8.069/90).*
>
> *3. Recurso Especial desprovido."* (REsp. n. 859.277/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 20/11/2006, p. 360) – grifei.

Não é outro o posicionamento adotado por este Tribunal em situações semelhantes, ao entender que "*O menor sob guarda (...) passa a ser equiparado ao filho, sendo elevado à condição de dependente obrigatório e natural para todos os efeitos e fins de direito, inclusive, previdenciários, conforme prevê o art. 33, § 3º, do ECA.*[1]." Veja-se:

> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CASSEMS – INCLUSÃO DE MENOR SOB GUARDA NO PLANO DE SAÚDE – EQUIPARAÇÃO AO FILHO – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NATURAL – TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS PRESENTES – RECURSO IMPROVIDO. O pedido de tutela antecipada deve ser concedido quando presente a verossimilhança das alegações constantes da inicial e quando demonstrado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.* ***O menor sob guarda da avó segurada equipara-se a filho para todos os fins de direito, inclusive, previdenciário****."* (TJMS – Agravo Regimental em Agravo - N. 2008.004616-5/0001-00, Rel. Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Terceira Câmara Cível, 7.4.2008). – grifei.
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PREJUDICIAL DE MÉRITO RELATIVA À DECADÊNCIA – AFASTADA – MÉRITO –* ***INCLUSÃO DE MENOR, SOB A GUARDA DA AVÓ, COMO DEPENDENTE NATURAL DESTA NO PLANO DE SAÚDE – EQUIPARAÇÃO A FILHO – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PARA TODOS OS FINS E EFEITOS DE DIREITO EM DECORRÊNCIA DO ESTADO DE GUARDA – ART. 33, § 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE*** *– PROTEÇÃO AO MENOR – DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO".* (Apelação Cível n. 2011.001598-8, Rel. Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Quinta Câmara Cível. j. 17.2.2011). – Grifei.
>
> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS PRESENTES – INCLUSÃO DE MENOR SOB A GUARDA DO TITULAR EM PLANO DE ASSISTÊNCIA – CASSEMS – EQUIPARAÇÃO À FILHO – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PARA TODOS OS FINS E EFEITOS – ECA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.* ***O menor, sob a guarda da avó, é equiparado a seu filho e, portanto, seu dependente para todos os fins e efeitos, motivo pelo qual a inclusão no plano de assistência gerenciado pela CASSEMS deve ser efetivada independentemente de qualquer contraprestação financeira.*** *Se o agravante limita-se a expender, em sede de agravo interno, os mesmos argumentos utilizados por ocasião de seu recurso, não logrando demonstrar erro ou injustiça da decisão, o regimental não deve ser provido."* (TJMS, Agravo Regimental em Agravo - N. 2012.016853-6/0001-00, Rel. Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Segunda Câmara Cível, j. 17.07.2012). – Grifei.

Vale destacar que "*Ao contrário do que sustentou a apelante em farta exposição, o julgamento de procedência do pedido inicial não teve como fundamento os efeitos previdenciários garantidos pela guarda.*

1 0800223-83.2011.8.12.0046 Apelação Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva Comarca: Chapadão do Sul Órgão julgador: 5ª Câmara Cível Data do julgamento: 31/01/2013 Data de registro: 06/02/2013.

De fato, a assistência à saúde prestada pela apelante mediante associação facultativa do beneficiário ao plano privado e o pagamento da respectiva contribuição mensal que serve de fonte de custeio, não se confunde com a previdência; todavia, conforme visto acima, a própria lei estabelece que a guarda confere ao menor a condição de dependente do guardião não só para fins previdenciários, mas para todos os fins e efeitos de direito, fazendo com que o provimento judicial ora combatido esteja perfeitamente amparado pela norma aplicável à espécie e não calcado em interpretação equivocada da lei, sentimentalismos ou ato de solidariedade do Juízo."[2]

Observa-se, também, que a guarda foi regularmente concedida à tia do menor em razão do falecimento da mãe da criança (fls. 21/22). Houve a homologação judicial do acordo firmado entre as partes (genitor e tia do menor), tendo, inclusive o Ministério Público Estadual se manifestado favoravelmente nesse sentido.

Diante disso, não prospera a alegação de que a apelada teria a pretensão de transferir a responsabilidade que lhe cabe enquanto guardiã do menor para a CASSEMS, com o o intuito de beneficiar-se indevidamente com a pretendida inclusão. Mesmo porque, como destacou o Procurador de Justiça em seu Parecer, "*através da guarda o menor passa a ser equiparado ao filho, sendo atribuída a condição de dependente obrigatório e natural de quem detém a guarda para todos os fins de direito, pois ao guardião são atribuídas as mesmas obrigações originalmente incumbidas aos genitores, devendo este prestar assistência material, moral e educacional ao menor.*" (fls. 303).

Dessa forma, estando comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para o dependente econômico do guardião, como ocorre na hipótese dos autos.

Quanto aos honorários advocatícios, verifica-se que em primeiro grau foram fixados de maneira proporcional e razoável (R$ 2.500,00), considerando o grau de zelo do profissional, a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, etc. Portanto, dentro dos parâmetros estabelecidos no artigo 20, e seus parágrafos, do CPC, não havendo, por tal razão, que se falar em minoração deste montante.

Por fim, 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.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

> *"EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM APELAÇÃO CÍVEL – NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – OBSCURIDADE – INEXISTENTE – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSIDADE – EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS. (...).*
>
> *3. Fundamentada a decisão do colegiado em determinado sentido, consideram-se repelidas todas as demais teses, normas e argumentos exarados em sentido contrário, sem necessidade de enfrentamento expresso."* (TJMS-3ªT., Proc. 2008.026957-4/0001.00, Rel. Fernando Mauro Moreira Marinho, Jul. 08/02/2010).

Em face do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau que determinou a inclusão do menor "*F. F. A. A. como dependente natural do plano de Saúde que tem como titular a Autora."*

2 Parte do voto exarado no Processo TJ/MS n. 0013794-03.2008.8.12.0001 de relatoria do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso ao analisar questão semelhante a ora decidida (Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 5ª Câmara Cível. Data do julgamento: 17/02/2011. Data de registro: 28/02/2011.)

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, MS, 23 de setembro de 2014.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 1406031-56.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE - IDADE LIMITE DE 21 ANOS – BENEFICIÁRIO QUE SE ENCONTRA MATRICULADO EM CURSO SUPERIOR – PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E CARÊNCIA DA AÇÃO QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO – PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADAS – INTERRUPÇÃO PELA MAIORIDADE CIVIL – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO ACESSO À EDUCAÇÃO – POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO ATÉ 24 ANOS OU CONCLUSÃO DE CURSO SUPERIOR – ANALOGIA DA LEI FEDERAL N. 9.250/95 – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

- As preliminares que se confundem com o mérito, com ele devem ser analisadas.

- O comparecimento de maneira espontânea nos autos supre eventual irregularidade na formação do polo passivo da lide.

- Os princípios basilares de nosso ordenamento jurídico devem prevalecer sobre as regras, de modo que, indo a legislação estadual de encontro com o princípio do acesso à educação, e até mesmo da dignidade da pessoa humana, ao se omitir em relação aos beneficiários que atingem a maioridade cursando ensino superior, deve ser adotada a aplicação analógica a outros diplomas legais, como por exemplo a Lei n. 9.250/95.

- O ato praticado pela autoridade coatora ofende direito líquido e certo da impetrante em ter acesso à educação, e até mesmo a seu sustento, necessário para que viva dignamente até a conclusão de sua formação profissional, flagrante, portanto, a ilegalidade consistente na violação aos arts. 1º, III, 6º e 205 da CF, o que demonstra o direito líquido e certo deduzida em juízo.

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, em parte com o parecer, rejeitar as preliminares arguidas e no mérito, por maioria e, contra o parecer, conceder a segurança nos termos do voto do Relator. Absteve-se de votar por não estar presente no ínicio do julgamento, o Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 9 de julho de 2014.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Luigi Albertine Antunes de Freitas, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul e pelo Diretor Presidente da Agência Estadual de Previdência Social de MS – AGEPREV, consubstanciado no indeferimento do pedido de prorrogação da pensão por morte deixada pelo seu genitor, Sr. Lenine Marcos de Freitas, por estar em vias de atingir a idade limítrofe de 21 anos.

Afirma que está cursando educação física na FUNEC – Santa Fé do Sul/SP e que necessita da pensão para o seu sustento, por isso o benefício deve perdurar até o seu encerramento ou, em último caso, até que complete 24 anos.

Requer a concessão de liminar para que seja determinado às autoridades coatoras que mantenham o pagamento da pensão e, ao final, pugna pela concessão da segurança, a fim de que continue recebendo-a durante o período do curso ou até completar 24 anos.

A liminar foi deferida às fls. 35/36.

O Estado de Mato Grosso do Sul, por meio das informações de fls. 44/51, alega, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do Governador e, no mérito, que o artigo 15 da Lei Estadual nº 3.150/2005 não confere ao impetrante a condição de dependente.

Por seu turno, a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, prestou informações (fls. 52/88), alegando preliminares de nulidade processual em razão da ausência de citação da AGEPREV na qualidade de litisconsorte passiva necessária, de inadequação da via eleita, eis que inexiste qualquer ilegalidade ou abuso de poder e de carência da ação, por entender que o pedido é juridicamente impossível.

A Procuradoria – Geral de Justiça, no parecer de fls. 93/105, opina pela rejeição das preliminares da Ageprev e o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva do Governador, com a remessa dos autos ao juízo de primeiro grau. No mérito, opina pela denegação da segurança.

VOTO

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

Luigi Albertine Antunes de Freitas, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul e pelo Diretor Presidente da Agência Estadual de Previdência Social de MS – AGEPREV, consubstanciado no indeferimento do pedido de prorrogação da pensão por morte deixada pelo seu genitor, Sr. Lenine Marcos de Freitas, por estar em vias de atingir a idade limítrofe de 21 anos.

Afirma que está cursando educação física na FUNEC – Santa Fé do Sul/SP e que necessita da pensão para o seu sustento, por isso o benefício deve perdurar até o seu encerramento ou, em último caso, até que complete 24 anos.

Requer a concessão de liminar para que seja determinado às autoridades coatoras que mantenham o pagamento da pensão e, ao final, pugna pela concessão da segurança, a fim de que continue recebendo-a durante o período do curso ou até completar 24 anos.

A liminar foi deferida às fls. 35/36.

O Estado de Mato Grosso do Sul, por meio das informações de fls. 44/51, alega, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do Governador e, no mérito, que o artigo 15 da Lei Estadual nº 3.150/2005 não confere ao impetrante a condição de dependente.

Por seu turno, a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, prestou informações (fls. 52/88), alegando preliminares de nulidade processual em razão da ausência de citação da Ageprev na qualidade de litisconsorte passiva necessária, de inadequação da via eleita, eis que inexiste qualquer ilegalidade ou abuso de poder e de carência da ação, por entender que o pedido é juridicamente impossível.

A Procuradoria – Geral de Justiça, no parecer de fls. 93/105, opina pela rejeição das preliminares da Ageprev e suscita, de ofício, preliminar de ilegitimidade passiva do Governador, pugnando pelo seu acolhimento, afim de remeter os autos ao juízo de primeiro grau. No mérito, opina pela denegação da segurança.

I - Preliminares

a) Necessidade de formação do litisconsórcio passivo necessário

O comparecimento espontânea do Direitor da Ageprev, consoante informações prestadas às fls. 52/88, supre qualquer irregularidade.

Em face disso, rejeito a preliminar.

b) Inadequação da via eleita e carência da ação

As matérias referentes a essas preliminares se confundem com o mérito, por isso, serão com ele analisadas.

c) Ilegitimidade passiva do Governador

O Ministério Público arguiu de ofício a ilegitimidade passiva do Governador.

Contudo, conforme consta dos autos, o governador compareceu e defendeu a legalidade do ato tido como coator nas informações prestadas, devendo ser aplicada no caso, a teoria da encampação, conforme já decidiu o Órgão Especial, em caso análogo, de relatoria do Desembargador Josué de Oliveira[1]. Vejamos:

> *"O Governador e o Estado de Mato Grosso do Sul possuem legitimidade passiva em mandado de segurança impetrado por dependente de servidor público estadual com o objetivo assegurar a percepção de benefício previdenciário denominado pensão por morte, em vista da vinculação da Ageprev à Secretaria de Estado de Administração, conforme o disposto nas Leis Estaduais n. 2.152/2000 e 3.545/08, aplicando-se ainda, no caso concreto, a teoria da encampação."*

Em face do exposto, rejeito a preliminar.

II - Mérito

A matéria em análise já foi analisada pelo Órgão Especial deste Sodalício, nos autos do mandado de segurança n.º 4012453-95.2013, de relatoria do Des. Divoncir Schreiner Maran, cujas razões eu adoto como fundamentação. Vejamos:

1 Mandado de Segurança - Nº 0005158-12.2012.8.12.0000, j. 26.09.12.

"(...) a pensão por morte constitui-se no benefício concedido ao dependente do segurado, quando de seu falecimento, aposentado ou não, cuidando-se de uma prestação remuneratória. Para ser deferido independe de carência, isto é, não prescinde um tempo mínimo de contribuição, pois visa amparar o beneficiário, assegurando-lhe meios indispensáveis à manutenção daquele de quem dependia economicamente.

Neste aspecto, revela-se o caráter eminentemente social da lei previdenciária seja de qual esfera for, prevalecendo a regra do in dubio pro misero[2].

No caso em apreço, a prorrogação da pensão percebida foi refutada com base na Lei Estadual n.3150/2005, a qual era vigente à época dos fatos, e extingue o direito de recebimento dos benefícios pelo MSPREV aos 18 (dezoito) anos.

A legislação mencionada, no entanto, ao contrário da legislação estadual (Lei n. 2207/2000[3]*), não excepcionou a hipótese do dependente estar cursando ensino superior, o que perfilha a contramão do albergue constitucional de que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*[4].

Aliás, antes mesmo do capítulo específico da Educação na Constituição Federal, há a exposição do tema primeiramente no rol dos direitos sociais[5]*, isto é, aqueles de observância obrigatória pelo Estado, especificando, ainda, a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino*[6]*, no que se insere o ensino superior.*

Sob esse prisma, a educação é direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 do diploma maior. A omissão da Administração, nessa linha de raciocínio, importa afronta à Constituição[7].

Assim, embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, entretanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, próprias da Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, em valiosa decisão, externou o seguinte entendimento, *in verbis*:

2 KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**, 5ª edição, Editora Jus Podivm, p. 77.

3 Art. 6º da Lei n. 2207/2000: "São beneficiários do regime de previdenciário social de que trata esta Lei, na condição de dependentes do segurado:
(...)
II – os filhos solteiros, menores de vinte e um anos ou inválidos, ou menor de vinte e quatro, freqüentando curso superior;
(...)
§ 2º Equipara-se a filho, nas condições do inciso II, mediante declaração do segurado, desde que não tenha qualquer vinculação previdenciária, quer como segurado, quer como beneficiário dos pais ou de outrem:
I – o enteado;
II – o menor que, por determinação judicial, esteja sob sua guarda;
III – o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação"

4 Art. 205 da CF.

5 Art. 6º da CF: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição"

6 Art. 208 da CF: "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
(...)
V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um"

7 AgRg no RE n. 594.018-7 / RJ – Relator Ministro Eros Grau - Segunda Turma – Julgado em 23/06/2009.

"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político – jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei fundamental. (ADI 1458 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, 23.05.96).

Relevante assinalar que a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência[8].

E, considerando, que o conceito de educação é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução, visto que objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por finalidade qualificar o educando para o trabalho e prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação, destarte, é uma das formas de realização concreta do ideal democrático[9].

Concatenando, pois, as idéias esposadas, a negação de qualquer tipode obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos, o que não se pode admitir, impondo aos aplicadores da Constituição, em face das normas infraconstitucionais de múltiplos significados, que escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura[10].

Dessome-se, então, perfeitamente aplicável, por analogia, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a prorrogação do benefício da pensão à impetrante, com base no que dispõe a Lei 9.250/95, que trata da legislação atinente ao imposto de renda, de forma a suprir a omissão do regramento estadual e priorizar o Princípio da Supremacia da Constituição e da Interpretação conforme a Constituição.

8 AgRg no RE n. 594.018-7 / RJ – Relator Ministro Eros Grau - Segunda Turma – Julgado em 23/06/2009.

9 MORAES, Alexandre in **Direito Constitucional**, 18ª edição, 2005, Editora Atlas, p. 733.

10 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet in **Curso de Direito Constitucional**, 2ª edição, 2008, Editora Saraiva, p. 119.

A respeito, esta Corte de Justiça já se pronunciou:

MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO TEMPORÁRIA POR MORTE DO GENITOR – TERMO FINAL – PRORROGAÇÃO – 24 ANOS – POSSIBILIDADE.

Considerando-se a Lei Estadual n. 2.207/2000 e a Lei Federal n. 9.250/95 que tratam do imposto de renda, é possível a prorrogação do pagamento de pensão por morte a dependente de servidor, até que complete 24 anos, idade que se mostra razoável para que o beneficiário complete seus estudos e esteja apto a competir no mercado de trabalho, cada vez mais exigente. (Mandado de Segurança n. 2008.012199-9 - Relator Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins - Órgão Especial – Julgamento: 8.10.2008) (g)

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – CANCELAMENTO PELO ESTADO DO PAGAMENTO DE PENSÃO POR MORTE DO GENITOR/ POLICIAL, QUANDO A IMPETRANTE FOR COMPLETAR DEZOITO ANOS DE IDADE – ESTUDANTE – PENSÃO DEVIDA ATÉ OS VINTE E QUATRO ANOS – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Concede-se a segurança para que a autoridade impetrada mantenha o pagamento da pensão à impetrante mesmo após completar dezoito anos de idade, uma vez que é estudante e, nos termos do artigo 25 da Constituição Federal, deve permanecer o benefício até que encerre seus estudos, ressaltando, ainda, que o Estado reconhece essa situação, pois a Lei n. 9.250/95 considera como dependente, para fins de imposto de renda, o menor de 24 anos. O Estado reconhece que, de mais a mais, os filhos se mantêm como dependentes dos pais, razão pela qual, consubstanciado na Lei Magna e utilizando como parâmetro o limite estabelecido pela lei do imposto de renda, concedo a segurança. (Mandado de Segurança n. 2009.006681-6 - Relator Des. Luiz Carlos Santini - Terceira Seção Cível – Julgamento: 20.7.2009)

E M E N T A – RECURSO OBRIGATÓRIO E APELAÇÃO CÍVEL – PENSÃO POR MORTE – LIMITE DE IDADE – 21 ANOS – LC N. 24/1999 – DEPENDENTE CURSANDO ENSINO SUPERIOR – VIOLAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI ESTADUAL N. 2.207/2000 E DA LEI FEDERAL N. 9.250/95 QUE ESTABELECE LIMITE DE 24 ANOS – RECURSOS IMPROVIDOS.

A Constituição Federal em seu artigo 40, caput e § 7.º, prescrevendo a educação como uma garantia constitucional e a Lei Estadual n.º 2207/2000, vigente à época do falecimento do segurado, bem como a Lei Federal n.º 9.250/95, sustentam a legalidade do estudante universitário perceber o benefício previdenciário "pensão por morte" em decorrência do falecimento de seu genitor, até a idade de 24 anos. (Apelação Cível n. 2008.032020-5 - Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay - Terceira Turma Cível – Julgamento: 22.1.2009) (g.n.)

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL – MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DA PENSÃO ATÉ OS 24 ANOS DE IDADE POR ESTAR CURSANDO CURSO SUPERIOR – LEI ESTADUAL QUE ASSEGURA O RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO –RECURSO NÃO PROVIDO. Filhos dependentes de segurados têm direito a receber o benefício da pensão por morte daqueles, até completarem 24 anos de idade, desde que comprovado que estejam freqüentando curso superior.

Recurso improvido. (Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2008.029259-7 - Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Segunda Seção Cível – Julgamento: 11.12.2008) (Destaquei)

Oportuno observar, ainda, as precisas considerações lançadas no Parecer Ministerial:

"(...)Em que pese a ausência de previsão legal na legislação previdenciária estadual, as normas atinentes ao imposto de renda asseguram tal direito aos beneficiários, devendo ser aplicada analogicamente, conforme autoriza o artigo 4° da Lei de Introdução ao Código Civil. Vejamos as disposições da Lei n°9.250/95, in verbis:

Art. 35. Para efeito do disposto nos arrts. 4°, inciso III, e 8°, inciso II, alínea c, poderão ser considerados como dependentes: (...)

III- a filha, o filho, a enteada ou o enteado, até 21 anos, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;

§1° Os dependentes a que se referem os incisos III e V deste artigo poderão ser assim considerados quando maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau. (Destaquei).

Sobre a aplicação analógica da legislação do imposto de renda no que se refere à manutenção da pensão por morte até que o beneficiário complete 24 anos, quando cursando ensino superior, pacífica é a jurisprudência desse Egrégio Tribunal de Justiça Estadual, senão vejamos:

"E M E N T A APELAÇÃO CIVEL MANDADO DE SEGURANÇA PENSÃO POR MORTE LIMITE DE IDADE DEPENDENTE CURSANDO ENSINO SUPERIOR VIOLAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI ESTADUAL N. 2.207/2000 E DA LEI FEDERAL N. 9.250/95 QUE ESTABELECE LIMITE DE 24 ANOS SENTENÇA MANTIDA RECURSO IMPROVIDO. Consubstanciado no artigo 205 da Constituição Federal, a pensão deve ser paga até os 24 anos de idade ao jovem matriculado em universidade, já que o Estado reconhece, com a lei do imposto de renda, que o jovem, nessa situação, ainda depende dos pais, mormente considerando que, em sendo a norma omissa, como já dito, ao juiz é dado a aplicação da lei, atendendo os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º LICC)". (g.n.) (Apelação - Nº 0006871-53.2011.8.12.0001 - Campo Grande. Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran. J. 19.11.2013).

"E M E N T A APELAÇÃO CÍVEL MANUTENÇÃO DE PENSÃO POR MORTE DEPENDENTE DE FUNCIONÁRIA PÚBLICA ENSINO SUPERIOR POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO ATÉ 24 ANOS DE IDADE VIOLAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO GARANTIDO PELA CF APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI FEDERAL 9.250/95 RECURSO NÃO PROVIDO. O dependente de funcionário público possui direito de receber pensão até os 24 anos de idade, por força de previsões constitucionais e legais, desde que esteja cursando universidade". (g.n.) (Apelação - Nº 0043412-51.2012.8.12.0001 - Campo Grande. Segunda Câmara Cível. Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade. J. 1º.10.2013).

(...)

Frise-se, ademais, que o acesso à educação é garantido constitucionalmente e seria fator restritivo a tal garantia negar à impetrante o direito à continuidade do benefício, consistindo numa indesejável afronta a este postulado, razão pela qual deve ser concedida a segurança a fim de garantir o direito líquido e certo da impetrante de continuar recebendo o benefício "pensão por morte" até que complete 24 anos de idade, ou até sua graduação no curso superior que frequenta (o que ocorrer primeiro).(Destaquei)."

> *Assim, estando a impetrante a cursar nível superior, mostra-se razoável garantir a continuidade do pagamento da pensão por morte, mesmo já tendo completado 18 anos, uma vez que assim estar-se-ia dando cumprimento ao que dispõe o art. 205 da CF, e, por analogia, o disposto no art. 35 da Lei 9.250/95, sem que com isso possa incorrer em ofensa a Lei Estadual, já que a extensão do benefício deve-se exclusivamente ao fato de a impetrante estar cursando nível superior."*

Em face do exposto, contra o parecer, rejeito as preliminares e, no mérito, concedo a segurança, para reconhecer o direito do impetrante de continuar recebendo mensalmente pensão por morte, conforme lhe está sendo paga por força da liminar, até que complete 24 (vinte e quatro) anos de idade, ou até que conclua o ensino superior que freqüenta.

Sem honorários, porque incabíveis à espécie (Súmula 512 do STF e 105 do STJ).

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (1º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. João Maria Lós (3º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (4º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (5º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (7º Vogal)

A questão litigiosa exposta neste mandado de segurança refere-se à manutenção do pagamento de pensão por morte à impetrante maior de 21 anos até a idade de 24 anos, enquanto estiver cursando nível superior.

Peço vênia ao eminente relator para proferir voto divergente.

Inicialmente, cumpre observar que a questão tem suscitado muitas dúvidas e, até bem pouco tempo, também me posicionei no sentido de admitir a extensão do benefício da pensão por morte ao dependente do segurado até a idade de 24 anos, para os casos em que estivesse cursando nível superior, fundamentado na ideia de prevalência dos princípios sobre as leis, caso em que o direito à educação e o princípio da dignidade da pessoa humana prevaleceriam sobre legislação estadual que fosse contrária a tais princípios.

Entretanto, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 12 de junho de 2013, julgou Recurso Especial Representativo de Controvérsia (Resp n. 1.369.832-SP) rejeitando o restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário maior de 21 anos e não inválido, e, a partir de então, não há mais espaço para entendimento contrário ao já externado pela Súmula n. 340/STJ, ou seja, *"A lei aplicável à*

concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado", veja-se a ementa:

> *PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. OMISSÃO DO TRIBUNAL A QUO. NÃO OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO FATO GERADOR. OBSERVÂNCIA. SÚMULA 340/STJ. MANUTENÇÃO A FILHO MAIOR DE 21 ANOS E NÃO INVÁLIDO. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. Não se verifica negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem examina a questão supostamente omitida "de forma criteriosa e percuciente, não havendo falar em provimento jurisdicional faltoso, senão em provimento jurisdicional que desampara a pretensão da embargante"* (Resp 1.124.595/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 20/11/09).
>
> *2. A concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Inteligência da Súmula 340/STJ, segundo a qual "A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado".*
>
> *3. Caso em que o óbito dos instituidores da pensão ocorreu, respectivamente, em 23/12/94 e 5/10/01, durante a vigência do inc. I do art. 16 da Lei 8.213/91, o qual, desde a sua redação original, admite, como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual.*
>
> *4. Não há falar em restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo. Precedentes.*
>
> *5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.* (STJ, Recurso Especial Nº 1.369.832 - Sp (2013/0063165-9), Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12.06.2013)

Em vista do entendimento externado, em tese, estariam ausentes os requisitos para a concessão do benefício, haja vista a previsão dos arts. 24, XII, e 25 da Constituição Federal, que estatuem ser da competência da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre seu sistema previdenciário.

Inobstante, não se pode olvidar que a Lei Federal n. 9.717, de 27.11.1998, que dispõe sobre as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, em seu art. 5º, traz a seguinte previsão, *in verbis*:

> ***Art. 5º*** *Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.*

Ora, na data do óbito, 22 de dezembro de 1994, a Lei Federal n. 8.213, de 24.7.1991, que trata do Regime Geral de Previdência Social, previa em seu art. 16, inciso I, o seguinte:

> *Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:*

> *I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;*

É certo que, na data do óbito, vigia em Mato Grosso do Sul a Lei Estadual n. 204, de 29.12.1980, que estabelecia o limite de 21 anos de idade ao filho pensionista, nos seguintes termos:[11]

> *Art. 8º. Consideram-se dependentes, para os efeitos desta Lei:*
>
> *I – a esposa, o marido inválido e os filhos solteiros de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidos;*
>
> *Art. 58. A pensão será devida aos dependentes do segurado aposentado ou não, que falecer após 24 (vinte e quatro) contribuições mensais, ressalvados os casos de acidentes pessoais que independem de carência.*

Note-se que essa disposição, posteriormente revogada pela Lei Estadual n. 2.207, de 28.12.2000, a qual também restou revogada pela Lei Estadual n. 3.150, de 22.12.2005, fixava ao beneficiário do RPPS a mesma condição (21 anos) que a definida pela Lei n. 8.213/91, do RGPS (21 anos), de sorte que, por força do artigo 5º da Lei n. 9.717/98, impõe-se restringir a 21 anos o limite de idade para a percepção da pensão por morte pelo filho freqüentando curso superior.

Também a Lei n. 1.102/90 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul) dispõe, acerca da pensão especial por morte, que esta será devida ao cônjuge até que contraia novo matrimônio, quando então será *"transferida automaticamente, aos filhos menores e até atingirem vinte e um anos"* (art. 203); e, em seu art. 213, IV, que a perda da qualidade de beneficiário ocorre pela *"maioridade de filho, irmão, órfão ou pessoa designada, aos vinte e um anos de idade"*.

Por todas essas razões, não se figura possível conceder a segurança postulada, pois o marco etário de 21 anos se impõe como limite para a manutenção do pagamento da pensão por morte.

Ante o exposto, com o parecer, voto pela denegação da segurança.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (8º Vogal)

De acordo com o voto do 7º vogal.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (9º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (10º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (11º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

11 Disponível em : < http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/ 448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/a63623f88503392f04256e450002e985?OpenDocument >. Visitado em 9.7.2014.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, em parte com o parecer, rejeitaram as preliminares arguidas e no mérito, por maioria e, contra o parecer, concederam a segurança nos termos do voto do relator. absteve-se de votar por não estar presente no ínicio do julgamento, o Des. Carlos Eduardo Contar.

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. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 09 de julho de 2014.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 1406228-11.2014.8.12.0000 – Camapuã
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – OCUPAÇÃO INDÍGENA DE PROPRIEDADE ATUALMENTE COM TÍTULO REGULAR EM NOME DE PARTICULAR – ABERTURA DE UMA NOVA MATRÍCULA SEM A INTIMAÇÃO DOS INTERESSADOS – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º, LIV E LV DA CF, 214, § 1º DA LEI N. 6.015/73 E ARTIGO 1º, § 8º, DO DECRETO N. 1.775/96 – RETOMADA DA VALIDADE DA MATRÍCULA ANTERIOR – SEGURANÇA CONCEDIDA.

No procedimento de demarcação de terra indígena, tanto o proprietário do imóvel como a pessoa jurídica de direito público (Estado e/ou Município) onde ela estiver localizada, precisam participar, desde o início, sob pena de cerceamento de defesa e violação do Princípio da Isonomia.

A abertura de uma nova matrícula sob a área objeto da controvérsia, sem a intimação dos interessados, acarreta na sua manifesta nulidade, retomando a validade da matrícula anterior.

Existindo decisão de primeiro e segundo grau, validando o título de propriedade dos impetrantes, este deve ser mantido como legítimo, irradiando todos os efeitos inerentes, até a solução definitiva da controvérsia, mesmo porque os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo.

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, 13 de agosto de 2014.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Juracy Marques de Abreu e outros, qualificados nos autos, impetram mandado de segurança contra ato praticado pelo Exmª. Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, Corregedora-Geral de Justiça de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na decisão que determinou à Registradora de Imóveis da Comarca de Caarapó – MS, que procedesse o registro de demarcação e homologação da Terra Indígena Jarará, situada no Município de Juti, mediante a abertura de uma nova matrícula, nos termos do que foi decidido nos autos do Pedido de Providências n. 126.152.0115/2013, iniciado com base no Ofício da Funai n. 182/DAF/93, em que figura como requerente o Ministério Público Federal/Procuradoria da República do Município de Dourados – MS.

Alega que o referido ato sobrepõe à matrícula de sua propriedade (n. 04.555), sem o devido processo legal, ante a falta de oitiva prévia dos interessados, afrontando, ainda, decisão judicial proferida pela 4ª Vara Federal de Campo Grande, Feito n. 92.4907-9, confirmada pelo Tribunal Regional da 3ª Região, onde se declarou o domínio e a posse de seus antecessores, por tempos imemoriais, afastando qualquer possibilidade de considerar a área como indígena.

Afirma que o ato combatido fere o direito de propriedade, assegurado no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal, combinado com os artigos 1.228 e 1.245, ambos do Código Civil.

Requer a concessão de liminar, para suspender o ato de registro da área tida como indígena, até julgamento definitivo do *writ* e, ao final, a concessão da segurança em definitivo, reconhecendo a sua nulidade, a fim de proceder o respectivo desfazimento, cancelando a matrícula de n. 15.134 do C.R.I. de Caarapó.

Atribui à causa o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e juntou os documentos de fls. 41/208.

A liminar foi indeferida às fls. 211/213.

A Corregedora-Geral de Justiça prestou informações às fls. 222/228 e argumentou, em síntese, que os impetrantes não fazem jus à segurança pleiteada neste *mandamus*, pois inexistiu qualquer ato ilegal na determinação do registro de demarcação e homologação da terra indígena de Jarará.

Sustenta que o Ministério Público Federal solicitou a intervenção da Corregedoria-Geral de Justiça no Pedido de Providências n. 126.152.0115/2013, a fim de que se registrassem as demarcações das terras indígenas de Jarará e Sucuri, junto ao C.R.I. de Caarapó, que se negava a proceder o registro tendo em vista a duplicidade de matrícula.

Prossegue aduzindo, que o registro da terra indígena cumpre tão somente o que determinou o Decreto Presidencial publicado no Diário Oficial da União no dia 13 de agosto de 1993.

Afirma que as decisões proferidas nas ações ajuizadas pelos impetrantes não representam impedimento para a realização do Registro Imobiliário, considerando ainda, que, nenhuma delas teve caráter definitivo, vez que se encontram em grau de recurso pendente de decisão.

Por fim, pugnou pela denegação da segurança, destacando que o ato tido como coator se pautou no estrito cumprimento da lei.

O Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da manifestação do Procurador da Fazenda Pública Estadual acostada às fls. 236/258, pugnou pela concessão da segurança, por entender que a decisão praticada pela autoridade coatora fere direito líquido e certo dos impetrantes, bem como ofende os Princípios da Isonomia, Contraditório e Ampla Defesa, gerando prejuízo e insegurança jurídica.

Destacou, ainda, que a ausência de participação dos proprietários e do Estado de Mato Grosso do Sul em todas as fases do processo demarcatório, iniciado pela FUNAI, implica nulidade absoluta.

Concluiu, no aspecto material, que a decisão proferida pela autoridade coatora é nula, por inexistirem provas de ocupação tradicional indígena e validade de títulos de propriedade.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 427/436, opina pela concessão da segurança.

VOTO

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

Juracy Marques de Abreu e outros, qualificados nos autos, impetram mandado de segurança contra ato praticado pelo Exmª. Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, Corregedora-Geral de Justiça de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na decisão que determinou à Registradora de Imóveis da Comarca de Caarapó – MS, que procedesse o registro de demarcação e homologação da Terra Indígena Jarará, situada no Município de Juti, mediante a abertura de uma nova matrícula, nos termos do que foi decidido nos autos do Pedido de Providências n. 126.152.0115/2013, iniciado com base no Ofício da Funai n. 182/DAF/93, em que figura como requerente o Ministério Público Federal/Procuradoria da República do Município de Dourados – MS.

Alega que o referido ato se sobrepõe à matrícula de sua propriedade (n. 04.555), sem o devido processo legal, ante a falta de oitiva prévia dos interessados, afrontando, ainda, decisão judicial proferida pela 4ª Vara Federal de Campo Grande, Feito n. 92.4907-9, confirmada pelo Tribunal Regional da 3ª Região, onde se declarou o domínio e a posse de seus antecessores, por tempos imemoriais, afastando qualquer possibilidade de considerar a área como indígena.

Afirma que o ato combatido fere o direito de propriedade, assegurado no artigo 5º, XXII da Constituição Federal, combinado com os artigos 1.228 e 1.245, ambos do Código Civil.

Requer a concessão de liminar, para suspender o ato de registro da área tida como indígena, até julgamento definitivo do *writ* e, ao final, a concessão da segurança em definitivo, reconhecendo a sua nulidade, a fim de proceder o respectivo desfazimento, cancelando a Matrícula de n. 15.134 do C.R.I. de Caarapó.

Atribui à causa o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e juntou os documentos de fls. 41/208.

A liminar foi indeferida às fls. 211/213, a despeito de naquela oportunidade já ter se reconhecido a plausabilidade do direito.

A Corregedora-Geral de Justiça prestou informações às fls. 222/228 e argumentou, em síntese, que os impetrantes não fazem jus à segurança pleiteada neste *mandamus*, pois inexistiu qualquer ato ilegal na determinação do registro de demarcação e homologação da terra indígena de Jarará.

Sustenta que o Ministério Público Federal solicitou a intervenção da Corregedoria-Geral de Justiça no Pedido de Providências n. 126.152.0115/2013, a fim de que se registrassem as demarcações das terras indígenas de Jarará e Sucuri, junto ao C.R.I. de Caarapó, que se negava a proceder o registro tendo em vista a duplicidade de matrícula.

Prossegue aduzindo, que o registro da terra indígena cumpre tão somente o que determinou o Decreto Presidencial, publicado no Diário Oficial da União no dia 13 de agosto de 1993.

Afirma que as decisões proferidas nas ações ajuizadas pelos impetrantes não representam impedimento para a realização do Registro Imobiliário, considerando, ainda, que, nenhuma delas teve caráter definitivo, vez que se encontram em grau de recurso pendente de decisão.

Por fim, pugnou pela denegação da segurança, destacando que o ato apontado como coator se pautou no estrito cumprimento da lei.

O Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da manifestação do Procurador da Fazenda Pública Estadual, acostada às fls. 236/258, pugnou pela concessão da segurança, por entender que a decisão praticada pela autoridade coatora fere direito líquido e certo dos impetrantes, bem como ofende os princípios da Isonomia, Contraditório e Ampla Defesa, gerando prejuízo e insegurança jurídica.

Destacou, ainda, que a ausência de participação dos proprietários e do Estado de Mato Grosso do Sul em todas as fases do processo demarcatório, iniciado pela Funai, implica nulidade absoluta.

Concluiu, no aspecto material, que a decisão proferida pela autoridade coatora é nula, por inexistirem provas de ocupação tradicional indígena e validade de títulos de propriedade.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 427/436, opina pela concessão da segurança.

A controvérsia cinge-se em verificar eventual ilegalidade na decisão exarada pela d. Corregedora-Geral de Justiça, nos autos do Pedido de Providências n. 126.152.0115/2013, que determinou ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Caarapó-MS a realização do registro de demarcação e homologação da suposta terra indígena Jarará, situada em Juti-MS.

Às fls. 225/226 dos presentes autos, a e. Corregedora-Geral de Justiça aduz que homologou o Pedido de Providências n. 126.152.0115/2013 com base em informações prestadas pela FUNAI, por intermédio da Nota n. 036 CAF/PGF/PFE-FUNAI/2010.

Ocorre que, em momento algum, os proprietários da terra litigiosa, que figuram como partes legítimas diretamente interessadas no deslinde da questão, foram intimados da instauração do processo administrativo.

Por esse motivo, o registro de demarcação e homologação da Terra Indígena Jarará, mediante a abertura de uma nova matrícula, sem possibilitar aos proprietários das terras a ciência do processo administrativo, configura violação aos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa.

No julgamento do Mandado de Segurança n. 27.154/DF, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela necessidade de prévia intimação de terceiro, que possui interesse direto nos efeitos do ato atacado, em obediência aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

A par disso, a própria Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) dispõe em seu artigo 214, parágrafo 1º, que: *"a nulidade será decretada depois de ouvidos os atingidos"*.

Em caso que guarda similitude com a pretensão versada nestes autos, o Ministro Luiz Fux, no julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 31.681 DF, decidiu que a nulidade dos registros somente poderá ocorrer sob o crivo do contraditório e ampla defesa, sendo imprescindível a oitiva das partes atingidas pelo ato.

A nulidade do processo administrativo demarcatório é patente e foi reconhecida em decisão judicial de primeira instância da Justiça Federal e confirmada em segunda instância pelo TRF da 3ª Região, as quais também afastaram a pretensão da Funai e do MPF de configurar como Terra Indígena o imóvel de propriedade dos impetrantes.

Na r. sentença proferida nos processos nºs. 92.4907-9, 94.3258-7 e 94.5339-8, da lavra da eminente Juíza Federal Janete Lima Miguel, resta expressamente consignado que: *"[...] no processo de demarcação em apreço, foi violado o princípio constitucional do devido processo legal e da ampla*

defesa". E acrescenta que: *"[...] a toda evidência, nesse procedimento, não foi dado oportunidade para o autor defender sua propriedade"*.

Não bastasse isso, o próprio objeto do processo administrativo demarcatório foi objeto de decisão judicial, uma vez que em reconvenção o MPF e Funai trouxeram para aqueles autos a controvérsia a respeito de ser ou não o imóvel de propriedade dos impetrantes, uma terra indígena passível de demarcação.

Houve ampla produção de provas, inclusive pericial, chegando-se à conclusão de que as terras eram de propriedade do então Estado do Mato Grosso, que as titulou em conformidade com a legislação da época, formando uma cadeia dominial válida, restando, com isso, afastada a tese de que tais terras eram de ocupação tradicional indígena.

A r. sentença que julgou procedente o pedido e declarou aos impetrantes a legitimidade de seu domínio sobre o imóvel, afastando a demarcação administrativa e julgando improcedentes os pedidos formulados em reconvenção pelo MPF e Funai, foi confirmada em segunda instância pelo TRF da 3ª. Região, ao julgar a Apelação Cível e Reexame Necessário n. 0004907-22.1992.4.03.6000, conforme a seguinte ementa:

> *"DIREITO INDÍGENA. OCUPAÇÃO DE PROPRIEDADE ATUALMENTE COM TÍTULO REGULAR EM NOME DE PARTICULAR. AUSÊNCIA DE PROVA DE POSSE ANTERIOR. FAIXA DE FRONTEIRA. AUSÊNCIA DE INDISPENSABILIDADE PARA DEFESA NACIONAL. ALIENAÇÃO VÁLIDA PELO ESTADO.*
>
> *1. Embora as terras de fronteira pertençam inquestionavelmente à União Federal,". (STF - ACOr. 132/MT. Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ. 09.11.1973), a jurisprudência vem se sedimentando no sentido de que apenas no caso de estas terras serem indispensáveis para a defesa nacional é que as transferências realizadas pelos Estados membros seriam nulas, o que não representa o caso dos autos. Não é de se acolher, também, o entendimento de que o Estado do Mato Grosso, no distante ano de 1949, teria de ter realizado "procedimento de discriminação de terras devolutas". De mais a mais, temos em fls. 83 a 94 que o próprio INCRA convalidou esta alienação, o que, ademais, fora objeto da Lei n. 4.947/66, Decreto-Lei n. 1.414/77 e Decreto n. 76.694/75.*
>
> *2. A outra questão remanescente é sobre o domínio dos índios sobre a área em questão, em data anterior ao negócio jurídico acima mencionado. A r. Sentença concluiu que o laudo pericial não conseguiu elementos para afirmar que existia a posse dos indígenas antes da ocupação humana, o mesmo se podendo dizer de outros laudos que tentaram identificar cemitérios indígenas no local. Já o Ministério Público Federal dá outra interpretação para a peça técnica, salientando a dificuldade desta ser realizada em favor dos índios. Mas é fato que a única afirmação peremptória da perícia sobre a ocupação dos silvícolas aponta como seu inicio a data de 23/03/96 (fls. 688. Também são referidas ocupações não tão recentes mais ainda assim próximas no tempo, em 1986 e 1987 - fls. 692), não obstante a mesma perita tenha falado, na folha anterior, que a presença dos Guaranis naquela área tem farta comprovação. A mera afirmação de que os índios desocuparam terras no hoje Estado do Mato Grosso do Sul em 1943, se tinge de vagueza inviável para subsidiar decisão judicial (fls. 691).*
>
> *3. Os laudos tendentes a encontrar algum vestígio ancestral de cemitérios foram infrutíferos. Mesmo o assistente técnico do MPF não conseguiu encontrar tais covas ante o fato, explicado, de que os enterros indígenas não se fazem comumente com utilização de objetos de característica durável. Foram encontrados, afinal, copos de vidro de marca conhecida e contemporânea e ossos de bovinos (fls. 1.010).*

> *4. Assim, ao contrário do que disse o MPF, embora em louvável esforço em prol da comunidade indígena, não existe sequer prova indiciária da presença dos silvícolas no período de tempo juridicamente relevante para os autos (existem até, embora poucos, indícios contrários a isto). Por fim, os testemunhos de fls. 989/1.004 somente vieram a dificultar a pretensão de se concluir pelo apossamento passado por parte da comunidade indígena, apontando mesmo inexistirem indicativos de sua presença desde décadas atrás.*
>
> *5. Apelações improvidas."*

Como se nota, a questão já foi decidida com profundidade em primeira e segunda instância, abrangendo todos os aspectos do processo administrativo demarcatório, tornando-o inválido quer sob o ponto de vista formal, quer sob o ponto de vista material.

O Acórdão em questão confirma que a propriedade do imóvel é dos impetrantes, e apesar de terem sido interpostos Recursos Especial e Extraordinário em face de tal aresto, eles não possuem efeito suspensivo, permanecendo, então, válido, no momento, o direito de propriedade dos impetrantes.

Além desse fator, consoante destacado às fls. 244/245:

> *"os estudos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados e que estão sendo efetivados pela FUNAI como ocorre no presente caso são nulos de pleno direito, porquanto não fora possibilitado ao Estado de Mato Grosso do Sul, aos proprietários e ao Município onde se localizam as terras pretendidas como indígenas, a efetiva participação em todas as fases do processo demarcatório.*
>
> *Tais estudos e levantamentos estão sendo executados unilateralmente pela FUNAI, não se permitindo que o Estado de Mato Grosso do Sul participe efetivamente, por intermédio de servidores competentes para tanto, de todo o processo demarcatório.*
>
> *Até mesmo os proprietários das terras objeto dos estudos demarcatórios como ocorreu com os impetrantes - foram privados de acompanhar e participar efetivamente de todo o processo demarcatório, tudo a consubstanciar a nulidade absoluta do processo administrativo que acabou por influenciar a autoridade coatora a praticar o ato que ora se pretende ver corrigido."*

O entendimento do E. STF, nesse sentido, exteriorizado de forma expressa no voto proferido pelo Ministro Carlos Britto, no caso Raposa Serra do Sol (Pet n. 3388/RR), leva à conclusão de que é imprescindível prevalecer a segurança jurídica nesses casos, inserta no § 8º do art. 1º do Decreto n. 1.775/96, a saber:

> *"Art. 1º (...)*
>
> *§ 8° **Desde o início do procedimento demarcatório** até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior. (Grifo nosso).*

Prevalecendo o entendimento exposto no STF, a respeito do § 8º do art. 1º do Decreto n. 1.775/96, que assegura aos entes federados a efetiva participação nos processos demarcatórios**,** grande parte do trabalho previsto nas Portarias editadas pela Funai perderá razão de ser, já que a autarquia federal sempre desrespeitou essa diretriz, observada no Decreto de regência.

A jurisprudência caminha nesse sentido, como se depreende da decisão proferida pela eminente Juíza Federal da 20ª. Vara/DF, nos Autos n. 20241-24.2014.4.01.3400, que assegurou ao Município de Juína/MT o direito à participação em todas as fases do processo administrativo demarcatório desde seu início, *in verbis*:

> *"Nesse contexto, partindo da pressuposto de que o procedimento demarcatório se inicia com o ato que constitui o grupo técnico especializado, é inconteste o direito do município autor se manifestar previamente a respeito dos estudos técnicos que visam ampliar terra indígena dentro de seu território. Até porque tal participação inicial é assegurada ao grupo indígena envolvido, segundo o § 3º do art. 2º do Decreto n. 1.775/96, não restando razão, portanto, para que seja vetada a participação do município interessado, sob pena de grave afronta ao princípio da isonomia. Vejamos:*
>
> *Art. 2° A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3° O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases. Tudo isso considerado, é imperioso concluir pelo inegável cerceio ao direito do município à ampla participação nos procedimentos administrativos de reestudo dos limites da TI Enawene Nawe, tratamento visivelmente discrepante daquele dispensado ao grupo indígena envolvido, razão pela qual, com base no Princípio da Isonomia e do Contraditório e Ampla Defesa (CF. Art. 5°, caput e inciso LV), merece guarita a pretensão antecipatória requerida na exordial.*
>
> *O perigo da demora se evidencia uma vez que o processo de demarcação continua sua marcha eivada de ilegalidades graves que devem ser afastadas.*
>
> *Dito isso, DEFIRO o pedido de antecipação da tutela, determinando à Ré que suspensa o processo administrativo (e dos estudos antropológicos e complementares) de ampliação dos limites da terra indígena Enawenê Nawe, em especial a publicação do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da revisão dos limites da referida terra indígena, até decisão ulterior no presente processo."*

Quando do julgamento do já citado caso Raposa Serra do Sol, além das 19 condições impostas, o STF trouxe à baila a correta exegese do disposto no art. 231 e parágrafos da Constituição Federal de 1.988, mormente no que concerne ao marco temporal a ser adotado para a demarcação das terras indígenas, qual seja, a data da promulgação da atual Constituição da República, levado a cabo em 5 de outubro de 1.988.

Na pretextada decisão ficou assentado de forma clara e cristalina, que o marco temporal para que uma área possa ser considerada como de ocupação indígena tradicional, é a promulgação da nossa vigente Constituição Federal, isto é, aos 5 de outubro de 1.988.

Dessa forma, a decisão proferida pela r. autoridade coatora no Pedido de Providências n. 126.152.0115/2013, que determinou à Registradora de Imóveis da Comarca de Caarapó/MS, que procedesse ao registro da demarcação e homologação da Terra Indígena Jarará, mediante abertura de uma nova matrícula, fere direito líquido e certo dos impetrantes (direito de propriedade), garantido tanto pela Constituição Federal, como da hipótese específica por decisão judicial.

Em face do exposto, diante do manifesto desrespeito às normas contidas nos incisos LVI e LV, do artigo 5º da Magna Carta, no artigo 214, § 1º, da Lei n. 6.015/1973 e no § 8º do artigo 1º do Decreto n.

1.775/96, dentre outros, com o parecer, concedo a segurança, para o fim de tornar sem efeito o ato proferido pela autoridade coatora e, consequentemente, determinar o cancelamento da matrícula n. 15.134 do C.R.I. da Comarca de Caarapó – MS, retornando, assim, a validade da matrícula n. 04.555, de propriedade dos impetrantes.

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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, 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, 13 de agosto de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0000761-05.2012.8.12.0033 - Eldorado
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – BUSCA E APREENSÃO – INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO NO DETRAN QUANDO DA VENDA DO VEÍCULO – TERCEIRO DE BOA-FÉ – RECURSO IMPROVIDO.

As transações necessárias para alienação do veículo em nome do apelado foram realizadas de acordo com nosso ordenamento jurídico, caso contrário não seria possível registrar o veículo perante o órgão de trânsito competente (fl. 5). Desse contexto se infere que no registro junto ao órgão de trânsito inexistia qualquer óbice no momento da tradição.

O montante sentenciado pelo juízo *a quo* não se mostra irrisório ou abusivo, remunerando condignamente o trabalho dos advogados, a sentença deve ser mantida para condenar o apelante ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como os honorários de advogado, fixados em 10% do valor da causa, conforme artigo 20, §3º, do CPC.

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, 29 de julho de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Banco BMG S/A apela da sentença que, nos autos da ação de Embargos de Terceiro ajuizada por Alessandro Arruda André em seu desfavor, julgou procedentes os pedidos.

Alega que o apelado adquiriu o veículo em data posterior ao contrato de financiamento firmado entre as partes da Ação de Busca e Apreensão, portanto, o automóvel já havia impedimento junto ao Detran.

Aduz que mesmo contendo restrições no veículo, houve a ilegal transferência de propriedade, caracterizando a má-fé do apelado em adquirir o automóvel.

Salienta, ainda, não ter ciência do perdimento do veículo pelo Sr. José Carlos Ferreira, sendo este o responsável pelo inadimplemento, motivo pelo qual não cabe provimento aos Embargos de Terceiros.

Defende a inversão dos ônus sucumbenciais e, alternativamente, que os honorários advocatícios sejam minorados.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso para reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos.

VOTO

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

I – Da Inexistência de Restrição no Detran quando da venda do veículo

Pelo que consta nos autos, mediante ação de busca e apreensão, o apelante requer a consignação do valor firmado em contrato de financiamento, enquanto o apelado ingressou com Embargos de Terceiros, alegando que o referido veículo não pertence a José Carlos Ferreira, portanto, não deve ser objeto da referida ação.

Os documentos trazidos aos autos demonstram que o veículo foi doado pela Receita Federal à Prefeitura Municipal de Eldorado-MS (fls. 18/19), sendo arrematado em leilão por Sérgio Moraes e revendido ao apelado.

As transações necessárias para alienação do veículo em nome do apelado foram realizadas de acordo com nosso ordenamento jurídico, caso contrário não seria possível registrar o veículo perante o órgão de trânsito competente (fl. 5). Desse contexto se infere que no registro junto ao órgão de trânsito não havia anotação ajuizada contra os anteriores proprietários, inexistindo qualquer óbice no momento da tradição.

Portanto, a condição de terceiro de boa-fé do apelado é inarredável e, por isso, a constrição não poderia ser oponível em prejuízo do seu direito.

Por oportuno:

> *"ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BOA-FÉ. REGISTRO NO ÓRGÃO DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE. APREENSÃO. Não se pode exigir que aquele que adquire, de boa-fé, veículo alienado fiduciariamente tenha conhecimento de tal restrição se esta não foi registrada no órgão de trânsito competente, não lhe podendo ser imputado responsabilidade se o bem vier a ser apreendido. A alienação fiduciária sobre o veículo, para que produza efeito perante terceiros, deve ser registrada junto ao órgão de trânsito responsável, ficando gravada no documento do veículo a restrição existente, cabendo ao adquirente de boa-fé defender seus direitos sobre o veículo através do meio processual adequado, no momento da apreensão do bem."* (Apelação Cível 2.0000.00.494125-3/000, Rel. Des.(a) Irmar Ferreira Campos, julgamento em 28/04/2005, publicação da súmula em 12/05/2005)"

> *"BUSCA E APREENSÃO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - EMBARGOS DE TERCEIRO - VEÍCULO DE TERCEIRO - BOA-FÉ. A alienação fiduciária, feita por quem não era o proprietário do veículo ao tempo da alienação, não propicia ação de busca e apreensão, e legitima o proprietário a defender sua posse através de embargos de terceiro. No ordenamento jurídico pátrio prevalece o princípio da boa-fé, que é sempre presumida, enquanto a má-fé, exceção, deve sempre ser devidamente comprovada.* (Apelação Cível 2.0000.00.481348-1/000, Des. Rel. Guilherme Luciano Baeta Nunes, Pub. Em 31/05/2006)."

Posto isso, conforme artigo 1.046 do Código de Processo Civil, os embargos de terceiros são postos por quem, não sendo parte do processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, sendo caso da presente demanda.

À vista disso, resta comprovada a boa-fé do apelado na alienação do veículo, porquanto não constava nenhum gravame sobre o bem nos órgãos oficiais. Não há indícios de que o apelado sabia ou tinha como saber das negligências do automóvel, não podendo este ser objeto de busca e apreensão.

II – Ônus de Sucumbência e Honorários

A imposição dos ônus processuais, no direito brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteado pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes. Não é cabível a inversão dos ônus sucumbenciais, visto que conforme o artigo 20 do Código de Processo Civil "A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios."

Examinando as circunstâncias contidas nos autos, tais como o grau de zelo do profissional, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o deslinde do feito, não se mostra o montante sentenciado pelo juízo *a quo* irrisório ou abusivo, remunerando condignamente o trabalho dos advogados.

Por oportuno:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ANÁLISE EQUITATIVA DO JUIZ (ARTIGO 20, § 4.º, DO CPC) OBSERVÂNCIA DAS ALÍNEAS "A", "B" E "C" DO § 3.º DO ARTIGO 20, CPC RECURSO IMPROVIDO. - Equidade, no caso do art. 20, § 4.º, CPC, é genuína expressão de ato discricionário do magistrado, que deverá, no entanto, obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de atender àqueles critérios estabelecidos na lei (art. 20, § 3º, CPC), e não, repise-se, aos percentuais de 10% a 20% estabelecidos neste dispositivo. - A fixação dos honorários não pode ser módica para não aviltar a remuneração do profissional pelo trabalho empreendido até o momento, mas também não deverá ser alta de modo a sacrificar o devedor"* (TJ/MS. Agravo Regimental em Agravo nº 2009.000687-2. Terceira Turma Cível. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgamento 16.2.2009).

Como visto, a sentença merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

III – Dispositivo

Isso posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 29 de julho de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0004584-52.2009.8.12.0013/50001 – Jardim
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – CLÁUSULA LIMITATIVA DE INTERNAÇÃO – IMPUTAÇÃO DE CO-PARTICIPAÇÃO DE 50% PELO CONSUMIDOR APÓS O PERÍODO DE 15 DIAS DE INTERNAÇÃO – ABUSIVIDADE CONFIGURADA – SÚMULA 302 STJ – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Ainda que seja legítima a cláusula limitativa determinando que após um período de tempo o paciente será co-participante com os custos do tratamento, esta deverá ser redigida em destaque, visto que acarreta em restrição ao consumidor e, portanto, deve ser clara, no sentido de que indique algum valor pois, caso contrário, o consumidor estará obrigado a aceitar valores fixados a critério do prestador de serviços.

É nula a cláusula que prevê a limitação de prazo para a internação e determina que consumidor seja co-participante dos custos do tratamento realizado.

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, 2 de setembro de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Unimed Aquidauana – Cooperativa de Trabalho Médico nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por Eliana Aquino Paranhos e Rafael Aquino Paranhos agravou regimentalmente da decisão que negou seguimento ao apelo.

Aduz, em síntese, que não trata-se de limitação de tempo de internação e sim de participação do beneficiário no custeio das internações a partir de determinado tempo, na qual é estipulado pela Agência Nacional de Saúde complementar.

Prequestiona todas as disposições legais e constitucionais aduzidas no agravo.

VOTO

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

Opõe-se o agravante contra a decisão monocrática que deu provimento ao apelo, com fulcro no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Após análise minuciosa dos argumentos expostos no Agravo Regimental, concluo que devem subsistir os fundamentos da decisão singular, visto que o julgamento foi resolvido segundo a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça e desta Egrégia Corte, conforme exarado na decisão recorrida.

Aliás, insta esclarecer que ainda que seja legítima a cláusula limitativa determinando que após um período de tempo o paciente será co-participante com os custos do tratamento, no entanto, esta deverá ser redigida em destaque, visto que acarreta em restrição ao consumidor e, portanto, deve ser clara, no sentido de que indique algum valor pois, caso contrário, o consumidor estará obrigado a aceitar valores fixados a critério do prestador de serviços.

Por oportuno:

> *E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – COPARTICIPAÇÃO – ABUSIVIDADE – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO PROVIDO EM PARTE. Embora exista expresa previsão em contrato do pagamento de coparticipação do usuário nos casos em que o período de internação ultrapase o prazo de 30 dias estabelecido na alínea "a", tal regra se mostra contrária às normas do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que a cobrança fica a bel prazer do prestador do serviço, já que nenhum valor é indicado como o devido, subjulgando o consumidor a aceitar valores a critério do prestador de serviços, ou seja, na há clareza no contrato acerca de tal cláusula. A recusa de autorização de internação hospitalar fundada em cláusula contratual, por si só, não gera indenização por danos morais.*(TJ-MS, AC.028380-74.2010.8.12.001. Rel. Paschoal Carmello Leandro. Quarta Câmara Cível. Dje. 23/04/2013).

Outrossim, noutro processo da mesma matéria, nos autos de n. 2011.020341-1/0000-00, o relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, ora relator, negou provimento ao recurso da Unimed, alegando ilicitude em sua conduta, ao tentar impor "*cláusula contratual abusiva e limitativa dos direitos do consumidor*". Disse o desembargador que "*se não bastasse, a referida cláusula também está em desconformidade com as normas contidas no art. 12, I e II da Lei nº 9.656/98, que não traz nenhuma disposição acerca da limitação de internação, mesmo quando em clínicas especializadas, como é o caso da área de psiquiatria* [...] *Nesse contexto, a cláusula limitativa é incompatível com a vontade de contratar, ferindo, a toda evidência, também o disposto no art. 51, IV, da legislação consumerista, uma vez que abusiva, ao colocar o consumidor em desvantagem exagerada, indo de encontro com a boa-fé e a equidade*", concluiu o relator.

Destarte, na ausência de fundamentos que sejam capaz de modificar o *decisum* vergastado, submeto a matéria enfrentada à apreciação do órgão colegiado competente, com o consequente desenvolvimento do raciocínio empregado, mantendo os termos outrora proferidos:

> *"À priori, convém mencionar que a relação jurídica objeto da presente demanda é de consumo, impondo-se a inteira aplicação das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, inclusive no que se refere à possibilidade de inversão do ônus da prova em favor da parte autora e à natureza da responsabilidade civil da parte ré.*
>
> *A questão dos autos cinge-se quanto a licitude da cláusula contratual, sob o n. 018.120.556.170-900.00, na qual determina que nos casos de tratamento de transtornos psiquiátricos superior a 15 dias, o consumidor será obrigado a partir do 16ª dia a co-participação, que será de 50% do valor da conta médica hospitalar.*
>
> *Pois bem. Essa matéria já está pacificada neste Sodalício, sendo que tais matérias estão sendo apreciadas em conformidade com a Súmula n. 302 do Superior Tribunal de*

Justiça, que aduz "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado".

É farta a jurisprudência neste sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL – PLANO DE SAÚDE – LIMITAÇÃO DE INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA – ***CLÁUSULA ABUSIVA – SÚMULA 302 DO STJ – DANOS MORAIS AFASTADOS – NEGATIVA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO POR FORÇA DE CLÁUSULA CONTRATUAL*** *– DISCUSSÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE NÃO GERA DANO MORAL – HONORÁRIOS – APLICAÇÃO DO § 4º C.C. ALÍNEAS A, B E C DO § 3º DO CPC – RECURSOS IMPROVIDOS.* ***A cláusula contratual de limitação de internação é abusiva e, portanto, nula de pleno direito, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada e restringindo direitos inerentes à natureza do contrato, sendo vedada a limitação anual dos dias de internação psiquiátrica, em afronta a garantia do segurado****.*

A simples discussão acerca do cumprimento ou não de cláusula contratual não dá ensejo a dano moral, a não ser quando a discussão extrapolar os limites da tolerabilidade. Nas ações em que não há condenação os honorários são fixados conforme apreciação equitativa do magistrado, apresentando-se compatível o fixado na ação declaratória, dado o relevo das diretrizes marcadas pelas alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 do CPC.(TJMS, AC n. 2011.024433-8/0000-00. Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Quinta Câmara Cível. Dje: 01/09/2011) (g.n.)

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – UNIMED DE DOURADOS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA – DEPENDENTE QUÍMICO – LIMITE TEMPORAL – ABUSIVIDADE – RECURSO DO RÉU CONHECIDO E IMPROVIDO. Havendo combate direto à fundamentação da decisão recorrida, impõe-se o conhecimento do recurso, afastando-se a preliminar de não observância ao princípio da dialeticidade. ***A cláusula contratual que limita a cobertura integral das despesas com a internação do paciente em hospital psiquiátrico, ao período máximo de 15 dias por ano, equivale à limitação do período de internação, e, sendo assim é abusiva e, conseqüentemente, nula, nos exatos termos da Súmula 302 do STJ, além de representar nítida violação ao art. 12, II, da Lei nº 9.656/98, que regulamenta os planos e seguros de saúde, não podendo a Resolução do CONSU se sobrepor à norma específica reguladora da matéria.*** (TJMS, AC n. 2012.008270-0/0000-00. Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson. Terceira Câmara Cível. Dje: 140/04/2012) (g.n.)

Nos termos do artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade. Complementando o conceito de vantagem exagerada, dispõe o §1º do citado artigo que presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

"I - ofende os princ□pios fundamentais do sistema jur□dico a que pertence;

II - restringe direitos ou obriga□□es fundamentais inerentes א natureza do contrato, de tal modo a amea□ar seu objeto ou equil□brio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conte□do do contrato, o interesse das partes e outras circunst□ncias peculiares ao caso".

> *Diante de tais considerações, entendo que o magistrado a quo agiu de maneira correta ao declarar nula a cláusula que prevê a limitação de prazo para a internação e determinando que a apelante pague integralmente o tratamento realizado pelo apelado.*
>
> *Isso posto, nego seguimento ao recurso, com fulcro na segunda figura do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil"*

Finalmente, no que tange ao prequestionamento, não tem o julgador o dever de se manifestar sobre todos os dispositivos legais citados pelas partes, basta que aprecie a controvérsia, o que foi exaustivamente feito acima.

Diante de tais considerações, tenho que a manutenção do *decisum* é medida imperativa, tanto pela juridicidade nele constante como pela inexistência, nos argumentos trazidos pelo agravante, de elementos capazes de ilidir o exposto anteriormente.

Isso posto, 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. Divoncir Schreiner Maran

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. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 02 de setembro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0038295-84.2009.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PRELIMINAR DE COISA JULGADA – AFASTADA – MÉRITO – CANCELAMENTO DE PENHORA SOBRE O IMÓVEL – SÚMULA 84 STJ – TERCEIRO DE BOA-FÉ – CANCELAMENTO DE PENHORA – HONORÁRIOS MANTIDOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 84, que dispõe *"é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro"*.

Até que se prove o contrário, o apelante é terceiro de boa-fé e, portanto, possui legitimidade para interpor esta demanda, consoante o artigo 1.046 do Código de Processo Civil[1]

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 ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de setembro de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Banco Bradesco S/A, nos autos da Ação de Embargos de Terceiros agravou regimentalmente da decisão que deu provimento a apelação interposta por Fernando Furtado Ribeiro.

Preliminarmente, esclarece que o apelado manejou duas ações com pedidos diferentes, qual seja, a ação de embargos de terceiro e na ação declaratória, entretanto, ressalta que estam possuem o mesmo substrato jurídico e, portanto, há ocorrência de coisa julgada.

No mérito, alega que a decisão monocrática desconsiderou os efeitos da hipoteca regularmente constituída, assim, contrariando os artigos 1.419 e o *caput* do 1.422, ambos do Código de Processo Civil.

Aduz, também, que o *quantum* fixado para os honorários advocatícios em R$ 12.000,00 são exacerbados, pedindo, assim, a minoração.

1 Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer Ihe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.

Ao final, pugna pela reconsideração da decisão ou sua apreciação pelo órgão colegiado.

VOTO (EM 19/08/2014)

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Opõe-se o agravante contra a decisão monocrática que deu provimento ao apelo, com fulcro no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Após análise minuciosa dos argumentos expostos no Agravo Regimental, concluo que devem subsistir os fundamentos da decisão singular, visto que o julgamento foi resolvido segundo a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça e desta Egrégia Corte, conforme exarado na decisão recorrida.

Destarte, na ausência de fundamentos que sejam capaz de modificar o *decisum* vergastado, submeto a matéria enfrentada à apreciação do órgão colegiado competente, com o consequente desenvolvimento do raciocínio empregado, mantendo os termos outrora proferidos:

> *"Em relação a questão da coisa julgada, por causa de uma ação anulatória de garantia hipotecária proposta em desfavor dos apelados João Carlos e Inês, que anteriormente foi proposta pelo apelante, tenho que tal alegação não merece prosperar, porquanto, não há relação entre os pedidos e a causa de pedir destes embargos de terceiro com a ação declaratória.*
>
> *Este também é o entendimento do magistrado singular, in verbis:*
>
> *E, no presente caso, não há a incidência do efeito negativo da coisa julgada – como querem os embargados - , que acarretaria a extinção do processo sem resolução de mérito, visto que* ***tanto a causa de pedir como o pedido ventilados nos presentes embargos de terceiro são distintos dos discutidos na "ação declaratória de nulidade de ato jurídico c/c indenização por perdas e danos*** *(n° 006.06.500518-5), manejada anteriormente pelo embargante.(f. 223) (g.n.)*
>
> *Assim, superada tal questão, tendo em vista que essa matéria já foi analisada na sentença, passo a analisar a legitimidade da penhora sobre o imóvel de propriedade do apelante.*
>
> *Compulsando-se os autos, verifica-se que a penhora – objeto dos presentes embargos de terceiro – recaiu sobre um imóvel matriculado sob n. 19.235 do CRI de Camapuã.*
>
> *O apelante afirma que ao adquirir o imóvel de João Carlos Maldonado e Inês Valim dos Santos Maldonado, não tinha condições de arcar com as despesas para o registro da escritura do imóvel. Porém, posteriormente, ao tentar efetivar o registro descobriu que haviam hipotecas registradas pelo Banco Bradesco S/A sobre o mesmo.*
>
> *Por conseguinte, opôs a presente ação pleiteando o cancelamento das penhoras que incidem sob o imóvel.*
>
> *Pois bem.*
>
> *O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 84, que dispõe "é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro".*

Nesse sentido, o seguinte precedente do Tribunal da Cidadania:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. POSSE. CISÃO PARCIAL DA EMPRESA DEVEDORA COM A TRANSFERÊNCIA DOS IMÓVEIS OBJETOS DA PENHORA. ARQUIVAMENTO DO TÍTULO NA JUNTA COMERCIAL. ***AUSÊNCIA DE AVERBAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO NO REGISTRO DE IMÓVEIS.***

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC na hipótese em que o Tribunal fundamenta o acórdão de maneira suficiente, ainda que não enfrente todos os temas trazidos pela parte à discussão.

2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ.

3. ***Em que pese não estar configurada a transferência de domínio dos imóveis, que somente se aperfeiçoa perante terceiros por meio da averbação perante o Registro de Imóveis, o Protocolo de Cisão firmado pelas partes, que foi arquivado na Junta Comercial, é documento hábil para comprovar a transferência da posse. Incidência, por analogia, da Súmula 84/STJ.***

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp 1172366/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 30/08/2011) (g.n.)

Ademais, até que se prove o contrário, o apelante é terceiro de boa-fé e, portanto, possui legitimidade para interpor esta demanda, consoante o artigo 1.046 do Código de Processo Civil[2].

À propósito:

APELAÇAO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - TERCEIRO - PRELIMINAR DE DESERÇAO E INTEMPESTIVIDADE - AFASTADAS - POSSE - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA NAO REGISTRADO - NULIDADE DO CONTRATO - IMPOSSIBILIDADE - ***POSSUIDOR DE BOA-FÉ - APLICAÇAO DA SÚMULA 84 DO STJ -*** *RECURSO DO EMBARGADO CONHECIDO E IMPROVIDO.* (TJ-MS - AC: 3356 MS 2012.003356-3, Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, Data de Julgamento: 17/04/2012, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 26/04/2012) (g.n)

Nesse contexto, segundo os fundamentos supratranscritos, julgo pela procedência dos embargos de terceiro e, consequentemente, determino o cancelamento da penhora que incide sob a totalidade do imóvel de matrícula 19.135 do CRI (f. 09-10), do município de Camapuã.

Isso posto, dou provimento ao recurso, com fulcro no § 1º-A do artigo 557, do Código de Processo Civil, condenando o apelado ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em R$12.000,00 (doze mil reais)".

Diante de tais considerações, tenho que a manutenção do *decisum* é medida imperativa, tanto pela juridicidade nele constante como pela inexistência, nos argumentos trazidos pelo agravante, de elementos capazes de ilidir o exposto anteriormente.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

2 Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer Ihe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão do dia 02/09/2014, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sérgio Fernandes Martins) após o relator afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (EM 02/09/2014)

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

Banco Bradesco S/A agrava regimentalmente da decisão que deu provimento ao recurso de apelação cível manejado nos autos dos embargos de terceiro opostos por Fernando Furtado Ribeiro, arguindo, preliminarmente, a existência de coisa julgada.

No mérito, afirma a instituição financeira que a decisão recorrida desconsiderou os efeitos da hipoteca regularmente constituída, contrariando, assim, o art. 1.149 e o *caput* do art. 1.422 do Código de Processo Civil.

Por fim, requer a minoração dos honorários advocatícios fixados em R$ 12.000,00.

O relator, Des. Divoncir Schreiner Maran, afastou a preliminar de coisa julgada e, no mérito, negou provimento ao recurso.

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

De fato, não merece prosperar a alegação de coisa julgada, porquanto, consoante afirmou o relator, não há relação entre os pedidos e a causa de pedir dos embargos de terceiro com a ação declaratória.

Outrossim, quanto à penhora realizada sobre o imóvel do apelado, ora agravado, verifico dos autos que ao adquirir o imóvel matriculado sob o n. 19.235 do CRI de Camapuã, de João Carlos Maldonado e Inês Valim dos Santos Maldonado, o ora agravado não tinha na oportunidade condições de arcar com o registro da escritura. Quando, finalmente, tentou efetivar a escrituração, descobriu que pendiam diversas hipotecas em favor do banco ora agravante, razão pela qual ajuizou os embargos de terceiro epigrafados.

Ora, cediço, nos termos da Súmula 84 do STJ, que "é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel ainda que desprovida de registro".

Ademais, resta claro, até que se prove o contrário, que o ora agravado é terceiro de boa fé.

Por tais razões, escorreita a decisão que julgou procedentes os embargos de terceiro, determinando o cancelamento da penhora sob o imóvel suprareferido.

Por fim, mantenho o valor fixado a título de honorários advocatícios, porquanto os R$ 12.000,00 arbitrados encontram lastro no que dispõe o art. 20, §3º e §4º do CPC.

Ante o exposto, como afirmado, acompanho o relator, afasto a preliminar e nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (2º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

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. Divoncir Schreiner Maran.

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. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 02 de setembro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0600177-15.2010.8.12.0046 - Chapadão do Sul
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDÃO ADMINISTRATIVA – PASSAGEM DE LINHA DE TRANSMISSÃO DE REDE ELÉTRICA – INSURGÊNCIA QUANTO AO VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADA COM BASE NO LAUDO PERICIAL – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO LAUDO – PREVALÊNCIA DA INDENIZAÇÃO FIXADA – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO IMPROVIDO.

I. Além de o laudo pericial estar embasado em exame aprofundado e detalhado dos fatos, os apelantes não trouxeram nenhuma prova para demonstrar a veracidade de suas alegações, limitando-se a aduzir que os prejuízos sofridos serão muito superiores do que aquele arbitrado pelo juiz *a quo* com base no laudo pericial, o que não é suficiente para, sequer, colocar em dúvida o trabalho apresentado pelo perito oficial.

II. Não havendo a demonstração de provas contundentes capazes de retirar do laudo judicial a veracidade de suas informações, deve-se confirmar o valor da indenização constante da sentença, mormente por embasar-se em laudo pericial, lavrado com observância de critérios técnicos, devendo, por isso, ser mantido o valor da indenização arbitrada pelo juízo *a quo*.

III. 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, 29 de julho de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 296/311, por Epaminondas Nogueira de Camargo e Fernanda Sampaio de Souza Camargo, insurgindo-se contra a sentença de fls. 290/292 proferida pelo douto juízo da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul/MS, que julgou procedente o Pedido de Constituição de Servidão Administrativa formulado pela Brilhante Transmissora de Energia Elétrica da área descrita na exordial e fixou valor da indenização em R$ 72.141,91 (setenta e dois mil, cento e quarenta e um reais e noventa e um centavos).

Noticiam que são produtores rurais e utilizam a propriedade serviente na exploração de atividades pecuária e agrícola, sendo que a área atingida pela servidão possui culturas de soja, milho e algodão.

Aduzem que a fixação da indenização não observou o real prejuízo sofrido com a instituição da servidão na propriedade.

Defendem que a indenização deve ser justa e recompor o patrimônio dos apelantes em quantia correspondente exatamente ao desfalque produzido.

Destacam que a instalação das linhas de transmissão de energia elétrica inviabilizará, por completo, a exploração da área, pois não mais será possível o plantio e a colheita mecânica.

Asseveram que se considerados os fatores como: a) o mercado imobiliário da região; b) os negócios de terras agricultáveis realizados; c) a qualidade produtiva das terras; d) a destinação econômica; e) os investimentos realizados em adubação do solo; f) a localização privilegiada; g) seu estado de conservação, o valor por hectare será de R$ 20.000,00, devendo a indenização pelos 30,7985 ha perfazer a quantia de R$ 615.970,00.

Afirmam, ainda, que o prejuízo pela desvalorização do restante do imóvel, correspondente a 50%, também deverá ser considerado.

Ao final, pedem o provimento do recurso para reformar a sentença e arbitrar o valor da indenização em R$ 662.167,75 (seiscentos e sessenta e dois, cento e sessenta e sete reais e setenta e cinco centavos), acrescidos de juros moratórios e compensatórios e correção monetária.

Em contrarrazões (fls. 319-323), a apelada requer o improvimento do apelo.

VOTO

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

Conforme relatado, Epaminondas Nogueira de Camargo e Fernanda Sampaio de Souza Camargo, apelam da sentença de fls. 290/292 proferida pelo douto juízo da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul/MS, que julgou procedente o Pedido de Constituição de Servidão Administrativa formulado por Brilhante Transmissora de Energia Elétrica e fixou valor da indenização em R$ 72.141,91 (setenta e dois mil, cento e quarenta e um reais e noventa e um centavos).

Os apelantes alegam, em resumo, que a fixação da indenização pela servidão administrativa não observou o real prejuízo sofrido com a instituição da servidão na propriedade. Defendem que a indenização deve ser justa e recompor o patrimônio dos apelantes em quantia correspondente exatamente ao desfalque produzido.

Extrai-se dos autos que a ora autora/apelada ajuizou ação de constituição de servidão administrativa com pedido liminar de imissão de posse aduzindo que para viabilizar o empreendimento denominado Linha de Transmissão Chapadão - Imbirussu, em 230 kv, necessita constituir servidão em 30,7985 hectares de terras, localizados na Fazenda Carro Velho, matriculada sob nº 481 e 573 do cartório de Registro de Imóveis da comarca de Chapadão do Sul, de propriedade dos réus/apelantes, propondo, como indenização o valor de R$ 68.319,17 (sessenta e oito mil, trezentos e dezenove reais e dezessete centavos).

A magistrada concedeu a medida de urgência, condicionando a imissão provisória da autora na parte do imóvel objeto de servidão ao depósito prévio do valor oferecido a título de indenização.

Foi efetuado o depósito conforme comprovante de fl. 89 e levantada a quantia depositada pelos réus fls. 197-198.

Realizada a perícia (laudo fls. 259-283) foi indicado o valor da indenização em aproximadamente R$ 70.113.999,65.

Após a intimação das partes para se manifestarem a respeito da perícia (fl.288), somente a autora/apelada peticionou concordando com o valor apresentado pelo expert. (fl. 288).

Sobreveio a sentença de fls. 290/292, na qual o magistrado confirmou a medida liminar e fixou o valor da indenização em R$ 72.141,91.

É contra essa decisão que os apelantes recorrem, pretendendo, em resumo, que a indenização arbitrada pela servidão administrativa seja majorada para R$ 662.167,75.

I.

Inicialmente, cumpre ressaltar, que a indenização pela servidão administrativa é devida apenas quando dela resultar limitação de uso ou desvalorização do imóvel e na medida do prejuízo sofrido pelo expropriado. Não se limita a mero cálculo do valor da área pela qual foi instituída a servidão.

Isso porque, as servidões administrativas constituem ônus reais impostos à propriedade privada para promoção de comodidades coletivas que ultrapassam o interesse particular do titular da propriedade.

A respeito da servidão administrativa explica HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro,* 20ª ed., Malheiros, 1995, p. 534/535):

> *"A instituição da servidão administrativa ou pública faz-se por acordo administrativo ou por sentença judicial, precedida sempre de ato declaratório da servidão, à semelhança do decreto de utilidade pública para desapropriação. A própria lei geral da desapropriação – Dec.-lei 3.365/41 – admite a constituição de servidões "mediante indenização na forma desta lei" (art. 40). Claro está que só se aplica o processo expropriatório no que couber à servidão administrativa. A indenização não será da propriedade, mas sim dos danos ou prejuízos que o uso dessa propriedade pelo Poder Público efetivamente causar ao imóvel serviente.*
>
> *(...)*
>
> *"A indenização da servidão faz-se em correspondência com o prejuízo causado ao imóvel. Não há fundamento algum para o estabelecimento de um percentual fixo sobre o valor do bem serviente, como pretendem alguns julgados. A indenização há que corresponder ao efetivo prejuízo causado ao imóvel, segundo sua normal destinação. Se a servidão não prejudica a utilização do bem, nada há que indenizar; se o prejudica o pagamento deverá corresponder ao efetivo prejuízo, chegando mesmo a transformar-se em desapropriação indireta com indenização total da propriedade, se a inutilizou para sua exploração econômica normal."*

Ainda, sobre a indenização em caso de servidão administrativa, cumpre transcrever parte da lição de José dos Santos Carvalho Filho em Manual de Direito Administrativo, 21ª edição, ed. Lumen Juris, p. 745/746:

> *"A servidão administrativa encerra apenas o uso da propriedade alheia para possibilitar a execução de serviços públicos. Não enseja a perda da propriedade, como é o caso da desapropriação. Nesta a indenização debe corresponder ao valor do bem cuja propriedade foi suprimida e transferida ao Poder Público. Como na servidão administrativa somente há o uso de parte da propriedade, o sistema indenizatório terá delineamento jurídico diverso.*

> *A regra reside em que a servidão administrativa não rende ensejo à indenização se o uso pelo Poder Público não provoca prejuízo ao proprietário. Segue-se daí que, se o direito real de uso provocar prejuízo ao dominus, deverá este ser indenizado em montante equivalente ao mesmo prejuízo. É bom relembrar que o ônus da prova cabe ao proprietário. A ele cabe provar o prejuízo; não o fazendo, presume-se que a servidão não produz qualquer prejuízo.*
>
> *Não obstante, ainda que se apure prejuízo do proprietário em virtude da servidão administrativa, na acepção verdadeira do instituto, a indenização nunca poderá corresponder ao valor do imóvel em si, uma vez que a intervenção não acarretou a perda da propriedade".*

Portanto, a indenização deve refletir o prejuízo suportado pela propriedade decorrente de sua utilização pela empresa apelada, sendo certo que, no valor, deverá estar incluída eventual depreciação econômica sofrida pela área remanescente.

Na perícia realizada, em resposta aos quesitos formulados, o *expert* declarou:

> *"Evidenciamos que* ***a implantação da linha de transmissão não impede a exploração pecuária no imóvel****. Constatamos, ainda, que* ***a linha de transmissão SE CHAPADÃO - SE IMBIRUSSU segue traçado semelhante ao desnível natural do terreno, portanto, essa configuração permite que o manejo do gado, bem como, a realização dos tratos culturais necessários para a conservação do solo sejam feitas, tanto nas áreas adjacentes à faixa de servidão, quanto sob a rede da linha de transmissão em estudo****. Dessa feita, o percentual de depreciação apurado nesse trabalho, para o caso de imóveis rurais com utilização pecuária, foi considerado em 33,33%, com restrição de uso mínima****. Este percentual deve ser aplicado sobre o valor de mercado alcançado para o terreno livre da servidão. Assim, o valor de mercado antes apresentado para a área em questão precisa ser corrigido para que se possa determinar o justo valor para fins de instituição de servidão destinada à passagem de rede de alta tensão. Deste quadro temos, então, que para a área de utilidade pública de servidão de passagem da LT 230kV SE CHAPADÃO - SE IMBIRUSSU, que cruza o imóvel de titularidade dominial da Parte REQUERIDA, considerando-se a extensão superficiária servienda de 30ha 7.985m², a indenização a ser paga pela Parte REQUERENTE alcançaria o valor de R$ 72.141,91 (setenta e dois mil, cento e quarenta e um reais e noventa e um centavos), para valores de 31 de outubro de 2013. " (grifo nosso).*

Da leitura das respostas e da conclusão dada pelo *expert* depreende-se que o apelado sofreu prejuízos com a instalação da rede elétrica no seu imóvel, já que a servidão resultou na limitação da sua utilização.

E, tal prejuízo já foi oportunamente apurado pelo perito judicial em 33% da área de servidão, valor este fixado de acordo com a doutrina:

> *"No caso da servidão de energia elétrica, que é a mais freqüente, a jurisprudência fixa a indenização em valor que varia entre 20% e 30% sobre o valor da terra nua (cf. acórdãos in RT 404:212, 406:272, 389:127, 391:130; também jurisprudência citada por Ronaldo de Albuquerque, 1987:139)."* (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 19ª ed., São Paulo:Atlas, 2006, p. 164/165).

Além disso, no item VII- Dos Quesitos e das Respostas- foi consignado que:

> *7) Qual a utilização dada ao imóvel, na data da emissão na posse?*
>
> *R.7) A terra vistoriada é atualmente utilizada na exploração pecuária.*

11) Qual é a atividade agrícola exercida na área serviente?

R.11) O solo é ocupado por pastagens no local de interesse."

Dessa forma, em que pese os apelantes alegarem que o valor da indenização não se adequa aos prejuízos sofridos porquanto *"a instalação das linhas de transmissão de energia elétrica inviabilizará, por completo, a exploração da área, pois não mais será possível o plantio e a colheita mecânica*", não é esta a realidade constatada pelo perito.

De fato, a inconformidade com o laudo apresentado deveria ter sido apresentada em momento oportuno pelos apelantes, carreando-se aos autos prova da destinação que alegam dar a área serviente.

Contudo, se assim não fizeram, não há como acolher suas alegações e desconstituir a prova técnica, até porque, o laudo oficial do juízo (f. 259/283) foi elaborado de acordo com os ditames recomendados pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Logo observa-se que além do referido laudo pericial estar embasado em exame aprofundado e detalhado dos fatos, os apelantes não trouxeram nenhuma prova para demonstrar a veracidade de suas alegações, limitando-se a aduzir que os prejuízos sofridos serão muito superiores do que aquele arbitrado pelo juiz *a quo* com base no laudo pericial, o que não é suficiente para, sequer, colocar em dúvida o trabalho apresentado pelo perito oficial.

É certo que nem sempre a fixação de indenização fica a critério ou ao livre arbítrio do juiz. Sempre que a lide demandar conhecimentos técnicos, a fixação de indenização terá por parâmetro o resultado a que chegou a perícia. Caso contrário, não haveria a necessidade de prova pericial, como no caso em comento.

Outro não é o entendimento deste Tribunal de Justiça, conforme se evidencia dos julgamentos abaixo colacionados, *in verbis*:

> *E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – INDENIZAÇÃO BASEADA NO QUANTUM APURADO EM LAUDO JUDICIAL – PEDIDO DE EXCLUSÃO DE ÁREA RESERVADA DA INDENIZAÇÃO – FAIXA DE TERRA CUJA AQUISIÇÃO SE DEU MEDIANTE TRANSCRIÇÃO AQUISITIVA – JUSTO E LEGÍTIMO TÍTULO DE DOMÍNIO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL – DATA DA JUNTADA DO LAUDO PERICIAL – JUROS COMPENSATÓRIOS FIXADOS NO PATAMAR DE 12% AO ANO – INAPLICABILIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.291-29, DE 27/08/99 EM VIRTUDE DA SUSPENSÃO DE SUA EFICÁCIA PELO STF – HONORÁRIOS ARBITRADOS EM 15% SOBRE A DIFERENÇA ENTRE O VALOR OFERTADO E O QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO – SÚMULA Nº 141 DO STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Tratando-se de faixa reservada, adquirida mediante justo título, deve seu proprietário ser dela indenizada, em caso de desapropriação. O laudo do perito oficial invocado na sentença só pode ser substituído pelo laudo do assistente técnico quando presentes provas cabais de que o valor da avaliação oficial não condiz com a realidade. A correção monetária do quantum indenizatório deve ser contada a partir da juntada do laudo pericial aos autos e não da data de imissão na posse pelo expropriante. Correta a sentença que fixa os juros compensatórios no patamar de 12% ao ano, em face da inaplicabilidade da Medida Provisória nº 1.291-29 suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade. A verba honorária incidirá sobre a diferença entre o depósito inicial e o montante da indenização final, em obediência à Súmula 141 do STJ.* (Apelação Cível 2001.003321-9/0000-00, Quarta Turma Cível, Relator Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro)

> *"E M E N T A- APELAÇÃO CÍVEL - DESAPROPRIAÇÃO - LAUDO JUDICIAL - VALOR DEVIDO - RECURSO IMPROVIDO.*

O laudo adotado na sentença só pode ser substituído pelo laudo do assistente técnico quando forem apresentadas provas suficientes que afastem a presunção de veracidade da qual aquele é dotado". (TJMS - Apelação Cível - Lei Especial N°2001.010438-5 – Anaurilândia – Rel. Des. Rêmolo Letteriello - Quarta Turma Cível - 17.12.01).

Destarte, não havendo a demonstração de provas contundentes capazes de retirar do laudo judicial a veracidade de suas informações, deve-se confirmar o valor da indenização constante da sentença, mormente por embasar-se em laudo pericial, lavrado com observância de critérios técnicos, devendo, por isso, ser mantido o valor da indenização arbitrada pelo juízo *a quo*.

Nesse sentido, tem decidido este Tribunal de Justiça:

"E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - PASSAGEM DE LINHA DE TRANSMISSÃO DE REDE ELÉTRICA – NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE A IMPUGNAÇÃO AO LAUDO – AFASTADA – INDENIZAÇÃO – VALOR INDICADO PELO PERITO JUDICIAL – PROVA SATISFATÓRIA - RECURSO NÃO PROVIDO.

A nulidade da sentença para a espécie só se configura quando indispensáveis os esclarecimentos.

Laudo pericial elaborado de forma criteriosa e objetiva, contendo todos os elementos necessários à justa indenização deve ser acolhido." (Apelação - nº 0001671-10.2012.8.12.0008, Relator Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j. 10.12.2013).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA – AGRAVOS RETIDOS – AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DA AÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESPÓLIO – HOMOLOGAÇÃO DO LAUDO PERICIAL – RECURSOS NÃO PROVIDOS – APELAÇÃO – SERVIDÃO ADMINISTRATIVA – ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DA INDENIZAÇÃO INFORMADO NO LAUDO PERICIAL – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – QUESTÃO JÁ ENFRENTADA EM DECISÃO ANTERIOR IMPUGNADA POR MEIO DE AGRAVO RETIDO – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DOS REQUERIDOS – INOCORRÊNCIA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

(...)

Nos casos em que a servidão causar prejuízos ao proprietário do imóvel serviente, faz-se mister fixar uma indenização justa, sendo esta a que corresponde real e efetivamente à redução do valor econômico do bem.

Deve prevalecer o valor encontrado pelo perito judicial que realizou a vistoria do imóvel, analisando as restrições que servidão causou ao uso normal do bem e a redução do valor econômico. (...)" (Apelação – Nº 0100017-34.2010.8.12.0018 – Paranaíba, Relator – Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, 3ª Câmara Cível, j. 16.10.2012).

IV. Dispositivo

Ante ao exposto, conheço do recurso, mas 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. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 29 de julho de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0800018-59.2013.8.12.0054 - Nova Alvorada do Sul
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – JUROS DE MORA – OBRIGAÇÃO LÍQUIDA E CERTA – TERMO INICIAL – DATA DO VENCIMENTO DA DÍVIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Por se tratar de obrigação líquida e certa, os juros moratórios devem incidir a partir do vencimento da dívida, e não a partir da citação válida, *ex vi* do art. 397 do CC.

Se o arbitramento dos honorários foi delineado observando-se uma apreciação equitativa, considerando-se o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, não deve ser considerado excessivo.

Recurso conhecido e improvido. Decisão mantida.

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, 28 de agosto de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 76-83 por Safi Brasil Energia S/A, insurgindo-se contra a sentença de fls. 70-72, proferida pelo douto juízo da Vara Única de Nova Alvorada do Sul, que julgou improcedentes os embargos à execução por ela opostos em face de Benafer S/A – Comércio e Indústria.

Extrai-se dos autos que a exequente, Benafer S/A, ajuizou a execução de título executivo extrajudicial pretendendo o recebimento do crédito de R$ 50.182,21, fundado nas duplicatas de n. 10489-B, 10489-C, 10488-A e 10488-B.

Subsequentemente, a executada opôs os presentes embargos alegando que os juros de mora deveriam incidir a partir da citação, que foi a data em que foi constituída em mora.

Em sentença, o douto juiz a quo julgou improcedente o pedido formulado nos embargos, declarando a inexistência de excesso de execução.

Irresignada, a executada apela alegando, em síntese, que os juros de mora devem ser computados somente a partir da citação válida da recorrente, de acordo com o que dispõe o art. 219, caput, do CPC e; que os honorários advocatícios devem ser minorados porque se trata de causa com baixa complexidade.

Requer o conhecimento e provimento da apelação para reconhecer o excesso de execução e determinar que os juros de mora tenham incidência a partir da citação. Acaso assim não se entenda, requer sejam minorados os honorários advocatícios.

Contrarrazões às fls. 90-95.

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta às fls. 76-83 por Safi Brasil Energia S/A, insurgindo-se contra a sentença de fls. 70-72, proferida pelo douto juízo da Vara Única de Nova Alvorada do Sul, que julgou improcedentes os embargos à execução por ela opostos em face de Benafer S/A – Comércio e Indústria.

É sabido que os juros de mora têm caráter punitivo, incidindo sobre o valor devido quando houver atraso em seu pagamento, de forma que atuam como uma sanção pelo inadimplemento da obrigação convencionada ou prevista em lei.

Assim, a finalidade da previsão de incidência e configuração dos juros de mora é a de impor sanção àquele que atrasa o pagamento e não respeita o termo pactuado, não devendo incidir em situações onde a dívida ainda não pode ser exigida.

O artigo 405 do CC de 2002 estabelece que "*contam-se os juros de mora desde a citação inicial*", reafirmando, assim, a regra que já existia no CPC desde 1973, no sentido de que é a citação válida que tem o efeito de constituir o devedor em mora.

Neste passo, o artigo 405 do CC de 2002, segundo o ensinamento de Hamim Charaf Bdine Jr[1], "*tem natureza geral, aplicando-se a todos os casos em que não houver regra expressa de constituição em mora – de que são exemplos os arts. 397, parágrafo único, e 398. Nesse sentido as lições de Renan Lotufo (Código Civil Comentado, São Paulo, Saraiva, 203, v. I, p. 464) e de Judith Martins-Costa (Comentários ao novo Código Civil, Rio de Janeiro, Forense, 203, v. V, t. I, p. 374)*".

Essa é a regra geral, que somente não prevalece diante da existência de uma regra especial.

É o caso dos autos.

Os documentos trazidos demonstram que a dívida cobrada tinha termo final para ser cumprida. (fls. 19, 21, 24 e 26).

Assim, tendo sido avençado desde o início a data de vencimento da dívida, a ocorrência de juros de mora pelo não pagamento, é medida que se impõe desde o seu inadimplemento**,** pois desde este momento o devedor estava em atraso no cumprimento da obrigação.

Por consequência, no caso em tela, aplica-se a disposição constante o art. 397, caput, do atual Código Civil, "*o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor*".

1 HAMID CHARAF BDINE JR, **Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência,** Cordenador Ministro Cezar Peluso, Editora Manole, 3a. ed., p. 42.

Sobre o tema, leciona Washington de Barros Monteiro[2]:

> *"De acordo com a lei Civil, entretanto, cumpre distinguir se se estipulou ou não no contrato dia certo para o vencimento da obrigação. Se houve expressa estipulação e na data prefixada não se verificou o pagamento, caracterizada se acha a mora do devedor. Como se externa a lei, em tal hipótese, a mora ocorre de pleno direito, independentemente de qualquer ato ou iniciativa do credor. É o que se denomina mora ex re, por aplicação da regra dies interpelat pro homini, isto é, o termo interpela em lugar do credor. Nesse caso, a lex ou o dies assumem o papel de intimação.*
>
> *(.)*
>
> *Por conseguinte, na ausência de convenção sobre prazo para pagamento, o devedor só pode ser havido como inadimplente após interpelação judicial ou extrajudicial, prevista no art. 397, parágrafo único, do Código Civil de 202. Defrontamo-nos nesse caso com a mora ex persona."*

Pela lição acima esposada constata-se que a situação apresentada enquadra-se no conceito de obrigação líquida e certa, de sorte que o tão-só atraso do seu pagamento constitui o devedor em mora. Neste sentido, a mora é ex re, ou seja, decorre do simples vencimento da obrigação que tem dia certo para ocorrer, fluindo os juros, então, a partir da mesma data, e não a partir da citação na ação em que se lhe exige o cumprimento. A regra geral constante dos artigos 405 do CC de 202 e 219, do CPC, é afastada pela regra especial do artigo 397 do mesmo Código Civil.

Sendo assim, nego provimento ao apelo no ponto em questão.

No que tange aos honorários advocatícios, há também de ser negado provimento ao recurso.

Na espécie, percebe-se que o arbitramento dos honorários foi delineado observando-se a uma apreciação equitativa, considerando-se o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, motivo pelo qual tenho que os honorários advocatícios foram fixados de forma razoável.

Assim, no caso concreto, tendo em conta os parâmetros acima delineados, a estipulação dos honorários advocatícios em R$ 1.000,00 constitui-se em valor justo ao trabalho realizado pelo advogado, não ferindo, pois, as disposições do artigo 20 § 3º e § 4º do Código de Processo Civil.

Não se pode olvidar da necessidade de remunerar condignamente a atividade dos profissionais da advocacia, seja por sua relevância social, seja por seu caráter de múnus público, inclusive porque o advogado, conforme a Constituição Federal (artigo 13), é essencial à administração da Justiça.

Reputo razoável a verba honorária fixada pela decisão, na medida em valorizou e remunerou adequadamente o labor profissional do patrono da parte que atuou diligentemente, cumprindo com zelo os seus deveres profissionais na causa.

Logo, permanece inalterado o valor arbitrado na sentença a título de honorários advocatícios.

Ante o exposto, conheço o recurso de apelação interposto pela executada Safi Brasil Energia S/A e lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença atacada.

2 Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações, 1ª parte, Volume IV, 32ª Edição, Editora Saraiva, 203, p. 322 – 323.

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. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 28 de agosto de 2014.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1408633-20.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – EXCLUSÃO DO CANDIDATO – INVESTIGAÇÃO SOCIAL – EXISTÊNCIA DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA POR LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – PRECEDENTES – SEGURANÇA CONCEDIDA, COM O PARECER.

1. Não se admite, com base no princípio da presunção de inocência, a exclusão de candidato a cargo público na fase de investigação social, em virtude da existência de Boletim de Ocorrência em seu desfavor, mormente quando não há evolução para ação penal. Precedentes do STJ.

2. Segurança concedida, com o parecer.

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, 8 de setembro de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Evilon Luiz de Souza, devidamente qualificado, impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato da Secretaria de Estado e Administração alegando ser candidato a uma das vagas do concurso público de provas e títulos da carreira de Polícia Civil, pleiteando o cargo de investigador de polícia judiciária.

Contou que, após aprovação nas etapas anteriores, foi excluído do certame na 6ª fase do concurso, que referia-se à investigação social, sem a devida motivação do ato, já que a autoridade coatora recusa-se a fornecer qualquer documento escrito ou justificativa verbal.

Afirma que sua eliminação mostra-se irrazoável e desproporcional, atentando contra o princípio constitucional da isonomia, uma vez que possui boa índole e bons antecedentes, não existindo qualquer fato que justifique a exclusão.

Ressalta que não praticou qualquer conduta especificada no item 13.4 do Edital (prática de ilícito penal, prática de transgressões disciplinares e dependência química).

Requereu a concessão de liminar para suspender os efeitos do ato coator e permitir que se submeta às demais fases do certame e, tendo obtido sucesso, não seja impedido de ingressar no curso de formação ou tomar posse de seu cargo.

Ao fim, requer a concessão da segurança para confirmar a liminar.

A liminar foi deferida às fls. 323-325.

O Estado prestou informações às fls. 333-345 alegando que a exclusão do candidato deu-se em completa obediência as regras previstas no Edital 1/2013 – SAD/SEJUSP/PCMS; que houve a constatação da existência de um Boletim de Ocorrência em Três Lagoas (n. 245/2009/1ª-DP) versando sobre "*lesão corporal culposa na direção de veículo automotor*", que por sua vez deu origem ao Termo Circunstanciado de Ocorrência n. 070/09/1ª DP-Três Lagoas-MS.

Afirma que tal conduta é apta a ensejar a eliminação do certame na fase de investigação social.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 355-362 opinando pela concessão da segurança.

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de mandado de segurança impetrado por Evilon Luiz de Souza contra ato da Secretaria de Estado e Administração alegando ser candidato a uma das vagas do Concurso Público de Provas e Títulos da carreira de Polícia Civil, pleiteando o cargo de investigador de polícia judiciária.

Contou que foi excluído do certame na fase de investigação social sem a devida motivação do ato, já que a autoridade coatora teria se recusado a fornecer qualquer documento escrito ou justificativa verbal.

Intimado, o Estado prestou informações motivando a exclusão do candidato na existência de um Boletim de Ocorrência em Três Lagoas (n. 245/2009/1ª-DP) versando sobre "*lesão corporal culposa na direção de veículo automotor*".

A segurança deve ser concedida.

É pacífico o entendimento de que a simples existência de boletim de ocorrência em desfavor do candidato não tem o condão de excluí-lo do certame na fase de investigação social, ainda mais no caso dos autos, em que não houve evolução para ação penal.

Eis o entendimento dos Tribunais Superiores:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DE CANDIDATO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte entende que a investigação social não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado, mas também à conduta moral e social no decorrer de sua vida, objetivando analisar o padrão de comportamento do candidato da carreira policial.*
>
> *2. Consoante precedentes do STJ, a mera instauração de inquérito policial ou a existência de decisão em ação penal sem trânsito em julgado não pode implicar, em fase de investigação social de concurso público, a eliminação do candidato do certame. No caso,*

as faltas cometidas pelo recorrido não são sequer penalmente tipificadas. Referem-se ao descumprimento de normas regulamentares de procedimento, na esfera de suas atribuições de policial voluntário temporário.

3. É dever do Judiciário apreciar a proporcionalidade entre a infração supostamente cometida e a pena aplicada.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RMS 29.159/AC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 14/05/2014)

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO. CANDIDATO. INSTAURAÇÃO. INQUÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE. ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. PROTEÇÃO. PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA. STF E STJ.

1. A mera instauração de inquérito policial ou de ação penal contra o cidadão não pode implicar, em fase de investigação social de concurso público, sua eliminação da disputa, sendo necessário para a configuração de antecedentes o trânsito em julgado de eventual condenação. Jurisprudência.

2. A decisão monocrática que confirma essa jurisprudência para dar a preceito legal estadual interpretação a ela conforme não ofende o postulado da reserva de plenário estabelecido no art. 97 da Constituição da República tampouco ofende o teor da Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 39.580/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014)

CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A eliminação de concurso público, amparada na verificação, na fase de investigação social, de que o candidato responde procedimento relativo a delitos de menor potencial ofensivo, sem sentença condenatória transitada em julgado, fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 132.782/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INABILITAÇÃO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

1. Não se admite, na fase de investigação social de concurso público, a exclusão de candidato em virtude da existência de ação penal sem trânsito em julgado. Observância ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal). Precedentes do STJ e do STF.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no RMS 25.735/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 06/09/2012)

Como se vê, é absolutamente ilegítima a exclusão do candidato com base, única e exclusivamente, na existência de um Boletim de Ocorrência versando sobre "*lesão corporal culposa na direção de veículo automotor*", que sequer evoluiu para ação penal.

Observa-se que mesmo quando há sentença condenatória, sem trânsito em julgado, é ilegal a exclusão por ofensa ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*".

Ante o exposto, com o parecer, concedo a segurança pleiteada, confirmando a tutela antecipada anteriormente concedida à impetrante, tornando-a definitiva, declarando a resolução do mérito, com fundamento no art. 269, I, do CPC.

Sem honorários, eis que incabíveis à espécie.

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. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 08 de setembro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0006336-90.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – TRANSFERÊNCIA DO CURSO PARA OUTRA INSTITUIÇÃO DE ENSINO – SOLICITAÇÃO DE DISPENSA DE DISCIPLINA – ANÁLISE DA GRADE CURRICULAR – REQUERIMENTO ANALISADO EM TEMPO HÁBIL– MERO ABORRECIMENTO – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO – RECURSO DESPROVIDO.

Para a existência do dano moral é necessário que a dor, vexame, sofrimento ou humilhação sobressaia da normalidade e atinja intensamente no comportamento psicológico da pessoa, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

O transcurso de tempo inferior a quarenta dias para análise de dispensa de disciplina e grade curricular por parte da instituição de ensino não configura dano moral passivo de reparação, uma vez que tal procedimento foi realizado em tempo hábil e razoável. Assim, a alegada demora pela autora se amolda como meros dissabores, não suscetíveis de indenização.

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, 29 de julho de 2014.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Marines Alves Ribeiro, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de indenização por danos morais que move em face da Universidade Paulista - UNIP e Unopar - Universidade Norte do Paraná, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais, extinguindo-se o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Alega que no começo de 2011 requereu junto a segunda requerida UNIP, a análise do seu pedido de dispensa de disciplina, uma vez que estava cursando o 1º semestre do curso, quando na verdade, deveria estar cursando o 4º semestre.

Aduz que passou-se aproximadamente 05 (cinco) meses para a UNIP concretizar a análise do requerimento de dispensa de disciplina, o que lhe ocasionou angústia, frustração, decepção, razão pela qual, efetuou o trancamento da sua matrícula.

Requer desta forma, a condenação da requerida UNIP, ao pagamento de danos morais e materiais.

Em contrarrazões, as apeladas manifestam-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (Relator).

Marines Alves Ribeiro, inconformada com a sentença prolatada pelo juiz de direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de indenização por danos morais que move em face da Universidade Paulista - UNIP e Unopar - Universidade Norte do Paraná, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais, extinguindo-se o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Mister se faça breve relato dos fatos.

Extrai-se da inicial que a autora prestou vestibular para o Curso de Pedagogia na instituição de ensino UNOPAR (primeira requerida), iniciando seu curso em fevereiro de 2009.

Alegou que quando da conclusão do 3º semestre do curso, foi informada pelo coordenador do polo da UNOPAR (Sr. Vanderlan) que a instituição de ensino mudaria para outro local, de modo que os acadêmicos seriam transferidos para o novo endereço.

Aduziu que ao iniciar o 4º semestre do curso no novo endereço, foi informada pelo Sr. Vanderlan que este não mais representaria a UNOPAR, razão pela qual os alunos deveriam retornar ao antigo endereço, e a partir dali a instituição de ensino responsável seria a UNIP, segunda requerida.

Relatou que o Sr. Vanderlan, então coordenador do polo da UNOPAR, passou a ser o coordenador da UNIP, que induziu a autora a transferir seu curso para esta instituição de ensino, sob o argumento de que o curso terminaria mais rápido, uma vez que teria apenas 6 semestres e não 7, conforme grade escolar da primeira requerida (UNOPAR).

Sustentou a apelante que realizou a transferência, porém como estava cursando o 4º semestre no momento da troca, foi informada pela UNIP que deveria requerer uma análise curricular para que pudesse continuar no quinto semestre.

Explicou que em janeiro de 2011 solicitou a documentação para dar entrada na UNIP, porém a documentação ficou pronta somente em fevereiro de 2011.

Alegou que a documentação entregue para a UNIP tinha por objetivo a correção da grade curricular, assim como comprovar as matérias concluídas, a fim de que a autora pudesse iniciar o 5º semestre do curso de pedagogia.

Afirmou que ao iniciar o curso na UNIP, percebeu que estava cursando algumas matérias já concluídas na primeira requerida, isto é, cursou os dois primeiros meses do referido curso novamente. Assim entrou em contato com a coordenação do curso para analisarem seu requerimento de dispensa de disciplinas, contudo o impasse se prolongou até setembro de 2011.

Explanou que as requeridas não solucionaram o equívoco quanto a grade curricular, motivo pelo qual, ingressou com a presente demanda, objetivando a condenação das requeridas ao pagamento de danos

morais e materiais, tendo em vista que a demora na análise do requerimento de dispensa de disciplina, retardou sua conclusão do curso, bem como o exercício de sua profissão.

As requeridas contestaram a lide e requereram a improcedência dos pedidos indenizatórios.

O magistrado a quo julgou improcedente o pedido inicial, extinguindo o feito com resolução do mérito. (f. 320/321)

Irresignada, a autora recorre a esta Corte objetivando a reforma da sentença.

É preciso consignar, de início, que a relação existente entre as partes tem cunho consumerista, posto que a autora, figura como consumidora e as instituições de ensino requeridas na qualidade de prestadoras de serviços, devendo a matéria ser apreciada com fulcro na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

O CDC, em seus artigos 2º e 3º, define consumidor e fornecedor, respectivamente, como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; e 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.

Logo, a responsabilidade civil das requeridas deve ser analisada sob ótica objetiva, conforme disposto no art. 14, do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade objetiva se configura independentemente da culpa, como leciona Carlos Roberto Gonçalves, *in* Responsabilidade Civil, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21/22:

> *"Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova e culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura).*
>
> *Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. Tratando-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas, como se baseia em culpa presumida, denomina-se objetiva imprópria ou impura. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do CC, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do ônus da probandi. Se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpados, pois sua culpa é presumida. Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano".*

Valho-me, ainda, das lições de Sérgio Cavalieri Filho:

> *"O fornecedor de serviços, consoante art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Trata-se de responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, fundada na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, decorrendo a responsabilidade do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de executar determinados serviços.*

> *Em suma, os riscos do empreendimento correm por conta do fornecedor (de produtos e serviços) e não do consumidor. O fornecedor só afasta a sua responsabilidade se provar (ônus seu) a ocorrência de uma das causas que excluem o próprio nexo causal, enunciadas no § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: inexistência do defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".* (*in* Programa de Responsabilidade Civil. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 400).

Conforme se percebe, o fornecedor de serviço responde objetivamente, isto é, independentemente da existência de culpa, só se eximindo da responsabilidade em casos de inexistência do defeito e culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Assim, a questão posta no presente arrazoado, cinge-se em saber se as requeridas devem ser condenadas ao pagamento de indenização por danos morais e materiais pretendidos pela autora. Tenho que não.

A apelante afirma que a apelada UNIP (segunda requerida) demorou em responder sua solicitação de dispensa de disciplina, e que diante dessa delonga, a autora teve de cursar o 1º semestre do curso, quando na verdade, deveria estar cursando o 4º semestre, razão pela qual, providenciou o trancamento de sua matrícula, ante a angústia, frustração e decepção sofrida.

Embora a apelante alegue que a UNIP demorou para analisar seu requerimento de dispensa de disciplina, não trouxe ao autos documentos que comprovam a data da solicitação, para assim, examinar o lapso temporal que perdurou esta alegada pendência.

Já a requerida UNIP comprovou, mediante documentos de fls. 121/125, que a parte autora iniciou sua solicitação de dispensa de disciplina em 09/08/2011, e teve seu pedido deferido em 12/09/2011. Portanto, vê-se que não houve demora da UNIP em analisar o pedido de dispensa de disciplina.

Note-se ainda que após o deferimento do pedido de dispensa de disciplina a autora requereu o trancamento de matrícula em 30/09/2011. (f. 123)

Assim, como bem fundamentou o magistrado a quo, uma solicitação de dispensa de disciplina necessita de um tempo hábil, e no caso sub examine, o pedido foi atendido com período inferior à quarenta dias, vejamos: (f. 321).

> *"(...) Acredita-se que a conferência e análise de procedimento necessite de tempo hábil para entrega, aqui demonstrado, em período inferior à quarenta dias em ambas as requeridas e, regido conforme a administração da faculdade, exemplificados em seus manuais".*

Aliás, antes de proceder com a transferência do curso para outra instituição de ensino, a parte autora deveria ter verificado todos os documentos necessários, bem como os prazos estipulados pelas instituições para concretizar tal transferência.

Portanto, em momento algum a apelante demonstrou ter sofrido algum tipo de abalo psíquico em decorrência dos fatos narrados na inicial, suficiente para ensejar a responsabilidade civil.

Não obstante a apelante ter arrolado testemunhas nos autos, constata-se que estas foram ouvidas como informantes, tendo em vista que ingressaram com ações em desfavor das apeladas, aduzindo que estão na mesma situação.

Logo, não há falar que as apeladas demoraram para analisar a solicitação de dispensa de disciplina para o fim de correção curricular, uma vez que agiram no exercício regular do seu direito.

De acordo com a doutrina:

> *"Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar 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 exarcebada 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 situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo".* (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - Vol. 4 - Responsabilidade Civil - 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 378-379)

Nesse contexto, verifica-se que a apelante não comprovou a existência de qualquer conduta por parte das apeladas que pudesse interferir intensamente no seu comportamento psicológico, a não ser meros aborrecimentos oriundos dos fatos corriqueiros.

Nesse sentido:

> *"DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA PELA INTERNET. PRESENTE DE NATAL. NÃO ENTREGA DA MERCADORIA. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE NÃO COMPROVADA NO CASO CONCRETO. DANOS MORAIS INDEVIDOS.*
>
> *1.- A jurisprudência desta Corte tem assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis.*
>
> *(...)*
>
> *5.- Recurso Especial a que se dá provimento em parte, tão somente para cancelar a multa."* (STJ - REsp 1399931/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 06/03/2014)
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. POUCO TEMPO DE ESPERA EM FILA DE BANCO. MERO DISSABOR. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZADO.*
>
> *O pouco tempo de espera em fila de banco não tem o condão de expor a pessoa a vexame ou constrangimento perante terceiros, não havendo que se falar em intenso abalo psicológico capaz de causar aflições ou angústias extremas.*
>
> *2. Situação de mero aborrecimento ou dissabor não suscetível de indenização por danos morais.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ - AgRg no Ag 1422960/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 09/04/2012)

Assim, os fatos noticiados na exordial não são capazes de gerar dano moral passivo de reparação, porquanto constituem mero aborrecimento, sem ofensa aos direitos da personalidade da autora.

Vale salientar que os danos morais caracterizam-se como aqueles que atingem valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz etc, situação não verificada no caso em espécie.

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 tranqüilidade, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranqüilidade 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.".* (*In* Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 246)

Desse modo, os alegados transtornos pelo qual alega ter passado a requerente tratam-se de meros dissabores, incapazes de gerar o dever de indenizar, previsto nos artigos 186 e 927 do Código Civil, de modo que não há falar em nenhuma das hipóteses causadoras de abalo moral ou psicológico.

Outrossim, a conduta da UNIP em analisar o requerimento de dispensa de disciplina, bem como corrigir a grade curricular, não passa de mero procedimento administrativo que faz parte de todas as instituições de ensino, mormente quando recebe acadêmicos oriundos de outras instituições educacionais, que trazem em seu histórico escolar grades disciplinares nem sempre compatíveis entre si.

Logo, tal procedimento está afeto ao próprio serviço educacional.

Por fim, mas não menos importante, é o fato de que a autora, após o deferimento de seu pedido, resolveu por si só efetuar o trancamento da matrícula, o que reforça a tese de que não suportou nenhum dano.

Ante o exposto, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, mantendo a sentença em 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. 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, 29 de julho de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0802297-68.2013.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ISSQN SOBRE *LEASING* (ARRENDAMENTO MERCANTIL) – MUNICÍPIO COMPETENTE – LUGAR DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - MATÉRIA DECIDIDA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC – RECURSO DESPROVIDO.

Consoante julgamento do Resp n. 1060210/SC, afeto ao rito do art. 543-C, do CPC, o município competente para a cobrança do ISSQN é o do local da prestação do serviço, este entendido como aquele onde está sediada a empresa, uma vez que é lá (sede), que emanam os poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento (núcleo da operação de *leasing* financeiro e fato gerador do tributo).

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, 15 de julho de 2014.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Município de Aquidauana, inconformado(a) com a sentença prolatada pelo juiz de direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, nos autos da ação de execução fiscal que move em face de Banco Honda S/A, interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença que acolheu a exceção de pré-executividade apresentada pelo apelado e, por consequência extinguiu o feito executivo.

Alega que o Decreto-Lei n. 406/68, para definir o critério espacial do fato gerador do ISSQN, estabelecia em seu art. 12 regra geral em que o serviço considerava-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador, listando apenas duas exceções ou regras especiais, consistentes nos serviços relacionados à construção civil e à exploração de rodovia mediante preço ou pedágio. Assim, apenas nessas duas situações é que o fato imponível ocorre em local diverso e independente do estabelecimento prestador.

Aduz que a Lei Complementar n. 116/03 confirmou a regra geral do local do estabelecimento prestador para todos os demais serviços. E mais, o critério material da hipóteses de incidência do ISSQN corresponde à prestação de serviços, e não à sua destinação ou fruição.

Reverbera que não existe prova nos autos de que foi na sede do município de São Paulo que ocorreu a concessão, análise e aprovação dos atos decisórios. Assim, desarrazoada se mostra a sentença recorrida.

Afirma que, consoante jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de serviços de *leasing*, a competência para a cobrança do ISSQN é do município do local da prestação dos serviços, ainda que o prestador tenha sede em outro município.

Requer o provimento do recurso.

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

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (Relator).

Município de Aquidauana, inconformado(a) com a sentença prolatada pelo juiz de direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, nos autos da Ação de Execução Fiscal que move em face de Banco Honda S/A, interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença que acolheu a exceção de pré-executividade apresentada pelo apelado e, por consequência extinguiu o feito executivo.

A questão posta no presente recurso cinge-se em saber qual município é o competente para a cobrança do ISSQN, em se tratando de arrendamento mercantil.

Nos termos dos arts. 3º e 4º da Lei Complementar n. 116/2003, considera-se prestado o serviço e o imposto devido no local do estabelecimento prestador, considerado este como o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, vejamos:

> *"Art. 3º - O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local:*
>
> *(...)*
>
> *Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas."*

O município apelante defende a tese de que em se tratando de serviços de *leasing*, a competência para a cobrança do ISSQN é do município do local da prestação dos serviços, ainda que o prestador tenha sede em outro município.

Para dirimir a controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial n. 1060210/SC, sob o rito do art. 543-C, do CPC, onde ficou decidido que, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de arrendamento mercantil, *"o serviço ocorre no local onde se toma a decisão acerca da aprovação do financiamento, onde se concentra o poder decisório, onde se situa a direção geral da instituição. O fato gerador não se confunde com a venda do bem objeto do leasing financeiro, já que o núcleo do serviço prestado é o financiamento. Irrelevante o local da celebração do contrato, da entrega do bem ou de outras atividades preparatórias e auxiliares à perfectibilização da relação jurídica, a qual só ocorre efetivamente com a aprovação da proposta pela instituição financeira."*

Como se constata, o sujeito ativo da relação tributária é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica

ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de *leasing* financeiro e fato gerador do tributo.

Nessa linha, é o recurso representativo de controvérsia acima citado:

> *"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE ARRENDAMENTO MERCANTIL FINANCEIRO. QUESTÃO PACIFICADA PELO STF POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE 592.905/SC, REL. MIN. EROS GRAU, DJE 05.03.2010. SUJEITO ATIVO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA NA VIGÊNCIA DO DL 406/68: MUNICÍPIO DA SEDE DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. APÓS A LEI 116/03: LUGAR DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. LEASING. CONTRATO COMPLEXO. A CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO É O NÚCLEO DO SERVIÇO NA OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO, À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF. O SERVIÇO OCORRE NO LOCAL ONDE SE TOMA A DECISÃO ACERCA DA APROVAÇÃO DO FINANCIAMENTO, ONDE SE CONCENTRA O PODER DECISÓRIO, ONDE SE SITUA A DIREÇÃO GERAL DA INSTITUIÇÃO. O FATO GERADOR NÃO SE CONFUNDE COM A VENDA DO BEM OBJETO DO LEASING FINANCEIRO, JÁ QUE O NÚCLEO DO SERVIÇO PRESTADO É O FINANCIAMENTO. IRRELEVANTE O LOCAL DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO, DA ENTREGA DO BEM OU DE OUTRAS ATIVIDADES PREPARATÓRIAS E AUXILIARES À PERFECTIBILIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA, A QUAL SÓ OCORRE EFETIVAMENTE COM A APROVAÇÃO DA PROPOSTA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CÁLCULO. PREJUDICADA A ANÁLISE DA ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 148 DO CTN E 9 DO DL 406/68. RECURSO ESPECIAL DE POTENZA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL PARCIALMENTE PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO E RECONHECER A ILEGITIMIDADE ATIVA DO MUNICÍPIO DE TUBARÃO/SC PARA EXIGIR O IMPOSTO. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 8/STJ.*
>
> *O colendo STF já afirmou (RE 592. 905/SC) que ocorre o fato gerador da cobrança do ISS em contrato de arrendamento mercantil. O eminente Ministro EROS GRAU, relator daquele recurso, deixou claro que o fato gerador não se confunde com a venda do bem objeto do leasing financeiro, já que o núcleo do serviço prestado é o financiamento.*
>
> *No contrato de arrendamento mercantil financeiro (Lei 6.099/74 e Resolução 2.309/96 do BACEN), uma empresa especialmente dedicada a essa atividade adquire um bem, segundo especificações do usuário/consumidor, que passa a ter a sua utilização imediata, com o pagamento de contraprestações previamente acertadas, e opção de, ao final, adquiri-lo por um valor residual também contratualmente estipulado. Essa modalidade de negócio dinamiza a fruição de bens e não implica em imobilização contábil do capital por parte do arrendatário: os bens assim adquiridos entram na contabilidade como custo operacional (art. 11 e 13 da Lei 6.099/74). Trata-se de contrato complexo, de modo que o enfrentamento da matéria obriga a identificação do local onde se perfectibiliza o financiamento, núcleo da prestação do serviços nas operações de leasing financeiro, à luz do entendimento que restou sedimentado no Supremo Tribunal Federal.*
>
> *O art. 12 do DL 406/68, com eficácia reconhecida de lei complementar, posteriormente revogado pela LC 116/2003, estipulou que, à exceção dos casos de construção civil e de exploração de rodovias, o local da prestação do serviço é o do estabelecimento prestador.*
>
> *A opção legislativa representa um potente duto de esvaziamento das finanças dos Municípios periféricos do sistema bancário, ou seja, através dessa modalidade contratual se instala um mecanismo altamente perverso de sua descapitalização em favor dos grandes centros financeiros do País.*

A interpretação do mandamento legal leva a conclusão de ter sido privilegiada a segurança jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária, para evitar dúvidas e cobranças de impostos em duplicata, sendo certo que eventuais fraudes (como a manutenção de sedes fictícias) devem ser combatidas por meio da fiscalização e não do afastamento da norma legal, o que traduziria verdadeira quebra do princípio da legalidade tributária.

Após a vigência da LC 116/2003 é que se pode afirmar que, existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador no Município onde o serviço é perfectibilizado, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo.

O contrato de leasing financeiro é um contrato complexo no qual predomina o aspecto financeiro, tal qual assentado pelo STF quando do julgamento do RE 592.905/SC, Assim, há se concluir que, tanto na vigência do DL 406/68 quanto na vigência da LC 116//203, o núcleo da operação de arrendamento mercantil, o serviço em si, que completa a relação jurídica, é a decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento.

As grandes empresas de crédito do País estão sediadas ordinariamente em grandes centros financeiros de notável dinamismo, onde centralizam os poderes decisórios e estipulam as cláusulas contratuais e operacionais para todas suas agências e dependências. Fazem a análise do crédito e elaboram o contrato, além de providenciarem a aprovação do financiamento e a consequente liberação do valor financeiro para a aquisição do objeto arrendado, núcleo da operação. Pode-se afirmar que é no local onde se toma essa decisão que se realiza, se completa, que se perfectibiliza o negócio. Após a vigência da LC 116.2003, assim, é neste local que ocorre a efetiva prestação do serviço para fins de delimitação do sujeito ativo apto a exigir ISS sobre operações de arrendamento mercantil.

O tomador do serviço ao dirigir-se à concessionária de veículos não vai comprar o carro, mas apenas indicar à arrendadora o bem a ser adquirido e posteriormente a ele disponibilizado. Assim, a entrega de documentos, a formalização da proposta e mesmo a entrega do bem são procedimentos acessórios, preliminares, auxiliares ou consectários do serviço cujo núcleo - fato gerador do tributo - é a decisão sobre a concessão, aprovação e liberação do financiamento.

Ficam prejudicadas as alegações de afronta ao art. 148 do CTN e ao art. 9o. do Decreto-Lei 406/68, que fundamente a sua tese relativa à ilegalidade da base de cálculo do tributo.

No caso dos autos, o fato gerador originário da ação executiva refere-se a período em que vigente a DL 406/68. A própria sentença afirmou que a ora recorrente possui sede na cidade de Osasco/SP e não se discutiu a existência de qualquer fraude relacionada a esse estabelecimento; assim, o Município de Tubarão não é competente para a cobrança do ISS incidente sobre as operações realizadas pela empresa Potenza Leasing S.A. Arrendamento Mercantil, devendo ser dado provimento aos Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Recurso Especial parcialmente provido para definir que: (a) incide ISSQN sobre operações de arrendamento mercantil financeiro; (b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo; (d) prejudicada a análise da alegada violação ao art. 148 do CTN; (e) no caso concreto, julgar procedentes os Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus

> *sucumbenciais, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa do Município de Tubarão/SC para a cobrança do ISS. Acórdão submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ."* (REsp 1060210/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 28/11/2012, DJe 05/03/2013)

Logo, dúvidas não há de que o município competente para a cobrança do ISSQN é o do local da prestação do serviço, este entendido como aquele onde está sediada a empresa, uma vez que é lá (sede), que emanam os poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento (núcleo da operação de *leasing* financeiro e fato gerador do tributo).

Cito novamente outro julgado da Corte Superior, onde deixa expresso que o sujeito ativo tributário é aquele onde está situada a sede da empresa, *verbis*:

> *"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ISSQN SOBRE OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. MUNICÍPIO COMPETENTE. CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO RESP 1.060.210/SC, SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ATRIBUIÇÃO DE EXCEPCIONAIS EFEITOS INFRINGENTES.*
>
> *A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.060.210/SC, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 08/2008, firmou a orientação no sentido de que: "(b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo".*
>
> *De acordo com essa nova orientação, em se tratando de ISS especificamente sobre as operações de arrendamento mercantil, irrelevante tenham sido referidas operações realizadas na vigência do DL n. 406/68 ou da LC n. 106/2003, pois em qualquer hipótese "**o Município do local onde sediado o estabelecimento prestador é o competente para a cobrança do ISS sobre operações de arrendamento mercantil", pois é nele (estabelecimento) em que o núcleo da operação de arrendamento mercantil, o serviço em si, que completa a relação jurídica, ocorre, qual seja a "decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento**"...* (EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1360014/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. P/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 24/06/2014) - destaquei

De mais a mais, não há albergar a pretensão recursal do apelante, no sentido de que o acórdão proferido no Resp. 1.060.210/SC está com eficácia suspensa, uma vez que sobre ele (acórdão) adveio a interposição de embargos de declaração, que inclusive já foram julgados, com a consequente revogação da liminar, não existindo, portanto nenhuma causa suspensiva pendente.

Reverbera ainda o apelante que não existe prova nos autos de que foi na sede do município de São Paulo que ocorreu a concessão, análise e aprovação dos atos decisórios.

Apesar de inexistirem provas nesse sentido, observa-se que o município ingressou com execução fiscal pleiteando o recebimento do ISSQN relativo à prestação de serviços realizados pelo apelado, de modo que também não conseguiu demonstrar a origem do débito, isto é, de que a dívida é originária de contratos cuja tributação é de competência do município.

Outrossim, o Termo de Intimação Fiscal n. 078/2010 demonstra de forma cabal que o apelado não possui estabelecimento administrativo no município apelante, tanto é verdade que todas as notificações

administrativas relativas ao processo administrativo tributário foram enviadas para o endereço na cidade de São Paulo, conforme documentos de f. 29 e seguintes.

Logo, não merece reforma a sentença recorrida.

Pelo exposto, conheço do recurso, e nego-lhe provimento, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 15 de julho de 2014.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1408164-71.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NO CARGO DE ESCRIVÃO DA POLÍCIA CIVIL – CANDIDATA EXCLUÍDA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL – EXISTÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL – AUSÊNCIA DE AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO – PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

De acordo com o princípio da presunção de inocência insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica no sentido de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.

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, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 18 de agosto de 2014.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Márcia Mariana Garcia Gomes dos Santos impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelos Secretários de Estado de Administração e de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul, alegando que presta concurso público para ingresso no cargo de Escrivã de Polícia Judiciária, tendo sido considerada aprovada na prova objetiva, no exame psicotécnico, na avaliação médica e na prova de aptidão física, porém, foi considerada inapta na fase de investigação social.

Alega ainda que em meados do ano de 2008 teve um desacordo comercial, e em razão disso houve um processo cível no Juizado Especial da Comarca de Três Lagoas. Por divergências de valores para quitação, não houve acordo para pagamento do débito de R$ 7.000,00 (sete mil reais), justamente porque o então autor faltava com a verdade, mentindo sobre o real valor da dívida, pois exigia o recebimento de R$ 15.000,00, quando na verdade já havia recebido R$ 8.000,00.

Afirma que posteriormente o então autor, usando de extrema má-fé, dirigiu-se até a primeira delegacia de polícia, onde registrou a queixa por Estelionato contra a impetrante, desta vez cobrando o valor irreal de R$ 23.000,00.

Afirma também que é inocente do crime a ela imputado, na verdade está sendo vítima de uma denunciação caluniosa, e tal fato restará comprovada ao final das investigações.

Sustenta que em razão de tais fatos a comissão organizadora do concurso público decidiu excluir sumariamente a impetrante, conforme documentos anexos, porém, não existe sequer ação penal em trâmite, o que existe é inquérito policial, procedimento administrativo e investigativo.

Ao final, requer a concessão da medida liminar para que seja mantida no Concurso Público, determinando ao Impetrado que promova os atos necessários à sua nomeação no cargo de Escrivã de Polícia Judiciária, sob pena de multa diária, e ao final a concessão da segurança em definitivo. (fls. 01-30)

Com a inicial vieram os documentos de fls. 31-119.

A liminar foi deferida. (fls. 122-129)

Nas informações os impetrados requerem a denegação da ordem, em razão da ausência de direito líquido e certo. (fls. 140-152)

A Procuradoria de Justiça opina pela concessão da segurança. (fls. 161-170).

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (Relator).

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Márcia Mariana Garcia Gomes dos Santos contra ato praticado pelos Secretários de Estado de Administração e de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul.

Consta nos autos que a impetrante participa do Concurso Público para Ingresso na Carreira da Polícia Civil regido pelo Edital nº 01/2013, no cargo de Escrivão de Polícia Judiciária, tendo sido aprovada até a fase de aptidão física.

Consta ainda que a impetrante foi excluída do certame na fase de investigação social (fls. 83-84), em razão da existência do Inquérito Policial nº 345/2009/1DP/Três Lagoas, em que ela figura como investigada pela possível prática de crime de estelionato (fls. 109-112).

Com efeito, de acordo com o princípio da presunção de inocência insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse contexto, vislumbro que a impetrante não poderia ter sido excluída do certame em razão da existência de Inquérito Policial, sem haver sequer instauração da respectiva Ação Penal.

A jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica no sentido de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória, confira:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. COMPETÊNCIA DO RELATOR PARA NEGAR SEGUIMENTO A RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. ATO ADMINISTRATIVO ILEGAL. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VIOLAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

(...)

2. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos, incluídos aqueles praticados durante a realização de concurso público.

3. A jurisprudência da Corte firmou o entendimento de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.

4. Agravo regimental não provido. (STF - ARE 753331 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgado Em 17/09/2013, Acórdão Eletrônico Dje-228 Divulg 19-11-2013 Public 20-11-2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VIOLAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência da Corte firmou o entendimento de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.

2. Agravo regimental não provido. (STF - AI 829186 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, Processo Eletrônico Dje-123 Divulg 26-06-2013 Public 27-06-2013)

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO. CANDIDATO. INSTAURAÇÃO. INQUÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE. ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. PROTEÇÃO. PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA. STF E STJ.

1. A mera instauração de inquérito policial ou de ação penal contra o cidadão não pode implicar, em fase de investigação social de concurso público, sua eliminação da disputa, sendo necessário para a configuração de antecedentes o trânsito em julgado de eventual condenação. Jurisprudência.

2. A decisão monocrática que confirma essa jurisprudência para dar a preceito legal estadual interpretação a ela conforme não ofende o postulado da reserva de plenário estabelecido no art. 97 da Constituição da República tampouco ofende o teor da Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no RMS 39.580/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CANDIDATO DO CURSO DE FORMAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

1. O prazo para impetração do mandamus inaugura-se com a ciência pelo interessado do ato que lhe feriu o direito líquido e certo. Precedentes.

2. Segundo jurisprudência consolidada desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a existência de inquérito, ação penal, ou registro em cadastro de serviço de proteção ao crédito não são capazes de provocar a eliminação de candidato na fase de investigação social do concurso. Respeito ao princípio da presunção de inocência.

3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no RMS 24.283/RO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22/05/2012, DJe 08/06/2012)

No mesmo sentido é a jurisprudência deste tribunal, note-se:

E M E N T A – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO IMPEDIDO DE TOMAR POSSE EM RAZÃO DA TRAMITAÇÃO DE AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE – RECURSO IMPROVIDO.

Não havendo sentença penal condenatória transitada em julgado, deve prevalecer o princípio da presunção de inocência, uma vez que não foi apurada a culpabilidade pela transgressão de infração penal. (TJMS - Quinta Turma Cível - Reexame de Sentença N. 2008.037531-0/0000-00 - Ponta Porã - Relator Des. Vladimir Abreu da Silva - J. 17.9.2009)

E M E N T A – PARA INGRESSO NA GUARDA MUNICIPAL DE CAMPO GRANDE – IMPEDIMENTO DE POSSE POR INIDONEIDADE MORAL – MAUS ANTECEDENTES – AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – CR, ART. 5º, LVII – PRECEDENTES NO STF, STJ E NESTE SODALÍCIO – SENTENÇA REFORMADA – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO.

O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República consagra o princípio da presunção de inocência, estabelecendo que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

A exigência do edital do concurso público para ingresso na Guarda Municipal de Campo Grande, em consonância com legislação estadual, que impede candidato de tomar posse no cargo tão somente por ser acusado da prática de infração penal, afronta o aludido princípio constitucional e, por isso, não merece observância. Precedentes no Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte. (TJMS - 1ª Câmara Cível - Apelação Nº 0056840-37.2011.8.12.0001 - Campo Grande - Relator Des. Divoncir Schreiner Maran - J. 19 de dezembro de 2012)

De mais a mais, ao prestarem informações, os impetrados juntaram aos autos cópia do Ofício expedido pelo Delegado-Geral da Polícia Civil, com o seguinte teor (fl. 154):

(...)

Outrossim, informo-lhe que não existe informações de qualquer decisão sobre o resultado do procedimento criminal, conforme cópia da certidão expedida pelo Departamento de Inteligência Policial (DIP), em anexo. Segue cópia do BO acima mencionado.

(...)

Na realidade, não existe sequer comprovação de indiciamento da impetrante no Inquérito Policial instaurado para apurar os fatos, o que impede a atribuição de juízo de culpa contra ela neste momento.

Portanto, a impetrante não pode ser excluída do certame em razão da existência de Inquérito Policial, restando demonstrada assim a existência do direito líquido e certo necessário para a concessão da segurança.

Ante o exposto, com o parecer, confirmo a liminar e concedo a segurança a fim de determinar aos impetrados que se abstenham de excluir a impetrante Márcia Mariana Garcia Gomes dos Santos do concurso público para ingresso na carreira da Polícia Civil/PCMS/2013, na fase de investigação social (6ª Fase), convocando-a para participação do Curso de Formação Policial (7ª Fase).

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. João Maria Lós

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. João Maria Lós, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 18 de agosto de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0003126-44.2012.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL – TÉCNICO EM CONTABILIDADE - COBRANÇA DE ISS COM BASE NO FATURAMENTO MENSAL – IMPOSSIBILIDADE – ATIVIDADE EXERCIDA SEM NATUREZA EMPRESARIAL – TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO PREVISTO NO ART. 9º, § 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. – MANUTENÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (art. 966, parágrafo único do CC).

2. A sociedade uniprofissional formada por profissionais liberais que prestam serviço com natureza intelectual, goza de tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, § 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas, sim, no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que a integram.

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, 2 de setembro de 2014.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Fazenda Pública do Município de Naviraí-MS, interpõe o presente recurso de apelação em face da sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Naviraí-MS que, nos autos de ação de embargos à execução fiscal, ajuizada por Dirceu Domingos Sobrinho, julgou-os procedentes, declarando a insubsistência das CDA que instruíram a Execução Fiscal proposta pela municipalidade.

Em apertada síntese, aduz que: I) ao contrário do entendimento esposado na origem, o serviço prestado pelo recorrido não é unipessoal, o que não pode lhe assegurar o direito de recolher o ISSQN em alíquota fixa, uma vez por ano, conforme previsto no §§ 1º e 3º do artigo 9º do Decreto-lei 406/1968; II) os valores constantes das respectivas execuções foram apurados segundo os critérios legais, com base em informações fornecidas pelo próprio contribuinte à Agência Fazendária Estadual; III) possui escritório de contabilidade conhecido na cidade de Naviraí-MS, com diversos funcionários e elevada carteira de clientes; IV) em razão do número de clientes que estavam sob sua responsabilidade segundo os dados da Agência

Fazendária Estadual, fica evidente o caráter empresarial da atividade desenvolvida; V) por fim, requer a reforma da sentença atacada, que reconheceu o direito no recolhimento do ISSQN na forma prevista pelo parágrafo 1º do artigo 9º do Decreto-Lei 406/68, pela ausência de pessoalidade nos serviços prestados pelo recorrido, mantendo-se os valores representados pelas CDA's.

Contrarrazões (f. 334-339) pelo improvimento do apelo.

VOTO

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

Fazenda Pública do Município de Naviraí-MS, interpõe o presente recurso de apelação em face da sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Naviraí-MS que, nos autos de ação de embargos à execução fiscal, ajuizada por Dirceu Domingos Sobrinho, julgo-os procedentes, declarando a insubsistência das CDA que instruíram a Execução Fiscal proposta pela municipalidade.

Alega a apelante, que o serviço prestado pelo recorrido não é unipessoal, não devendo ser-lhe assegurado o direito de recolher o ISSQN em alíquota fixa, uma vez por ano, conforme previsto no §§ 1º e 3º do artigo 9º do Decreto-lei 406/1968. Afirma ainda, que o contribuinte exercia a atividade de forma empresarial, devendo a sentença invectivada ser reformada, mantendo-se os valores apurados por estimativa.

Registre-se, desde logo, que a atividade empresarial exercida pelo apelado é a de técnico em contabilidade, por meio de firma individual, optante pelo SIMPLES, conforme comprova a documentação encartada aos autos (f. 15-16).

Assim, não é correto falar em sociedade propriamente dita, pois a atividade por ele exercida é feita em caráter pessoal, sendo o registro perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ – uma mera ficção jurídica para fins tributários.

Neste caso, o fundamento do recurso da municipalidade para cobrança de ISSQN com base no ganho estimado, seria o fato de que o contribuinte não exerceria a atividade de forma pessoal, possuindo elevado número de clientes com a contratação de empregados e, consequentemente, exercendo atividade de cunho empresarial, o que descaracterizaria a cobrança em valor fixo.

Para tanto, afirma em suas razões que o número de clientes constante da relação enviada pela Agência Fazendária Estadual (f. 90-94) seria prova disso, pois seria impossível o apelado dar conta de todos sozinho, isto é, sem auxílio de outros profissionais.

Primeiro, cumpre esclarecer que a prova constante dos autos não permite concluir, por si só, se a atividade era exercida em caráter empresarial. Além do mais, afirmações quanto ao tamanho da carteira de clientes, a quantidade de empregados, e o fato do escritório ser conhecido na cidade, não foram corroborados por qualquer lastro probatório, o que impede o reconhecimento nesse sentido por este Tribunal.

Segundo, o que caracteriza a atividade como exercida de forma unipessoal ou não, não é a quantidade de clientes ou o fato do profissional ter empregados ou colaboradores sob sua responsabilidade, mas sim o exercício prestado de forma pessoal, ou seja, a ausência de empreendimento com característica mercantil.

Nesse sentido, reza o art. 966, parágrafo único do CC:

> *"Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

> *Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa."*

Os enunciados aprovados na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), vinculado ao STJ, não divergem, senão vejamos:

> *"193 – Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa.*
>
> *194 – Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida".*

Não havendo prova cabal de que o apelado exerça atividade com cunho empresarial, devem prevalecer as informações constantes dos registros da Junta Comercial, ou seja, de que o serviço é prestado de forma pessoal, já que registrado como empresário individual.

Noutras palavras, não há nos autos provas que indiquem o exercício de atividade mercantil pelo contribuinte. Pelo contrário, a documentação encartada, deixa evidente que exerce atividade intelectual, em nome próprio, não configurando elemento de empresa (art. 966, parágrafo único do CC).

Ao discorrer sobre a atividade exercida Fabio Ulhoa Coelho[1], assevera:

> *"[...] revela-se bastante útil a noção de elemento de empresa adotada pelo direito italiano. De acordo com a noção, o prestador de serviço intelectual – inclusive o profissional liberal, portanto -, ainda que contrate terceiros para o auxiliar, não se considera empresário, salvo se for elemento de empresa. O médico que atende à sua clientela, em consultório mantido junto com colegas, não é empresário, porque, embora até eventualmente integre pessoa jurídica para a repartição de despesas e de resultados, ele não pode ser caracterizado como elemento de empresa. Já o mesmo médico, ao organizar um pronto-socorro, empregando clínicos, enfermeiros, pessoal administrativo etc., passa a ser visto como elementos de empresa, mesmo se continuar dando atendimento médico especializado. Como se vê, o aspecto referente à formação ou não de pessoa jurídica é irrelevante para a definição da incidência do tratamento excepcional, baseado no princípio da culpabilidade, reservado aos profissionais liberais. O decisivo é tratar-se, ou não, de exploração empresarial da atividade."*

O posicionamento jurisprudencial, inclusive desta Eg. Câmara, trilha no mesmo sentido da decisão invectivada:

> *"APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO-AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL C/C COMPENSAÇÃO DE VALORES-MANDADO DE SEGURANÇA ANTERIOR-SEGURANÇA DENEGADA POR AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO-INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL-NÃO IMPEDE O USO DA AÇÃO PRÓPRIA-MÉRITO-ISS SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE ADVOGADOS-TRATAMENTO PRIVILEGIADO DO ISS-DECRETO-LEI Nº 406/68-HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS-CRITÉRIOS QUALITATIVOS-PROPORCIONALIDADE- BASE NO VALOR DADO À CAUSA-POSSIBILIDADE RECURSO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E IMPROVIDOS.*
>
> *I - A denegação do mandado de segurança por ausência de liquidez e certeza do direito que não enfrenta o mérito da impetração não faz coisa julgada material. II- Tratando-se de sociedade composta por pessoas com a mesma habilitação profissional para o exercício da advocacia, caracterizando-se, pois, como uma sociedade uniprofissional de*

1 **Curso de Direito Comercial**, v. 1: Direito de empresa, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 290.

advogados, notadamente em razão da natureza da atividade profissional desenvolvida, que induz a responsabilidade individual de cada prestador de serviço, faz jus ao tratamento privilegiado do ISS, nos termos do art. 9º, § 3º, do DL 406/68. III - Na ação em que for vencida a fazenda pública, os honorários devem ser fixados à luz dos limites estritamente qualitativos, de acordo com o que reza o §4º do art. 20 do CPC, sendo possível o seu arbitramento com base no valor dado à causa. (TJMS, Apelação Cível n. 035049-95.208.8.12.001, Relator - Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson, Terceira Câmara Cível, j. 2.8.2010)".

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA C/C DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL DO DÉBITO – SOCIEDADE NÃO-EMPRESARIAL COMPOSTA POR ADVOGADOS – SENTENÇA QUE CORRETAMENTE RECONHECEU O DIREITO DA AUTORA EM RECOLHER O TRIBUTO ISSQN COM BASE EM VALOR FIXO ANUAL – TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO PREVISTO NO ART. 9º, § 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS DE FORMA RAZOÁVEL – RECURSO IMPROVIDO.

A sociedade uniprofissional de advogados de natureza civil, qualquer que seja o conteúdo de seu contrato social, goza do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, § 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68 não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas, sim, no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que a integra.

Demonstrando que o valor arbitrado a título de honorários advocatícios atende a importância econômica da causa, deve ele ser considerado razoável, com o improvimento do pedido alternativo que visava a sua redução". (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.023934-1/00-0 - Campo Grande. Rel. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Quinta Turma Cível, J.19/08/2010)"

Não bastasse tanto, o Superior Tribunal de Justiça vem consolidando o entendimento de que a sociedade tida como uniprofissional, onde são prestados serviços sob responsabilidade pessoal do profissional, goza de tratamento tributário diferenciado, nos moldes do art. 9º § 1º e 3º do Decreto-lei n. 406/68, não recolhendo o ISSQN com base no seu faturamento bruto, no preço do serviço, mas sim no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO - SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE ADVOGADOS - ISS - RECOLHIMENTO COM BASE EM VALOR FIXO ANUAL - TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO PREVISTO NO ART. 9º, § 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N.406/68. A jurisprudência desta Corte firmou posição no sentido de que a sociedade uniprofissional de advogados de natureza civil, qualquer que seja o conteúdo de seu contrato social, goza do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, § 1º e 3º, do Decreto-lei n. 406/68, não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas sim no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que a integra. 2. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no Ag 126954/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 1/05/2010)".

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE ADVOGADOS. ISS. RECOLHIMENTO COM BASE EM VALOR FIXO ANUAL. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO PREVISTO NO ART. 9º, § 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 16 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO-PROVIDOS.(.) 2. A sociedade uniprofissional de advogados de natureza civil, qualquer que seja o conteúdo de seu contrato social, goza do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, § 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68 não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas

> *sim no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que a integra, de maneira que não ocorre o repasse do encargo a terceiros a exigir o cumprimento do disposto no artigo 16 do Código Tributário Nacional nas ações de repetição de indébito da exação em comento. 3. Embargos de divergência não-providos."* (STJ. EREsp 724.684/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 28/05/208, DJe 16/06/2008).

Por fim, registre-se, assim como feito na decisão atacada, que as microempresas e as empresas de pequeno porte, por expressa disposição legal, possuem direito de recolher o tributo municipal sobre alíquota fixa.

Nesse sentido, dispõe o § 22-A do artigo 18 da Lei Complementar 123/2006, *in verbis*: *"§ 22-A. A atividade constante do inciso XIV do § 5º-B deste artigo recolherá o ISS em valor fixo, na forma da legislação municipal."*

Portanto, a decisão de origem, não merece reprimendas, razão pela qual mantenho-a.

Posto isso, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 02 de setembro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0046015-34.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – HONORÁRIOS MÉDICOS – DANO MATERIAL INDENIZÁVEL – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS.

O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado e por profissional não credenciado é admitido apenas em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência ou emergência da internação)". Precedente STJ (AgRg-REsp 917.668 - (2007/0010975-3) - 3ª T - Rel. Min. Vasco Della Giustina - DJe 17.09.2009 - p. 462).

O dever de proceder com lealdade e boa-fé (inc. II do art. 14 do CPC) decorre da consciência das partes e de todos aqueles que participam do processo de não agir de modo manifestamente contrário ao direito.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, embora a Lei n. 9.656/98 não retroaja aos contratos firmados antes de sua vigência, é possível aferir a abusividade de cláusulas à luz dos comandos da legislação consumerista, mesmo que firmados antes da vigência do CDC. Isso se dá em razão de que o contrato de seguro de saúde é obrigação de trato sucessivo, renovando-se ao longo do tempo e, portanto, submetendo-se às normas supervenientes, especialmente às de ordem pública, como o Código de Defesa do Consumidor.

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.

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 aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 12 de agosto de 2014.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimentos recursais de Apelações Cíveis interpostos por Ceres Jordão da Costa e outros e Unimed Campo Grande MS contra decisão proferida pelo juízo da 12ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, nos autos da ação declaratória de nulidade de cláusula abusiva c/c indenizatória por danos

materiais e morais, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial e condenou a administradora de plano de saúde ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para reembolso de honorários médicos, e de R$ 836,57 (oitocentos e trinta e seis reais e cinquenta e sete centavos) para pagamento de medicamentos e materiais necessários ao procedimento cirúrgico.

Ceres Jordão da Costa e outros defendem às f. 291-301, a reforma da decisão para que empresa ré seja condenada ao pagamento de indenização por danos morais, estes justificados pela negativa do plano de saúde em realizar a cobertura do procedimento cirúrgico determinado pelo médico prescritor, atentando diretamente contra a vida da paciente.

Requer, ainda, que a ré seja condenada ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios.

Unimed Campo Grande MS, por sua vez, alega que (f. 305-320):

O magistrado viciou seu julgado em manifesto "*error in judicando*", ao impor e transferir responsabilidade estatal, constitucionalmente ilimitada a ente particular regrado por normativas contratuais e legislação específica;

A apelante concedeu à requerente um benefício contratual por mera liberalidade, já que o contrato possui cláusula expressa de exclusão da cobertura de procedimento realizado por médico não credenciado ou hospital não conveniado à rede e, desta forma, não há que se falar em dever de custeio ou indenização pela Unimed;

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor no contrato em tela deve ser feita de forma moderada e sem sobrepor legislação mais nova e específica que regulamenta os contratos de planos de saúde, como a lei 9.656/98 e;

A cirurgia na paciente teve caráter eletivo, não se justificando a situação de urgência ou emergência alegada, devendo ser observado no caso o princípio da *pacta sunt servanda*.

Pugna, ao final, pela reforma da sentença, inclusive no que se refere aos ônus sucumbenciais, com julgamento pela total improcedência do pedido formulado, bem como prequestiona as matérias levantadas no recurso.

Os recorrentes apresentaram contrarrazões, manifestando pelo desprovimento dos recursos contrários.

VOTO

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

Trata-se de procedimentos recursais de Apelações Cíveis interpostos por Ceres Jordão da Costa e outros e Unimed Campo Grande MS contra decisão proferida pelo juízo da 12ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, nos autos da ação declaratória de nulidade de cláusula abusiva c/c indenizatória por danos materiais e morais, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial e condenou a administradora de plano de saúde ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para reembolso de honorários médicos, e de R$ 836,57 (oitocentos e trinta e seis reais e cinquenta e sete centavos) para pagamento de medicamentos e materiais necessários ao procedimento cirúrgico.

Procedo à análise conjunta dos recursos interpostos por Ceres Jordão da Costa e Unimed Campo Grande MS.

Verifica-se dos autos que a paciente, Ceres Jordão da Costa, foi diagnosticada com uma alteração nos pulmões denominada "Hipoplasia Pulmonar", que exigia certo acompanhamento médico sistemático, mas sem maiores consequências clínicas. Posteriormente, após exames rotineiros, foram detectadas alterações importantes pela médica pneumologista que acompanhava a autora, Dra. Liana Peres Duailibe, credenciada da rede Unimed, que determinou exames complementares.

Com base nos resultados clínicos, identificou-se que a paciente sofria da "Síndrome de Cimitarra", associada à má formação cardíaca e que acarreta a drenagem anômala das veias pulmonares, capaz de atrofiar um dos pulmões.

Além da doença em questão, a paciente também é portadora de glaucoma, problema grave de visão que foi diagnosticado quando era mais jovem.

A médica conveniada da Unimed indicou então o Dr. José Pedro da Silva (f. 92), cirurgião cardíaco de São Paulo, devido ao seu grande conhecimento nesta especialidade e também à vasta experiência em situações clínicas semelhantes. O especialista indicou a realização de intervenção cirúrgica cardíaca na paciente, como forma de minimizar riscos à sua saúde e futuras complicações, que foi realizada em fevereiro de 2011 (f. 100–104).

A Unimed, por meio do documento "Concessão de Benefício por Liberalidade Contratual" (f. 93), concordou em custear as despesas hospitalares realizadas no Hospital Beneficência Portuguesa, em São Paulo, na cirurgia da paciente, porém, excluiu do pagamento os honorários médicos que deveriam ser negociados diretamente entre paciente e profissional clínico, motivo pelo qual se originou a demanda, com decisão de primeira instância favorável aos requerentes.

Pois bem, o cerne da questão posta à apreciação cinge-se em saber se o contrato de plano de saúde entabulado entre as partes previa a cobertura do procedimento e dos honorários médicos ora discutidos, bem como se cabe indenização a título de danos morais frente à recusa na cobertura pela Unimed.

De início, destaco que a aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela é inquestionável. Isso porque existe entre as partes uma relação contratual de seguro de assistência médico-hospitalar e, nos termos da legislação consumerista, temos que:

> *"Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*
>
> *Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção e montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*
>
> *(...).*
>
> *§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".*

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em sua obra "O consumidor e os planos de saúde" (Revista Forense 328, out/dez. 1994, p. 312-316), defende:

> *"Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação*

> *especializada em seguro-saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código de Defesa do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código (...)".*

Inclusive, a aplicabilidade do CDC aos contratos de plano de saúde está enunciada na Súmula 469, do STJ:

> *Súmula 469/STJ: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde".*

Um dos argumentos trazidos pela apelante Unimed é o de que o sistema de proteção ao consumidor não pode se sobrepor aos limites estabelecidos por legislação mais nova e específica, qual seja a Lei nº 9.656/98. Certamente, a assistência à saúde é disciplinada pela lei citada, compreendendo as providências necessárias para prevenir doenças e para garantir sua recuperação, tendo por escopo regular as operadoras de planos de assistência à saúde e os próprios planos.

Quanto à aplicabilidade da normativa, ressalta-se a existência de duas modalidades contratuais, aqueles firmados antes da Lei 9.656/98 (contratos antigos) e os firmados após esta lei (contratos novos). Resta saber se tal norma se estende aos contratos firmados anteriormente a sua vigência.

Certo é que a adaptação dos contratos de planos privados de assistência à saúde à nova lei é uma opção do consumidor, no entanto, mesmo que não haja tal opção, a conclusão lógica é a de que aos contratos não adaptados se aplicam os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, que orientam os consumidores no que diz respeito às práticas abusivas na adoção de cláusulas de impacto financeiro, e nas situações de risco à saúde quanto à assistência à saúde prestada no setor suplementar. Ou seja, a legislação em vigor, Lei 9.656/98, servirá de fonte de interpretação de tais contratos.

Não se discute, todavia, que vige no direito civil brasileiro a autonomia de vontade no negócio jurídico, devendo-se observar que essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos, quais sejam, a liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou a escolha da modalidade do contrato.

Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes, estando presente, portanto, o princípio *pacta sunt servanda*, com o qual o acordo de vontade faz lei entre as partes.

Sabe-se que a idéia de força obrigatória dos contratos significa que, uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato e têm direitos e obrigações, não podendo se desvincular a não ser por meio de um outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (acontecimentos fáticos incontroláveis pela vontade do homem).

Ocorre que 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. Logo, é possível a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais à parte hipossuficiente, ou ainda sua revisão devido a fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas ao consumidor, consistindo um dos seus direitos básicos.

Vale lembrar que as regras constantes no Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública, que tutelam interesses sociais, sendo impassíveis de derrogação pela simples convenção dos interessados, salvo se houver autorização legal expressa. Assim, quando o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 1º, preceitua o estabelecimento de norma de ordem pública e interesse social para reger a

relação de consumo, buscou o legislador proporcionar o equilíbrio dentro do qual o consumidor possa se equiparar ao fornecedor, sem que este último se valha de sua vontade para obter vantagens mediante acordos contratuais.

Quando o mencionado artigo declara que o Código de Defesa do Consumidor estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Carta Magna, deve-se entender que ele assenta de forma definitiva e em nível infraconstitucional toda a potência normativa da Carta de 1988. Negar este fato é, sem sombra de dúvida, ir contra a disposição literal da lei e ignorar o perfil de ordem pública e de interesse social que anima o Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, o código consumerista se sobrepõe à vontade das partes com o fim de promover a defesa do consumidor, não competindo às partes da relação de consumo a derrogação dos preceitos cogentes nele contidos.

A esse respeito, temos os seguintes julgados desta Corte, *in verbis*:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – DECLARATÓRIA C.C. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS C.C. OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – PRÓTESE BIOLÓGICA – NEGATIVA INDEVIDA DA OPERADORA – PROCEDIMENTO INDICADO PELO MÉDICO QUE ACOMPANHA O PACIENTE – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *Por se tratar de norma de ordem pública, as regras fixadas no diploma consumerista devem ser aplicadas aos contratos de plano de saúde.*
>
> *Não se coaduna com os princípios de boa-fé e de confiança a existência de cláusula limitativa que impeça o paciente, consumidor do plano de saúde por vários anos, de receber tratamento indicado por seu médico, mormente se a doença é grave e existe cobertura."* (TJMS - Apelação - Nº 0801115-18.2011.8.12.0005 – Aquidauana, Relator – Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, 17 de junho de 2014)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – CASSEMS – APLICABILIDADE DO CDC – TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO INDICADO PELO MÉDICO ASSISTENTE CONVENIADO – NEGATIVA DE TRATAMENTO – DEVER DE COBRIR O TRATAMENTO DA DOENÇA – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *Nos termos da Súmula n. 469 do STJ: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde".*
>
> *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(...)"* (TJMS - Apelação - Nº 0801342-71.2012.8.12.0005 – Aquidauana, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, 3ª Câmara Cível, DJ 27 de agosto de 2013).

A Lei nº 9.656/98 dispõe em seus artigos que é obrigatória a cobertura do atendimento em casos de emergência/urgência que impliquem risco imediato de vida ou lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente, *verbis*:

> *"Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:*
>
> *I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizada em declaração do médico assistente; e*
>
> *II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.*
>
> *Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35."*

O encaminhamento da médica cooperada que assistiu a paciente, aliada com a declaração do médico que realizou a cirurgia são contundentes em atestar a gravidade do quadro clínico e a necessidade de realização do procedimento cirúrgico, fato que por si só, demonstra risco à vida da paciente; portanto configurada a emergência.

Se não bastasse, a Unimed afirma ter custeado as despesas hospitalares na intervenção cirúrgica da paciente conveniada, no entanto, alega que o procedimento cirúrgico era eletivo e sequer foi requerido o reembolso administrativamente pela apelada, motivo pelo qual não é obrigada a indenizar os valores.

O entendimento da ré de que a cirurgia cardíaca em jovem com saúde comprometida e doença grave preexistente é procedimento eletivo se assenta, tão somente, no fato de que a cirurgia foi previamente agendada (data, hora e local marcado) e, portanto, não merece prosperar.

Ainda, na tentativa de descaracterizar o quadro de emergência da usuária do plano, aduz que qualquer pessoa em estado de saúde delicado não suportaria uma viagem por mais de 1.000 km sem qualquer cuidado ou suporte clínico, mas é sabido que uma viagem de avião desta capital até a cidade de São Paulo, como foi o relatado, leva pouco mais de uma hora e, portanto, sem lógica tal argumento.

Atenta contra o princípio da razoabilidade a circunstância de haver, num determinado momento, o consentimento da Unimed Campo Grande em proceder o custeio da cirurgia para o tratamento da paciente e, em outro, sustentar a falta de cobertura para os honorários médicos no mesmo procedimento. Como se não bastasse, a ré sequer indicou outro profissional médico credenciado à rede que pudesse proceder a intervenção cirúrgica necessária, restando aos requerentes prosseguir com o profissional indicado pela médica cadastrada no rol dos conveniados.

Por certo, a cobertura parcial dos serviços fundamentais é uma afronta ao direito do consumidor e, evidentemente, a falta de profissional médico habilitado e experiente no trato da doença específica levaria a ineficácia de todo o tratamento, com risco eminente de vida da paciente.

É de se exigir da ré a adoção cautelosa, no mínimo, para se evitar o abuso vedado pelo art. 51, IV, do CDC, porquanto a negativa de cobertura dos honorários médicos para a realização dos procedimentos necessários à plena recuperação da paciente equivale à obrigação incompatível com a boa-fé e equidade, fragilizando o segurado.

O magistrado bem delineou a questão na sentença (f. 284 e 285), *in verbis*:

> *"(...) É que estando a negativa da requerida, repita-se, apenas na inexistência de vinculação do profissional escolhido pela ré – ressai daí a omissão de existência da cobertura contratual, tanto que as despesas hospitalares foram cobertas – bastava então que a resposta viesse indicando quais os profissionais de seu quadro de cooperados estariam habilitados para transpor o óbice que impedia a realização do procedimento.*
>
> *A ré, apesar de veemente afirmar a existência de profissionais capazes de atender a requerente e realizar o procedimento cirúrgico indicado, não fez a indicação de um único. Isso também poderia ser objeto da prova cuja oportunidade foi produzida pelo juízo.*

> *À requerida foi oportunizada a especificação de provas e apesar de reclamar prova testemunhal, mais uma vez nada falou sobre a única de efetivo interesse para verificar a questão por ela mesmo definida com sua peça de resposta.*
>
> *Assim, não tendo a ré indicado qual seria o profissional indicado àquela cirurgia e tendo ela implicitamente admitido a cobertura contratual, mostra-se razoável e legítimo que a autora tenha realizado seu atendimento através do especialista não conveniado escolhido. Acatar a recusa nos termos feitos pela ré significava admitir recusa ao cumprimento do contrato.*
>
> *De outro lado, e apenas como mais um fundamento para o acolhimento do pedido, ressalte-se que o contrato em análise é de adesão, impondo regência pelo Código de Defesa do Consumidor, cuja ênfase é de interpretar cláusulas contratuais de modo mais favorável ao consumidor, ganhando ainda especial relevo porque toda a controvérsia diz respeito à saúde da autora".*

A Ré não impugnou a alegação da médica, Dra Liana Peres Duailibe, profissional conveniada ao plano, no sentido de ausência de emergência para realização do procedimento ou quanto à indicação de especialista não conveniado, ônus que lhe cabia, tendo em vista a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Diante da ausência de impugnação da Ré, restou incontroverso que o procedimento necessário à recuperação da paciente não poderia ser feito por outro profissional médico, o que colocaria em risco a vida da paciente.

Portanto, se a ré não comprova que o procedimento cirúrgico realizado por médico especialista não credenciado poderia ter sido realizado por médicos cooperados da rede Unimed Campo Grande e, estando demonstrada a emergência da situação, cumpre ao plano de saúde custear todo o procedimento.

Assim, deve ser mantida a condenação da ré ao reembolso dos valores com honorários médicos e medicamentos no procedimento cirúrgico da paciente.

Sobre os danos morais pleiteados, o magistrado ordinário julgou improcedente o pedido de indenização, razão pela qual se insurge a autora.

O direito à indenização por dano moral está consagrado no Breviário de Cidadania em seu art. 5º, incisos V e X e no atual Código Civil, por meio da previsão contida no art.186.

Segundo o Professor Yussef Said Cahali[1], o dano moral *"seria a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos"*.

Wilson de Melo Silva[2], em síntese, diz que *"dano moral é o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico"*.

E é exatamente na extensão da violação dos direitos de personalidade que nasce o direito ao dano moral, sendo sua quantificação segundo a apreciação equitativa do julgador.

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

1 CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição.

2 SILVA, Wilson de Melo. O Dano Moral e sua Reparação. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 13.

Elucidando a questão, consignou o juiz singular (f. 286):

> *"Embora a recusa da requerida esteja incontroversa nos autos, ela não obstou a realização do procedimento, tanto que a autora foi submetida à cirurgia na data previamente marcada. Isso se extrai da própria inicial.*
>
> *Com isso, não se pode afirmar que a negativa da ré tenha provocado nos autores o momento de aflição descrito na vestibular. A negativa não obstruiu ainda que por algum tempo a realização da cirurgia, o que se mostra suficiente para descaracterizar os alegados danos morais."*

Em situações como a narrada nos autos, em que houve mero aborrecimento, este Tribunal vem firmando entendimento no sentido de ser incabível a indenização por dano moral.

Vejamos:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PLANO DE SAÚDE UNIMED - RECUSA NA LIBERAÇÃO DE MEDICAMENTO - IMPOSSIBILIDADE – CDC - HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR – DESVANTAGEM - PRESCRIÇÃO DO MEDICAMENTO POR MÉDICO ESPECIALISTA E RESPONSÁVEL PELO PACIENTE - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - IMPOSSIBILIDADE - MERO ABORRECIMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Nos termos do art. 51 do CDC, são nulas as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. A recusa da cooperativa na liberação de medicamento, justificada pelo parecer de sua junta médica que não recomenda o medicamento no tratamento do cooperado, não pode prevalecer sob a prescrição do medicamento por médico especialista responsável pelo paciente."* (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.023740-8 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay - Julgamento: 05/10/2009 - Órgão Julgador: 3ª Turma Cível - Publicação: 07/10/2009)

Também já tive oportunidade de me pronunciar:

> *E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE REMÉDIO – UNIMED – LAUDO MÉDICO – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – REEMBOLSO DOS CUSTOS DO TRATAMENTO PELO ESTADO – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.*
>
> *Existindo no plano de saúde contradição entre cláusulas contratuais, deve ser assegurada ao paciente a interpretação mais benéfica das regras ali existentes, de modo que, havendo cobertura para tratamento da patologia acometida pela paciente, deve a seguradora fornecer os medicamentos relacionados aos cuidados necessários para a cura do paciente.*
>
> *(...) 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.(...)"* (TJMS - Apelação - Nº 0025688-34.2012.8.12.0001 - Campo Grande, Relator – Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, 3ª Câmara Cível, DJ 25 de setembro de 2013).

Assim, com base nos fatos narrados, entendo que não há que se falar em condenação a título de danos morais, pois a cirurgia foi realizada na data prevista e nos termos da indicação médica, não tendo a

negativa por parte do plano de saúde obstado o seu prosseguimento. Desta forma, não merecem acolhimento os apelos dos requerentes.

Por fim, quanto ao prequestionamento levantado pela empresa ré, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada, seja especificamente, seja pelo exame dos respectivos conteúdos, não se fazendo necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça.

As questões devolvidas a esta Corte foram analisadas de forma suficiente, sendo apontada solução fundamentada para a controvérsia, prescindindo de exame expresso de cada artigo de lei ou tese ventilada pelas partes, porque o resultado do julgamento evidencia o que foi levado em conta sem que seja necessário dispensar maior esforço para tanto.

Por fim, fundamentada a decisão do colegiado em determinado sentido, consideram-se repelidas todas as demais teses, normas e argumentos exarados em sentido contrário.

Ex positis, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Ceres Jordão da Costa, Neusa Jordão Costa, Tarcizo Francisco da Costa e nego provimento ao recurso de apelação interposto Unimed - Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 12 de agosto de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0055778-11.2001.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – LANÇAMENTO DE OFÍCIO – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO A PARTIR DA NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE PARA PAGAMENTO – PRESCRIÇÃO – OCORRÊNCIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Nos tributos sujeitos a lançamento de ofício, como é o caso do IPTU, o prazo prescricional para a cobrança judicial tem início com a notificação para pagamento, já que é o momento em que se constitui o crédito tributário.

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, 1 de julho de 2014.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Município de Campo Grande - MS contra decisão proferida pelo juiz da Vara Execução Fiscal da Comarca de Campo Grande, nos autos execução fiscal movida contra Pedro Vicente Ferreira, que, de ofício, julgou extinto o processo, com resolução de mérito, pela ocorrência da prescrição, reconhecendo, por consequência, extinto o crédito de origem tributária executado na CDA, carreada na inicial.

Alega, em síntese, que:

1) que a decisão singular está equivocada, ao considerar como termo inicial para a contagem do prazo prescricional o dia 28.01.1996, ou seja, um dia depois de vencido o prazo para os contribuintes contestarem administrativamente o lançamento do crédito tributário, isso porque, no ano de 1996, os contribuintes foram avisados, de que poderiam optar pelo pagamento à vista e parcelado, com vencimento da última parcela prevista para o final do exercício de 1996, mais precisamente em 11 de novembro de 1996;

2) desse modo, segundo afirma, o prazo prescricional só começou a fluir no final do exercício financeiro de 1996, já que a inscrição na dívida ativa somente pode ocorrer depois de esgotado o prazo para pagamento parcelado, motivo por que o legislador estadual estabeleceu que a constituição definitiva do crédito tributário coincide com o final de cada exercício, conforme art. 61 do Código Tributário Municipal, Lei 1.466/73;

3) assim, a constituição definitiva se deu em 31.12.1996, com término do prazo para ajuizamento da ação em 31.12.2011, o que determina que não há falar em prescrição. Aduz que cabe aplicação da Súmula 106 do STJ.

Pede provimento do recurso, para que seja reformada a decisão guerreada, prosseguindo o feito executivo em seus ulteriores termos.

Não foram apresentadas contrarrazões.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Município de Campo Grande - MS contra decisão proferida pelo juiz da Vara Execução Fiscal da Comarca de Campo Grande, nos autos execução fiscal movida contra Pedro Vicente Ferreira, que, de ofício, julgou extinto o processo, com resolução de mérito, pela ocorrência da prescrição, reconhecendo, por consequência, extinto o crédito de origem tributária executado na CDA, carreada na inicial.

Observo que a cerne da irresignação do recorrente diz respeito ao termo inicial da contagem do prazo prescricional, para ajuizamento da execução fiscal de crédito tributário decorrente de IPTU.

Argumenta ele que a contagem feita pelo julgador singular para considerar o crédito prescrito está equivocada, porque considerou como termo inicial para tal o dia seguinte ao da notificação dos contribuintes pelo Diário Oficial, acerca do lançamento do tributo, previsto na Lei de regência, ou seja, 28.01.1996, com termo final de 28.01.2001, sendo que no ano de 1996, os contribuintes foram avisados que poderiam optar pelo pagamento à vista ou parcelado, com vencimento da última parcela prevista para o final do exercício de 1996, mais precisamente em 11 de novembro de 1996.

Segundo afirma, o prazo prescricional só começou a fluir no final do exercício financeiro de 1996, já que a inscrição na dívida ativa somente pode ocorrer depois de esgotado o prazo para pagamento parcelado, motivo por que o legislador estadual estabeleceu que a constituição definitiva do crédito tributário coincide com o final de cada exercício, conforme art. 61 do Código Tributário Municipal, Lei 1.466/73;

Assim, a constituição definitiva se deu em 31.12.1996, com término do prazo para ajuizamento da ação em 31.12.2011, o que determina que não há falar em prescrição. Aduz que cabe aplicação da Súmula 106 do STJ.

No entanto, em que pesem os argumentos trazidos pelo recorrente em suas razões recursais, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu posicionamento no sentido de que sendo o IPTU imposto sujeito a lançamento de ofício, a constituição http://www.jusbrasil.com.br/topicos/302754/constituicao-federal-de-1988/seguidores do crédito ocorre no momento da notificação para pagamento, conforme considerou o julgador monocrático e não da inscrição do débito na dívida ativa e nem do momento em que se escoa o prazo para o pagamento voluntário.

A propósito são os julgados do STJ e dos Tribunais de Justiça pátrios, inclusive desta Corte:

> *"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IPVA. EXECUÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO A QUO. NOTIFICAÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.*

1. Nos tributos sujeitos a lançamento de ofício, como no caso do IPVA e IPTU, a constituição do crédito tributário perfectibiliza-se com a notificação ao sujeito passivo, iniciando, a partir desta, o termo a quo para a contagem do prazo prescricional quinquenal para a execução fiscal, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional

2. Na hipótese dos autos, a cobrança diz respeito ao lançamento do IPVA relativo ao exercício de 1999, cuja Execução Fiscal somente foi ajuizada pela Fazenda Pública Estadual em 7.1.2009, quando já ultrapassado o quinquênio legal.

3. O Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica à espécie a Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido." (STJ AgRg no Ag 1.399.575/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 4.11.2011)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IPVA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO A PARTIR DA REMESSA, AO CONTRIBUINTE, DA NOTIFICAÇÃO PARA PAGAMENTO OU DO CARNÊ. PRECEDENTES: AGRG NO AG 1.399.575/RJ, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJE 04.11.2011; AGRG NO AG 1.251.793/SP, REL. MIN. HAMILTON CARVALHIDO, DJE 08.04.2010. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento firme de que, nos tributos sujeitos a lançamento de ofício, tal como o IPVA e o IPTU, a própria remessa, pelo Fisco, da notificação para pagamento ou carnê constitui o crédito tributário, momento em que se inicia o prazo prescricional quinquenal para sua cobrança judicial, nos termos do art. 174 do CTN. Precedentes: AgRg no Ag 1.399.575/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Dje 04.11.2011; Resp. 1.197.713/Rj, Rel. Min. Eliana Calmon, Dje 26.08.2010; Agrg No Ag 1.251.793/Sp, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Dje 08.04.2010; Resp. 1.069.657/Pr, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Dje 30.03.2009.2. Agravo Regimental Do Estado Do Rio De Janeiro desprovido. (TJ/RJ - AgRg no AREsp 157.610/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 14.6.2012).

"E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO –EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU –NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – ENVIO DE CARNÊ – PRESCRIÇÃO –RECURSO PROVIDO.

O recebimento do carnê de cobrança do IPTU configura notificaçãoválida para seu lançamento.

Não ajuizada a execução fiscal dentro do prazo prescricional de cinco anos, deve ser reconhecida a prescrição do crédito tributário." (TJMS - Agravo de Instrumento n. 1401342-66.2014.8.12.0000 – Brasilândia – Des. Julizar Barbosa Trindade – 29.04.2014)

Desse modo, conforme salientou o Juízo de primeiro grau, o edital n. 001/96, que notificou os contribuintes sobre o lançamento previsto do crédito relativo ao IPTU em questão, foi publicado no Diário Oficial em 12.01.1996, sendo que a notificação ocorreu em 27.01.1996, conforme disposição contida no art. 15 do Código Administrativo de Processo Fiscal de Campo Grande (MS) – Lei Complementar n. 02, de 15 de dezembro de 1992. Tal determina que o o fim do prazo se deu em 28.01.2001.

Assim, tendo em vista que a ação só foi ajuizada em 15.11.2001, o crédito tributário referente ao exercício de 1996 já se encontra prescrito, nos termos do art. 156 e 174 do Código Tributário Nacional, restando escorreita a decisão singular, não merecendo, por isso, nenhum reparo.

Por todas essas considerações, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, MS, 01 de julho de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0034485-96.2012.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CHEQUE PRÉ-DATADO – APRESENTAÇÃO ANTECIPADA – DANO MORAL CARACTERIZADO – SÚMULA N. 370/STJ – DESNECESSIDADE DE PROVA – DANO *IN RE IPSA* – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RAZOÁVEL – DANOS MATERIAIS – AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO TROUXE ELEMENTOS NOVOS APTOS A ENSEJAR O RELATOR A SE RETRATAR DA DECISÃO MONOCRÁTICA PROLATADA – RECURSOS IMPROVIDOS.

A apresentação antecipada do cheque pré-datado configura ato ilícito a ensejar o direito à indenização pelos danos morais, os quais independem de provas em juízo (dano *in re ipsa*), sendo aplicável ao caso o enunciado da Súmula n. 370/STJ.

Deve ser mantido o *quantum* indenizatório a título de danos morais, quando o valor apurado guardar correspondência com a extensão do dano e a capacidade econômica das partes, em observância a finalidade da indenização e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A lei processual civil prevê o pagamento de honorários advocatícios pela parte sucumbente ao patrono da parte vencedora, motivo pelo qual não é devida a reparação pelos gastos decorrentes de honorários contratuais.

Mantém-se a decisão prolatada em recurso de apelação cível, quando não tenham sido apresentados nos agravos regimentais novos elementos que pudessem levar o Relator a se retratar da decisão recorrida.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 19 de agosto de 2014.

Des. João Maria Lós - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Reluri Viagens e Turismo Ltda interpõe recurso de agravo regimental em face da decisão monocrática de fls. 183/188 que negou seguimento ao recurso de apelação que interpôs nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Marcos Luiz da Maia.

Sustenta, em suma, não ter cometido nenhum ato ilícito apto a ensejar a condenação a indenização ao pagamento de danos morais, visto que a simples implementação do desconto antecipado do cheque não tem o condão de gerar algum tipo de dano indenizável. Outrossim, alega que o autor deixou de comprovar o abalo psíquico ou constrangimento moral que tenha vindo a sofrer em decorrência do suposto evento danoso.

Caso seja mantida a condenação imposta, requer a minoração do *quantum* indenizatório arbitrado a título dos danos morais sofridos ao importe de R$ 1.000,00 (hum mil reais), sob pena de manifesto enriquecimento ilícito do autor.

Marcos Luiz da Maia irresignado com a decisão proferida, também interpôs recurso de agravo interno, pugnando, por sua vez, pela condenação da parte ré ao pagamento dos honorários advocatícios contratuais a título de indenização pelos danos materiais; e, ainda, pela majoração do valor indenizatório arbitrado pelos danos morais sofridos ao patamar de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator).

Reluri Viagens e Turismo Ltda interpôs o presente agravo regimental, sustentando, em suma, a necessidade de reforma da decisão combatida diante da inexistência de ato ilícito apto a ensejar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais; e, ainda, requerendo a minoração do *quantum* indenizatório arbitrado em caso de manutenção da condenação.

Por sua vez, Marcos Luiz da Maia, alegou no agravo interno oposto que é dever do réu arcar com o pagamento dos honorários advocatícios contratuais, a título de indenização pelos danos materiais decorrentes do evento danoso. Ainda, argumentou que o valor arbitrado a título de condenação pelos danos morais sofridos está aquém ao importe que vêm sendo fixado por este tribunal em casos semelhantes.

É evidente que os pedidos formulados nos recursos interpostos cuidam de discussão acerca da mesma matéria, razão pela qual consigno que o debate há de ser realizado de forma conjunta.

Passo ao julgamento.

É possível aferir dos agravos internos opostos a inexistência de quaisquer razões ou elementos novos aptos a ensejar a modificação da decisão monocrática proferida por este relator, uma vez que as partes utilizaram-se dos mesmos fundamentos anteriormente trazidos em sede de recurso de apelação.

Assim, há de ser mantida a sentença guerreada por seus próprios fundamentos, e, para não incorrer em tautologia, valho-me das mesmas razões de decidir para o julgamento de ambos os agravos internos opostos.

Diante dos fundamentos expendidos, eis o teor da decisão recorrida:

> *"A princípio, hei por bem realizar breve digressão fática do caso em tela, a fim de obter melhor compreensão da matéria suscitada nos autos.*
>
> *Marcos Luiz da Maia alega que em março de 2012 adquiriu um pacote de viagens junto à empresa Reluri Viagens e Turismo Ltda., no valor total de R$10.834,40 (dez mil e oitocentos e trinta e quatro reais e quarenta centavos), utilizando como meio de pagamento cinco cheques iguais de R$2.166,88 (dois mil e cento e sessenta e seis reais e oitenta e oito centavos), sendo o primeiro à vista e os demais datados para descontos nos meses*

subsequentes. No entanto, em descumprimento do avençado, a requerida teria depositado todos os cheques no próprio mês de março, causando transtornos ao autor.

Assim, ingressou com a presente demanda de indenização por danos materiais c/c danos morais, a fim de obter a compensação pelos abalos sofridos, bem como a restituição dos valores despendidos com honorários advocatícios nesta lide.

A empresa demandada apresentou contestação reconhecendo, no mérito, a compensação dos referidos cheques, todavia alegou que ao ser contatada de tal fato, efetuou imediatamente a transferência do valor equivalente à conta corrente do autor. Afirmou que, por mera liberalidade, concedeu melhores acomodações no pacote de viagem firmado pelo demandante, a fim de fidelizar o cliente e manter um bom relacionamento com este.

Houve a regular tramitação do feito, tendo o autor apresentado impugnação à contestação, reiterando a necessidade de procedência de seus pedidos. Realizada audiência preliminar, as partes não se compuseram e o feito foi saneado, com indeferimento da denunciação a lide e da dilação probatória.

A demandada interpôs agravo de instrumento em face de tal decisão e houve a análise por este Relator, que julgou a improcedência do recurso, assim como do agravo regimental interposto.

O magistrado a quo proferiu sentença reconhecendo o dano moral in re ipsa, de modo a condenar a empresa ré ao pagamento de indenização no valor de R$3.000,00 (três mil reais); ainda, julgou improcedente o pedido referente ao dano material, por caber ao demandante arcar com os honorários advocatícios livremente acordados, visto que a contratação de determinado patrono particular constituiu opção própria.

Ambas as partes interpuseram apelo (fls. 111/121 e 124/134).

Aberto o prazo para resposta (f. 1257), foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 163/168 e 170/181).

Vieram-me os autos conclusos.

Passo ao julgamento.

O presente recurso revela-se manifestamente inadmissível, razão pela o analiso por decisão monocrática, na forma caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, visando à instrumentalidade, celeridade e economia processual, 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.

Apenas para esclarecer, como ambos os recursos cuidam da mesma matéria, consigno que o debate será realizado de forma conjunta.

Na hipótese dos autos, restou patente que as partes combinaram que a compensação de apenas um cheque ocorreria no mês de março de 2012, porém, no referido mês houve a compensação de todos os títulos apresentados, em desrespeito ao ajuste prévio celebrado entre as partes, o que demonstra a ilicitude de sua conduta.

O Superior Tribunal de Justiça, a fim de dirimir conflitos, firmou entendimento na Súmula 370, no sentido de que em casos como o tratado neste autos, "caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado." Neste sentido, veja a jurisprudência de tal Corte Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – CHEQUE PRÉ-DATADO – APRESENTAÇÃO ANTECIPADA – DANOS MORAIS – SÚMULA 370/STJ – QUANTUM INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – IMPROVIMENTO.

1. Ultrapassar os fundamentos do Acórdão demandaria, inevitavelmente, o reexame de provas, incidindo, à espécie, o óbice da Súmula 7 desta Corte.

2. O posicionamento adotado pelo colegiado de origem se coaduna com a jurisprudência desta Corte, que é pacífica no sentido de que a apresentação antecipada do cheque pré-datado gera o dever de indenizar por dano moral, conforme o enunciado 370 da Súmula desta Corte. (...)" (STJ – 3ª Turma - AgRg nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 17.440-SC (2011/0142589-9), Relator Ministro Sidnei Beneti, julgado em 15/09/2011, DJe. 26/10/2011).

Nesta linha de raciocínio, veja-se também o entendimento adotado por este Eg. Tribunal de Justiça/MS em caso semelhante, in verbis:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CHEQUE PRÉ-DATADO. APRESENTAÇÃO ANTECIPADA. DANO MORAL CARACTERIZADO. SÚMULA N. 370/STJ. DESNECESSIDADE DE PROVA.DANO IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. DANOS MATERIAIS. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. PENA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REJEIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A apresentação antecipada do cheque pré-datado configura ato ilícito a ensejar o direito à indenização pelos danos morais, os quais independem de provas em juízo (dano in re ipsa), sendo aplicável ao caso o enunciado da Súmula n. 370/STJ.

2. 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. (...)." (AC n. 2011.034051-3/0000-00. TJ/MS. Quarta Câmara Cível. Rel. Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira. J. Em 28/02/2012).

"A situação experimentada pela parte autora carece de provas ou demonstração do dano sofrido, visto a sua natureza in re ipsa, em que o abalo é presumido, decorrendo diretamente do ato ilícito.

Assim, é cabido o pagamento de indenização por danos morais ao autor pelo ato ilícito cometido, restando-nos discutir o valor a ser arbitrado.

No ordenamento jurídico não há parâmetros legais rígidos para definir o quantum a ser fixado a título de compensação pelos danos sofridos à moral. O arbitramento de tais valores fica a critério do magistrado, que deve buscar compensar o lesado pelos prejuízos sofridos, assim como desestimular o ofensor a persistir na conduta danosa.

É cediço que a reparação do abalo moral possui finalidade preventiva e educativa, sendo utilizada para evitar que o ofensor reincida no mesmo erro por considerar a sanção civil leve, bem como para incentivar o respeito aos direitos da vítima. Ao quantificar o valor indenizatório, o magistrado deve considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e as suas conseqüências, para que a reparação do dano não constitua fonte de enriquecimento ilícito para o demandante.

Com efeito, o quantum indenizatório não pode ir além da extensão do dano experimentado, devendo ser fixado em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a constituir sanção que não enseje locupletamento ilícito e atenda satisfatoriamente aos interesses das partes, conforme vêm sendo decidido por esta Primeira Câmara Cível:

"EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CHEQUE PRÉ-DATADO. APRESENTAÇÃO PARA COBRANÇA ANTES DA DATA APRAZADA. DANO MORAL CARACTERIZADO. DANO MORAL MAJORADO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 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 e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade." (AC n. 0075275-93.2010.8.12.0001/50000. TJ/MS. Rel. Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. J. em 24/06/2014).

"EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEVEDOR ADIMPLENTE. MANUTENÇÃO DO NOME DO AUTOR EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. DANO MORAL CARACTERIZADO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO. DANO IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) Se o quantum indenizatório foi fixado em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como em razão das peculiariedades da causa, mostrando-se suficiente para a finalidade da indenização, deve seu valor ser mantido." (AC n. 2009.018908-0. TJ/MS. Rel. Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. J. em 25/04/2012).

"Compulsando os autos, é possível inferir que o demandante não impugnou as afirmações e as provas de que a empresa ré teria promovido a transferência dos valores descontados de sua conta corrente tão logo quanto soube da condição experimentada (f. 54), nem de que esta forneceu acomodação superiores no hotel do pacote de viagem comprado, presumindo-se sua veracidade.

Ademais, pelo conjunto probatório dos autos, percebe-se que o autor possuía saldo positivo no evento do qual alegou que ficou impedido de efetuar o pagamento de compras realizadas em loja de conveniência. O próprio traz confusão aos autos, quando em sua impugnação apresentou versão deste fato diferente da inicial.

Inobstante tenha restado comprovado o interesse do réu em buscar sanar o dano sofrido pelo autor, o fato é que este praticou ato ilícito ao ter compensado os cheques em data anterior ao avençado, visto que o desconto de tais valores sem o consentimento da parte, ainda que por curto período de tempo, trata-se de fato que pode comprometer o adimplemento das obrigações do ofendido.

Observo que o dano sofrido pelo autor durou cerca de três dias, visto que a compensação dos cheques ocorreu em 23/03/2012 e na data de 26/06/2012 a empresa ré procedeu com a transferência dos valores indevidamente descontados.

Diante de tais considerações, tenho que o valor arbitrado em R$ 3.000,00 (três mil reais) a título de indenização por danos morais observou bem a realidade do caso concreto, atendendo à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor, assim como os critérios contidos nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Quanto a pretensão do demandante em ser indenizado pelo valor despendido pela contratação de advogado particular, tenho que a mesma não merece prosperar, não havendo o que se falar em condenação da empresa ré em danos materiais.

A contratação de patrono particular constituiu opção do demandante, que sequer demonstrou ter buscado o auxílio da Defensoria Pública ou, ainda, a impossibilidade de demandar perante os juizados especiais, como bem aduzido pelo magistrado singular.

Não há como se compelir alguém a suportar o pagamento de uma obrigação prevista em um contrato do qual não fez parte, em razão da inexistência de previsão legal ou contratual capaz de obriga-la a arcar com despesas do patrono da parte contrária, proveniente de contrato realizado fora dos autos. Outrossim, o fato do réu ter que arcar com tal pagamento implicaria em condenação desmesurada, porquanto além de se responsabilizar pelos honorários sucumbenciais, teria de arcar com as despesas que a parte adversa teve ao decidir contratar advogado particular."

Neste sentido, a jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça/MS:

"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – LANÇAMENTO E MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME DO CONSUMIDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANOS MORAIS QUE INDEPENDEM DE PROVA – QUANTUM INDENIZATÓRIO – MANUTENÇÃO – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA – A PARTIR DA FIXAÇÃO – HONORÁRIOS CONTRATUAIS – PRETENSÃO DE QUE SEJAM ARCADOS PELA SUCUMBENTE – INCABÍVEL – CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INTUITO PROTELATÓRIO – NÃO-OCORRÊNCIA – MULTA AFASTADA – RECURSO DA REQUERIDA IMPROVIDO – RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. (...) A sucumbência não inclui em seu bojo os honorários convencionais livremente pactuados pelas partes com seus respectivos patronos, inexistindo qualquer obrigação do vencido por este pagamento, uma vez que tais honorários, em regra, são devidos pela prestação do serviço de advocacia e não pelo êxito da demanda.(...)". (AC n. 2008.027071-1, rel. Des. Paschoal C. Leandro, 4ª Turma Cível, j. 30.9.2008).

"AÇÃO DECLARATÓRIA, C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA – COBRANÇA INDEVIDA – DEVOLUÇÃO EM DOBRO – AFASTADA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MERO DISSABOR – PERDAS E DANOS – HONORÁRIOS CONTRATUAIS DA PARTE VENCEDORA – IMPOSSIBILIDADE DE CARREAR À PARTE CONTRÁRIA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) 3. A lei processual civil prevê o pagamento de honorários advocatícios pela parte sucumbente ao patrono da parte vencedora, motivo pelo qual não é devida a reparação pelos gastos decorrentes de honorários contratuais." (AC 2011.007364-3, rel. Des. Sideni S. Pimentel, 5ª Turma Cível, j. 31.3.2011).

"Pelo exposto, há de ser mantida a sentença exarada em sede de primeira instância, porquanto o magistrado singular agiu com exatidão ao condenar a empresa demandada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$3.000,00 (três mil reais), bem como ao julgar improcedente o pedido referente ao dano material.

Por tais razões, com fundamento no caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, conheço de ambos os recursos, contudo, nego-lhes seguimento."

Tomando conhecimento das súplicas dos recorrentes, tive a oportunidade de novamente analisar as questões trazidas nos apelos opostos, porém, não me convenci das razões deste agravo regimental.

Assim, como os agravantes não acresceram nada a estes recursos, de modo que pudesse haver a retratação da decisão monocrática, não se visualiza razão para alterá-la, mormente porque não trouxeram os recorrentes nenhuma prova ou fato novo que pudesse ilidir a argumentação expendida na decisão guerreada, razão pela qual mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, conheço dos recursos interpostos, contudo, nego-lhes provimento, mantendo incólume a decisão recorrida.

P.I.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

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, 19 de agosto de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0808044-76.2011.8.12.0002 – Dourados
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E RESTITUIÇÃO EM DOBRO – FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA – LANÇAMENTOS DECORRENTES DE INADIMPLEMENTO – AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO OU INTERRUPÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – DANO MORAL – AFASTADO – SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – APELO IMPROVIDO.

Os lançamentos contidos nas faturas que instruem a inicial são decorrentes do inadimplemento de faturas pretéritas, não tendo havido cobrança indevida.

Não havendo a suspensão ou interrupção da energia elétrica, bem como inscrição no cadastro de inadimplentes, não há razão para condenação em danos morais.

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, 23 de setembro de 2014.

Des. João Maria Lós - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Trata-se de Apelação (fls. 92-95) interposta por Pedro Soares em face da sentença (fls. 80-87) que, nos autos da ação declaratória c/c indenização por danos morais e restituição em dobro que promove em face de Enersul - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A, julgou improcedente o pedido inicial. Condenou ainda o autor, na forma do artigo 12 da Lei 1.060/50, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados, mediante apreciação equitativa, em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), com base no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Alega que ajuizou a presente ação, porquanto os valores cobrados pela apelada em sua conta de energia, ocorreu de forma indevida.

Assevera que a devolução dos valores cobrados indevidamente deve ser feita em dobro, conforme Código de Defesa do Consumidor.

Aduz que deve ser aplicado o dano moral, haja vista que a negligência por parte da apelada trouxe prejuízo ao apelante, pois teve que retirar de seu orçamento valores para efetuar pagamento da conta de energia sob pena de vê-la suspensa.

Por fim, pugna pelo provimento do apelo.

Contrarrazões às fls. 100-103.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator).

Trata-se de Apelação (fls. 92-95) interposta por Pedro Soares em face da sentença (fls. 80-87) que, nos autos da ação declaratória c/c indenização por danos morais e restituição em dobro que promove em face de Enersul - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A, julgou improcedente o pedido inicial. Condenou ainda o autor, na forma do artigo 12 da Lei 1.060/50, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados, mediante apreciação equitativa, em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), com base no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Como é cediço, após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar o primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença *"como suporte do acórdão que a confirme"*, nos termos da remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg. no Ag. n. 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 09.05.2006 e publicado no DJ de 29.05.2006, p. 230.

Dito isso, observo que, com relação à matéria trazida nos recursos, há que ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcreve-se trechos que servem para embasar esta decisão:

> *"Trata-se de Ação Declaratória de Desconstituição de Valores c.c. Indenização por Danos Morais e Restituição em Dobro proposta por PEDRO SOARES contra ENERSUL - EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO SUL. O feito comporta julgamento no estado em que se encontra haja vista versar sobre matéria de direito e de fato que dispensa a produção de provas em audiência, à semelhança do que dispõe o art. 330, inciso I, do CPC.*
>
> *Busca o Autor a revisão dos valores retratados nas faturas relativas ao consumo de energia elétrica durante os meses de outubro e novembro/2011, a restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente e a condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos morais, sob o argumento de que são indevidos os R$ 430,84 (quatrocentos e trinta reais e oitenta e quatro centavos) lançados na fatura de 15/outubro/2011, a título de "outros lançamentos, cobranças e serviços autorizados", bem como em virtude de cobranças indevidas embutidas na fatura de 15/novembro/2011, na cifra de R$ 1.196,61 (hum mil, cento e noventa e seis reais e sessenta e um centavos).*
>
> *Inobstante o Superior Tribunal de Justiça tenha consolidado o entendimento no sentido de que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica ou de água por dívida pretérita1 e o regramento do artigo 172, § 2º da Resolução n.*

414/2010 editada pela ANEEL vede a suspensão do fornecimento após terem decorrido noventa (90) dias da data do vencimento da fatura não paga, tenho para mim que a pretensão autoral não comporta acolhimento.

A um, porque é incontroverso (art. 334, II, CPC), que os lançamentos contidos nas faturas de fls. 7 e 9 que instruem a inicial, são decorrentes do inadimplemento das faturas vencidas nos anos de 2006, 2007 e 2008, cujos valores foram corrigidos monetariamente e acrescidos de multa moratórias, e cobrados nas faturas vencidas em 15/outubro e 15/novembro/2011.

A dois, porque o Autor não impugnou, como lhe incumbia, o conteúdo desses lançamentos e tampouco a metodologia de cálculo utilizada pela Ré, dando ensejo à presunção de que os débitos são decorrentes do atraso no pagamento daquelas faturas (anos de 2006, 2007 e 2008) e que os valores corretos.

A três, porque não houve a suspensão ou a interrupção do serviço de energia elétrica por conta de débitos antigos, não se podendo nem mesmo cogitar da exposição do consumidor ao ridículo ou a qualquer tipo de constrangimento, nos termos do artigo 42, caput, da Lei 8.078/90.

A quatro, porque não há se falar em repetição de indébito, nos termos do parágrafo único, do artigo e diploma suso referidos, porquanto restou comprovado in casu que não houve cobrança de quantias indevidas, mas de valores efetivamente indevidos.

Neste sentido, trago a lição de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, externada em comentário ao art. 941 do Código Civil, em obra coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira: A pena pela cobrança indevida será bem mais rigorosa se houver entre as partes relação de consumo. É que o Código de Defesa do Consumidor tem regra especial sobre a matéria no parágrafo único do seu artigo 42 que assim dispõe: 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. Cotejando as duas normas pode-se identificar com clareza várias diferenças entre elas. Para o Código de Defesa do Consumidor bastará que o consumidor tenha sido cobrado extrajudicialmente (usa-se ali o verbo cobrar), enquanto que pelo Código Civil será preciso cobrança judicial (refere-se a demandar), vale dizer, ação de cobrança pelo menos ajuizada. O consumidor, todavia, só terá direito à devolução em dobro daquilo que efetivamente tiver pago em excesso, não bastando a simples cobrança, como no regime civil. Para ter direito a repetir o dobro, vale insistir, é preciso que a cobrança seja indevida e tenha havido pagamento pelo consumidor (...).

2.

(destaquei).

Como visto, o Autor não pagou nada que fosse indevido ou em excesso, não fazendo jus, portanto, a indenização e/ou restituição de qualquer cifra.

E finalmente, a cinco, porque o Autor não sofreu nenhum abalo moral ou subjetivo, seja porque, como dito, não houve a interrupção indevida dos serviços de energia elétrica; seja porque nem mesmo se aventou a inscrição de seu nome nos órgãos de restrição de crédito.

Os fatos não apresentam gravidade suficiente para lesionar/afetar de modo grave/relevante a honra subjetiva do consumidor.

O transtorno causado pela cobrança está dentro da linha de riscos de uma vida em sociedade, não decorrendo daí nenhum prejuízo moral, pelo menos que seja passível de indenização pecuniária. Tal fato, embora indesejável, é fato previsível na vida em sociedade. Sofreu o Autor, no máximo, mero dissabor, incômodo e, embora desagradável a situação experimentada, não houve lesão extrapatrimonial à sua pessoa, a ponto de embasar uma pretensão à indenização por danos morais.

Os aborrecimentos vivenciados, na hipótese, devem ser interpretados como "fatos do cotidiano", que não extrapolam as raias das relações comerciais, e, portanto, não podem ser entendidos como ofensivos à reputação e idoneidade do consumidor.

[.....] Os aborrecimentos, percalços, frustrações e vicissitudes que fazem parte e estão impregnados nas contingências próprias da vida em sociedade não geram o dever de indenizar, ainda que tenham impregnado no atingido (suposto prejudicado) pelo ocorrido, certa dose de amargura, pois a reparação do dano moral não tem como objetivo amparar sensibilidades afloradas ou susceptibilidades exageradas, denotando que nem toda conduta, mesmo quando contaminada por um equívoco culposo, é passível de gerar ou autorizar o deferimento de qualquer compensação pecuniária em decorrência de mero transtorno ou aborrecimento experimentado. [.....]. 3. Não havendo a constatação de fato gerador de dano moral in casu, que impusesse a recorrente à condição humilhante ou agressora; nem constatadas também condutas abusivas capazes de indicar ato ilícito, concessa vênia o inconformismo observado, o ato guerreado restou executado nos limites da legalidade, sem excessos, humilhação, não expondo a recorrente à situação vexatória ou constrangedora, não demonstrado qualquer ilícito apto a gerar a indenização buscada. 4. As modernas tendências protetivas, regulamentadas pelo Estado no CDC – Lei n. 8.078/90, devem ser apreciadas com moderação sob pena de desviarem da sua finalidade instrumentalizadora e garantidora de direitos, descambando-se para um estímulo às atitudes casuísticas, destoantes do sistema, privilegiando abusos. Princípio geral de direito que é, e agora norma insculpida no CCB/02, art. 884, a ninguém é dado enriquecer-se sem causa. 5. Sentença mantida. Unânime." (TJDF; AC 2006.01.1.083666-8; Ac. 282241; Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais; Rel. Juiz Alfeu Machado; DJU 01/10/2007; Pág. 127).

[....] Os fatos descritos nos presentes autos não justificam a indenização por danos morais pleiteada, pois frustrações causadas por inadimplemento contratual não geram tal direito. (TJMG; APCV 1.0145.06.318252-4/0011; Juiz de Fora; Décima Quarta Câmara Cível; Relª Desª Hilda Teixeira da Costa; Julg. 21/08/2008; DJEMG 09/09/2008).

ISSO POSTO, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgo improcedente o pedido inaugural, condenando o Autor, na forma do artigo 12 da Lei 1.060/50, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados, mediante apreciação equitativa, em R$ 1.500,00 (Hum mil e quinhentos reais), com base no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, tendo em conta a pouca complexidade da causa, tempo e trabalho exigidos do profissional para o seu patrocínio."

Desse modo, entendo que não há razão para modificação da sentença objurgada, devendo ser mantida em todos os seus termos.

A propósito:

"(...) Afasta-se a condenação em reparação por danos morais quando não evidenciada nenhuma atitude relevante que importasse real abalo na esfera anímica do consumidor, porquanto não inserido o nome dele nos cadastros de proteção ao crédito ou interrompido o fornecimento de energia elétrica, configurando a simples cobrança indevida de débito mero aborrecimento do cotidiano. Providas em parte as insurgências

do recurso de apelação, as despesas processuais e os honorários de advogado devem ser suportados proporcional e reciprocamente pelas partes (CPC, art. 21, caput).” (Apelação – N. 0006345-23.2010.8.12.0001; Des. Divoncir Schreiner Maran; 1ª Câmara Cível; 29 de outubro de 2013).

“APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE OBRIGAÇÃO C/C DANOS MORAIS ROMPIMENTO NO LACRE DO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA CULPA NÃO COMPROVADA DO CONSUMIDOR CUSTO ADMINISTRATIVO ADICIONAL INAPLICABILIDADE DANO MORAL NÃO CONFIGURADO MERO ABORRECIMENTO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A inviabilidade da cobrança qualificada como custo administrativo adicional pela concessionária de energia elétrica decorre da não comprovação da conduta culposa do consumidor no rompimento do lacre do medidor de energia assim como por não demonstrar o custo efetivamente despendido durante o incidente, não sendo ele de aplicação automática e puramente subjetiva. A simples cobrança de valores indevidos pela concessionária, sem qualquer prova de que foram efetivamente pagos ou de que tenha havido o corte no fornecimento de energia elétrica, ou mesmo a inscrição em órgão de proteção ao crédito, termina por enquadrar a situação em mero aborrecimento do consumidor, não configurando qualquer dano indenizável” (TJ/MS. Apelação Cível n. 2012.014730-5. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Vladimir Abreu da Silva. Julgamento 28.6.2012) (grifo nosso).

Por tais razões, conheço do recurso, porém, 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. Divoncir Schreiner Maran.

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, 23 de setembro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4005491-56.2013.8.12.0000/50001 – Sidrolândia
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INDISPONIBILIDADE DE BENS – MEDIDA EXTREMA – AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR – *PERICULUM IN MORA* E *FUMUS BONI IURIS* – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO REGIMENTAL QUE NENHUM ELEMENTO NOVO TROUXE, QUE LEVASSE O RELATOR A SE RETRATAR DA DECISÃO PROLATADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A mera afirmação de que a medida visa assegurar ressarcimento, na hipótese de condenação, sem a devida comprovação do dano, não basta para a concessão de liminar de indisponibilidade de bens. A medida cautelar de indisponibilidade de bens só tem cabimento quando estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

2. O *fumus boni iuris* não encontra-se presente posto que os documentos de fls. 2.094/3.011 demonstram que existiram termos de ajuste firmados entre o Poder Executivo e a associação dos universitários, nos estritos termos da legislação autorizadora. Além disso, os documentos de fls. 122, 126, 130, 134, 140, 144, 155, 159, 164, 169, 174, 178, 182, 186, 190, 198, 202, 206, 1.648/2.092 e 4.152/4.267 comprovam que os serviços de transporte universitário foram efetivamente prestados pelo Município e fruídos pelos alunos, de forma que não é possível condenar o ex-prefeito a arcar com despesas que eram de responsabilidade do município. Por fim, não há indício, ainda, de prejuízo ao erário, na medida que os documentos de fls. 4.268/4.297 comprovam os preços praticados na gestão do agravante eram inferiores aos adotados na atual gestão do Município, ou seja, o valor pago às empresas de transporte era menor ao que é pago atualmente.

3. O *periculum in mora,* posto que não há demonstração objetiva de atos que revelem o desiderato do agravante no sentido de desviar, dilapidar ou desfazer-se dos bens para frustrar eventual ressarcimento ao erário, de forma que a mera afirmação de que a medida visa assegurar ressarcimento, na hipótese de condenação, sem a devida comprovação do dano, não basta para sua concessão.

4. Mantém-se decisão prolatada em agravo de instrumento, se no agravo regimental o recorrente nenhum elemento novo trouxe, que pudesse levar o relator a se retratar da decisão prolatada.

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. O Des. Sérgio declarou-se impedido.

Campo Grande, MS, 22 de julho de 2014.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Ministério Público Estadual interpõe agravo regimental em agravo de instrumento, face da decisão de fls. 19/25 que, nos autos da ação civil pública que move em face de Daltro Fiúza, deu provimento ao agravo de instrumento a fim de seja afastada a ordem de indisponibilidade de bens do agravante Daltro Fiúza.

Sustenta, em síntese, que o agravado está sendo responsabilizado por sua conduta omissa quanto à fiscalização dos atos sob sua responsabilidade e repasses irregulares de verbas públicas, o que teria causado um prejuízo aos cofres municipais.

Defende que, no caso, deve ser concedida a liminar de indisponibilidade de bens, posto que as provas coligidas nos autos são suficientes para a devida demonstração do *fumus boni iuris*.

Assevera que para o preenchimento dos requisitos para a concessão não se fazem necessárias provas cabais ou definitivas da lesão, mas apenas razoáveis elementos configuradores, sendo suficiente para o reconhecimento do *fumus boni iuris* da medida de indisponibilidade de bens, a existência de dúvidas acerca da lesão causada pelos requeridos ao patrimônio público.

Aduz que para a concessão da medida cautelar de indisponibilidade de bens, com fulcro no artigo 7º da Lei n. 8.429/92, cujo juízo se baseia em cognição superficial e não exauriente, basta a suspeita, a dúvida de lesão ao patrimônio público fundada em razoáveis elementos configuradores.

Requer, assim, a reconsideração da decisão monocrática ou que seja submetido o presente agravo regimental ao julgamento da colenda 1ª Câmara Cível para que seja conhecido e provido, no sentido de negar provimento ao recurso de Agravo de Instrumento interposto por Daltro Fiúza, mantendo inalterado o deferimento da tutela antecipada que determinou a indisponibilidade dos bens em nome do requerido.

VOTO (EM 15.07.2014)

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator).

Trata-se de agravo regimental interposto por Ministério Público Estadual em face da decisão de fls. 19/25 que, nos autos da ação civil pública que move em face de Daltro Fiúza, deu provimento ao agravo de instrumento a fim de seja afastada a ordem de indisponibilidade de bens do agravante.

Sustenta, em síntese, que o agravado está sendo responsabilizado por sua conduta omissa quanto à fiscalização dos atos sob sua responsabilidade e repasses irregulares de verbas públicas, o que teria causado um prejuízo aos cofres municipais.

Defende que, no caso, deve ser concedida a liminar de indisponibilidade de bens, posto que as provas coligidas nos autos são suficientes para a devida demonstração do *fumus boni iuris*.

Assevera que para o preenchimento dos requisitos para a concessão não se fazem necessárias provas cabais ou definitivas da lesão, mas apenas razoáveis elementos configuradores, sendo suficiente para o reconhecimento do *fumus boni iuris* da medida de indisponibilidade de bens, a existência de dúvidas acerca da lesão causada pelos requeridos ao patrimônio público.

Aduz que para a concessão da medida cautelar de indisponibilidade de bens, com fulcro no artigo 7º da Lei n. 8.429/92, cujo juízo se baseia em cognição superficial e não exauriente, basta a suspeita, a dúvida de lesão ao patrimônio público fundada em razoáveis elementos configuradores.

Requer, assim, a reconsideração da decisão monocrática ou que seja submetido o presente agravo regimental ao julgamento da colenda 1ª Câmara Cível para que seja conhecido e provido, no sentido de negar provimento ao recurso de Agravo de Instrumento interposto por Daltro Fiúza, mantendo inalterado o deferimento da tutela antecipada que determinou a indisponibilidade dos bens em nome do requerido.

É a síntese do necessário. Passo à análise.

Através do presente recurso a parte agravante não apresentou razões diversas, senão àquelas expostas nas contrarrazões do agravo de instrumento, insuficientes, portanto, a ensejar a reconsideração da decisão agravada.

Assim, reporto-me aos mesmos fundamentos que culminaram no provimento do agravo de instrumento, adotando-os como razões de decidir.

Em razão do agravo regimental interposto, das razões nele contidas e, principalmente, dos últimos julgados do C. Superior Tribunal de Justiça e da E. 1ª Câmara Cível quanto à matéria objeto dos autos, em exercício de retratação, torno sem efeito a decisão agravada (fls. 4.339-4.344).

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Daltro Fiúza em face da decisão proferida nos autos da ação civil pública n. 0801363-24.2012.8.12.0045 ajuizada pelo Ministério Público Estadual, que determinou, em sede de liminar, a indisponibilidade dos bens do agravante até o montante de R$ 1.643.284,83.

Colhe-se dos autos que a ação de improbidade foi movida em face do ora recorrente, do Município de Sidrolândia, da Associação dos Universitários de Sidrolândia e seus respectivos presidente e ex-presidentes, apontando irregularidades no repasse de verbas da prefeitura à citada Associação que fornecia transporte aos acadêmicos de Sidrolândia até as respectivas faculdades (especialmente para Campo Grande).

Requer o agravante seja afastada a ordem de indisponibilidade de bens decretada na origem. Desta forma, em razão do efeito devolutivo deste agravo, cinge-se verificar se estão presentes, ou não, os requisitos autorizadores para a decretação da indisponibilidade dos bens do agravante.

Pois bem.

Verifica-se no comando do artigo 7º, da Lei n. 8.429/1992, que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender estarem presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, sendo que o *periculum in mora* está implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, segundo a qual *"os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível"*.

Neste contexto, a concessão de liminar depende do preenchimento de dois requisitos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Vale dizer, para a concessão de tutela de urgência, qualquer que seja, baseada em cognição sumária, exige-se aparência de razão e perigo de dano decorrente da espera do provimento final.

É o que está disposto no Código de Processo Civil:

> *"Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer".*

Aliás, sobre o tema, leciona Humberto Theodoro Júnior:

> *"As medidas cautelares representam, quase sempre, restrições de direito e imposição de deveres extraordinários ao requerido.*
>
> *Reclamam, por isso, demonstração, ainda que sumária, dos requisitos legais previstos para a providência restritiva excepcional que tendem a concretizar, requisitos esses que devem ser apurados em contraditório segundo o princípio geral que norteia todo o espírito do Código.*
>
> *(...)*
>
> *Atento à finalidade preventiva do processo cautelar, o Código permite ao juiz conceder medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz (art. 804). A concessão de liminar, todavia, não depende de estar o requerente na iminência de suportar ato do requerido que venha a provocar a consumação do dano temido. O perigo tanto pode derivar de conduta do demandado como de fato natural. O que justifica a liminar é simplesmente a possibilidade de o dano consumar-se antes da citação, qualquer que seja o motivo. Impõe-se o provimento imediato, porque se se tiver de aguardar a citação, o perigo se converterá em dano, tornando tardia a medida cuja finalidade é, essencialmente, preveni-lo."* (Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 387).

In casu, em um juízo de cognição sumário, denota-se que os documentos trazidos pelo Ministério Público Estadual, ora recorrido, são insuficientes, a meu ver, para que se conceda, neste momento, a liminar de indisponibilidade de bens do agravante.

Isso porque, no caso em exame, ambos os pressupostos autorizadores da medida não se põem em evidência. O primeiro deles, qual seja, o *fumus boni iuris,* não encontra-se presente posto que os documentos de fls. 2.094/3.011 demonstram que existiram termos de ajuste firmados entre o Poder Executivo e a associação dos universitários, nos estritos termos da legislação autorizadora.

No mais, observo ainda que os documentos de fls. 122, 126, 130, 134, 140, 144, 155, 159, 164, 169, 174, 178, 182, 186, 190, 198, 202, 206, 1.648/2.092 e 4.152/4.267 comprovam que os serviços de transporte universitário foram efetivamente prestados pelo Município e fruídos pelos alunos, de forma que, ao menos em cognição sumária, não é possível que o ex-prefeito, ora agravante, arque com despesas que eram de responsabilidade do município.

Importante esclarecer que não há, ainda, qualquer indício de prejuízo ao erário, na medida que os documentos de fls. 4.268/4.297 comprovam os preços praticados na gestão do agravante eram inferiores aos adotados na atual gestão do Município, ou seja, o valor pago às empresas de transporte era menor ao que é pago atualmente.

Por fim, tenho que ausente, ainda, o *periculum in mora,* posto que não há demonstração objetiva de atos que revelem o desiderato do agravante no sentido de desviar, dilapidar ou desfazer-se dos bens para frustrar eventual ressarcimento ao erário, de forma que a mera afirmação de que a medida visa assegurar ressarcimento, na hipótese de condenação, sem a devida comprovação do dano, não basta para sua concessão.

Aliás, em casos análogos, assim vem decidindo os tribunais pátrios:

"PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - EX-PREFEITO MUNICIPAL - LIMINAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DO PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS OU DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE - INDEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. Conquanto o deferimento da medida de indisponibilidade dos bens prevista no art. 7º da Lei n. 8.429/92 em princípio dispense a prova da dissipação do patrimônio do requerido, não é de se concedê-la quando ausente a demonstração do prejuízo causado aos cofres públicos e ou do enriquecimento ilícito do agente.

2. Recurso não provido" (Agravo de Instrumento Cv 1.0183.11.003612-0/001, Rel. Des.(a) Edgard Penna Amorim, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/01/2013, publicação da súmula em 14/02/2013).

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI N. 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PERICULUM IN MORA. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA. FUMUS BONI IURIS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL PROPORCIONAL À LESÃO E AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RESPECTIVO. BENS IMPENHORÁVEIS. EXCLUSÃO.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7º da Lei n. 8.429/92, sem a demonstração do risco de dano (periculum in mora), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado.

2. Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei n. 8.429/92 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas.

Dentre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º do referido diploma legal.

3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o fumus boni juris (plausibilidade do direito alegado) e o periculum in mora (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da L.I.A., não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o periculum in mora não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, § 4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º).

5. A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.

6. Verifica-se no comando do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in

mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

7. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Precedentes: (REsp 1315092/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Julgado Em 05/06/2012, Dje 14/06/2012; Agrg no Aresp 133.243/Mt, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, Julgado Em 15/05/2012, Dje 24/05/2012; Mc 9.675/Rs, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado Em 28/06/2011, Dje 03/08/2011; Edcl No Resp 1211986/Mt, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 09/06/2011).

(...)

9. A decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial.

(...)

15. Recurso Especial não provido" (STJ; REsp 1319515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDISPONIBILIDADE DE BENS – MEDIDA EXTREMA – AUSÊNCIA DE UM DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR – PERICULUM IN MORA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A mera afirmação de que a medida visa assegurar ressarcimento, na hipótese de condenação, sem a devida comprovação do dano, não basta para a concessão de liminar de indisponibilidade de bens.

A medida cautelar de indisponibilidade de bens só tem cabimento quando estão presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora" (TJMS; Agravo de Instrumento n. 2007.018189-9; Órgão Julgador: Quarta Turma Cível; relator: Desembargador Rêmolo Letteriello; julgado em 04.03.2008).

Por derradeiro, não há como acolher a tese do agravado de acerca dos *"fortes indícios de improbidade administrativa"* mormente pelo fato de que o próprio Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul julgou regulares as contas prestadas pelo agravante (fls. 3.853/3.857).

Por tal razão, diante da ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, deve ser reformada a decisão do juiz *a quo* que deferiu a decretação de indisponibilidade de bens do agravante.

Posto isto, torno sem efeito a decisão de fls. 4.339-4.344 e, com fulcro no art. 557, § 1º – A, dou provimento ao agravo de instrumento a fim de seja afastada a ordem de indisponibilidade de bens do agravante Daltro Fiúza.

No caso em apreço, entendo que o presente recurso de agravo regimental não merece ser provido, mantendo-se a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Conforme delineado na decisão monocrática, a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender estarem presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, sendo que o *periculum in mora* está implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, segundo a qual *"os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível"*.

Neste contexto, é certo que a concessão de liminar depende do preenchimento de dois requisitos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. No caso dos autos, denota-se que os documentos trazidos pelo Ministério Público Estadual, ora recorrido, são insuficientes, a meu ver, para que se conceda, neste momento, a liminar de indisponibilidade de bens do agravante. Isso porque, no caso em exame, ambos os pressupostos autorizadores da medida não se põem em evidência.

Com efeito, o *fumus boni iuris* não encontra-se presente posto que os documentos de fls. 2.094/3.011 demonstram que existiram termos de ajuste firmados entre o Poder Executivo e a associação dos universitários, nos estritos termos da legislação autorizadora. Além disso, os documentos de fls. 122, 126, 130, 134, 140, 144, 155, 159, 164, 169, 174, 178, 182, 186, 190, 198, 202, 206, 1.648/2.092 e 4.152/4.267 comprovam que os serviços de transporte universitário foram efetivamente prestados pelo Município e fruídos pelos alunos, de forma que não é possível condenar o ex-prefeito a arcar com despesas que eram de responsabilidade do município. Por fim, não há indício, ainda, de prejuízo ao erário, na medida que os documentos de fls. 4.268/4.297 comprovam os preços praticados na gestão do agravante eram inferiores aos adotados na atual gestão do Município, ou seja, o valor pago às empresas de transporte era menor ao que é pago atualmente.

Ausente, ainda, o segundo requisito, qual seja, o *periculum in mora,* posto que não há demonstração objetiva de atos que revelem o desiderato do agravante no sentido de desviar, dilapidar ou desfazer-se dos bens para frustrar eventual ressarcimento ao erário, de forma que a mera afirmação de que a medida visa assegurar ressarcimento, na hipótese de condenação, sem a devida comprovação do dano, não basta para sua concessão.

Portanto, outro remédio não há que não o de manter a decisão pelos seus próprios fundamentos. Diante do exposto, conheço do presente recurso de agravo regimental, contudo, nego-lhe provimento.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (1º Vogal).

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Sérgio Fernandes Martins), após o relator e o 1º vogal negarem provimento ao recurso.

VOTO(EM 22.07.2014)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (2º Vogal).

Pedi vistas apenas para verificar se já havia declarado expressamente o meu impedimento para atuar no presente feito, o que pude confirmar ao rever o despacho de f. 4.306 dos autos.

Desse modo, reitero meu impedimento já reconhecido no despacho acima referido.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (2º Vogal Convocado).

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. o Des. Sérgio declarou-se impedido.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, MS, 22 de julho de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0026336-14.2012.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONDUTOR QUE ESTAVA EMBRIAGADO NO MOMENTO DO ACIDENTE – PREVISÃO DE EXCLUSÃO DA COBERTURA NESTES CASOS – AGRAVAMENTO DO RISCO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 11 de setembro de 2014.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Sul América Cia Nacional de Seguros S/A interpõe recurso de apelação, contra a decisão de 1° Grau que julgou parcialmente procedente a ação de cobrança de seguro c/c indenização por danos morais intentada por Marcos Felipe Santos Rocha.

O magistrado de instância singela entendeu que, apesar de estar sob influência de álcool, o autor/apelado tem direito à cobertura do seguro automotivo contratado tendo em vista que não há nos autos provas de que esta tenha sido a causa preponderante para ocorrência do sinistro.

A seguradora, inconformada com a decisão *a quo* interpôs o presente recurso afirmando que está devidamente comprovado nos autos que o apelado estava embriagado quando da ocorrência do sinistro. Alega que tal fato, por si só causa agravamento do risco e ainda, é infração administrativa prevista no código de trânsito. Assevera que o apelado/autor tinha total consciência da cláusula da apólice que previa a exclusão da cobertura se o motorista estivesse sob influência de álcool. Menciona ainda, os artigos 768 e 769 do Código Civil, onde há previsão legal sobre o agravamento do risco. Alternativamente, requer seja descontado do valor a ser pago ao apelado o *quantum* referente ao ônus da franquia e, prequestiona a matéria.

Contrarrazões às fls. 237/284.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator).

Sul América Cia Nacional de Seguros S/A interpõe recurso de apelação, contra a decisão de 1° Grau que julgou parcialmente procedente a ação de cobrança de seguro c/c indenização por danos morais intentada por Marcos Felipe Santos Rocha.

Em suma, a seguradora requer a reforma da sentença fundamentando que o autor/apelado estava embriagado e, por esse motivo não tem o direito à cobertura contratada no seguro, isso em virtude de previsão expressa na apólice.

Sobre a matéria dispõe o Código Civil de 2002:

> *"Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.*
>
> *Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.*
>
> *§ 1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato.*
>
> *§ 2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio."*

Da simples leitura dos dispositivos acima mencionados nota-se que o segurado perderá o direito da cobertura contratada em caso de agravamento do risco previsto no contrato, ou seja, se o contratante/consumidor aumentar a possibilidade de ocorrência do sinistro, por exemplo.

No caso dos autos, tenho que o fato do apelado estar conduzindo o veículo embriagado, por si só, constitui agravamento do risco, sendo, inclusive, crime de trânsito previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Ora, ninguém pode alegar que desconhece a lei.

Neste mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *"CIVIL. SEGURO DE VIDA. EMBRIAGUEZ. A cláusula do contrato de seguro de vida que exclui da cobertura do sinistro o condutor de veículo automotor em estado de embriaguez não é abusiva; que o risco, nesse caso, é agravado resulta do senso comum, retratado no dito "se beber não dirija, se dirigir não beba". Recurso especial não conhecido."* (REsp 973725/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 15/09/2008).

Tal matéria também já foi julgada neste Tribunal:

> *"EMENTA- AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - CLÁUSULA LIMITATIVA DO DIREITO DO SEGURADO - DIFERENÇA COM CLÁUSULA ABUSIVA - EMBRIAGUEZ NA DIREÇÃO DO VEÍCULO - SEGURADO QUE DÁ CAUSA EXCLUSIVA AO ACIDENTE - CRIME CAPITULADO NO CÓDIGO BRASILEIRO DE TRÂNSITO (ART. 306) - SENSO COMUM DE QUE A EMBRIAGUEZ É INCOMPATÍVEL COM O ATO DE DIRIGIR VEÍCULO - AGRAVAMENTO DO RISCO POR PARTE DO SEGURADO - INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR PELA SEGURADORA - RECURSO PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA E JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO INDENIZATÓRIO CONTIDO NA INICIAL. Não se deve confundir, no contrato de seguro, ainda que regido pelo Código de Defesa do Consumidor, a existência de cláusula limitativa, fundada na legislação nacional, com cláusula abusiva, apenas esta última devendo assim ser declarada quando não redigida com destaque e do pleno conhecimento do segurado. O ato de dirigir veículo em estado de embriaguez é crime, assim capitulado como tal no artigo 306 do Código Brasileiro de Trânsito ("conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência"). Se*

existe cláusula contratual que exonera a seguradora do pagamento da indenização por danos causados ao segurado ao seu próprio veículo, ou em veículo de terceiro, ou ainda danos pessoais, tal cláusula deve ser interpretada como limitativa do direito do segurado, posto que fundada na lei, e não abusiva, de sorte que não se deve declarar sua nulidade. A existência do risco de provocar um acidente de trânsito pelo fato de dirigir embriagado deriva do senso comum, de sorte que é defeso ao segurado alegar o desconhecimento da cláusula em comento, porque é norma contratual que decorre diretamente da lei e o conhecimento da lei é presumido. Há abuso de direito por parte do segurado e, também, ofensa ao princípio da boa-fé objetiva que preside os contratos em geral (artigo 422 do C.C.) na pretensão de querer receber o valor do seguro em decorrência de um acidente que só foi causado por sua exclusiva falta de responsabilidade, colocando a vida de terceiros, inclusive, em risco. Recurso conhecido e provido, com reforma da decisão monocrática e, outrossim, com julgamento do recurso de apelação, ao qual se dá provimento para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, com inversão dos ônus da sucumbência." (Agravo Regimental n. 0005734-10.2010.8.12.0021, Rel. Designado Des. Dorival Renato Pavan, julgamento realizado em 19/03/2013).

"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – SEGURO DE VEÍCULO - RECUSA DE COBERTURA PELA SEGURADORA PORQUE O CONDUTOR ESTAVA SOB EFEITO DE ÁLCOOL - APLICABILIDADE DO CDC NA INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO - CLÁUSULA LIMITATIVA DA COBERTURA REDIGIDA DE MANEIRA CLARA - CIÊNCIA TOTAL DA COBERTURA PELO CONSUMIDOR - BOA-FÉ DA SEGURADORA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos casos que envolvem relação de consumo, tais como contratos de seguro. Assim, em atenção ao Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47/CDC). O ordenamento jurídico autoriza a limitação, pela seguradora, da extensão da cobertura do contrato de seguro, devendo as cláusulas limitativas serem redigidas de maneira clara, sob pena de afronta ao princípio da boa-fé contratual. Se a parte tinha total ciência da perda do direito à indenização da apólice, não há razão para se obrigar a seguradora a arcar com a indenização por conta de fato não coberto, qual seja, sinistro automobilístico ocorrido quando o condutor estava sob efeito de álcool. Recurso conhecido e improvido." (Apelação Cível 0009525-50.2011.8.12.0021, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgamento realizado em 25/09/2012).

No que diz respeito à comprovação do fato do autor/apelado estar sob influência de álcool ou não, tenho que nos autos o fato restou suficientemente comprovado. Vejamos:

"Condutor recusou-se a realizar o teste de alcoolemia, sendo feito o termo de constatação de embriaguez n. 878400/2011. O condutor foi encaminhado a DEPAC Centro." (f. 28).

"Que pelo fato do cruzamento ter sinaleiro é difícil identificar quem estava errado, não sendo possível identificar quem desrespeitou a sinalização; Que o depoente pediu para o depoente do veículo Montana, Sr. Marcos Felipe S. Rocha fazer o teste de alcoolemia, mas ele se recusou, mesmo assim foi possível constatar no local que Marcos apresentava os seguintes sintomas de embriaguez: aparência sonolenta, odor de álcool no hálito, com atitude dispersa; Que o depoente se lembra que Marcos disse que havia tomado bebida alcoólica antes do acidente, mas não disse a quantidade, nem o que havia consumido;" (depoimento do policial militar Gustavo dos Santos Oliveira - f. 270).

"Que Marcos comentou com o depoente que havia tomado cerveja à tarde, motivo pelo qual não faria o teste de alcoolemia; Que devido ao horário não foi possível encontrar testemunhas que tivesse presenciado a colisão; Que o depoente esclarece que Marcos apresentava sinais de sonolência, estava com atitude dispersa e com odor de álcool no hálito..." (depoimento do policial militar Paulo Moises Honorato - f. 271).

Ainda, destaco que, apesar das matérias divulgadas na impressa e juntadas pelo apelado, ao ler os relatos testemunhais e o laudo pericial tenho não há nos autos prova de que o condutor da motocicleta é que tenha avançado o sinal vermelho, veja-se:

> *"A provável causa determinante do evento terá sido o desrespeito à sinalização semafórica por parte de um dos condutores dos veículos envolvidos, vindo a interceptar a trajetória prioritária do outro condutor. Remetendo ao âmbito de provas outras a verificação de quem teria desrespeitado a sinalização semafórica.*
>
> *(...)*
>
> *Quando ao excesso de velocidade com que estava animado o veículo V2 (Caminhonete GM/Montana) foi fator agravante das consequências (danos e lesões) geradas pelo evento."* (conclusão do laudo pericial - f. 283).

Conclusão

Diante do exposto, sem mais delongas, conheço do recurso de apelação interposto por Sul América Cia Nacional de Seguros, dando-lhe provimento, para afastar a condenação imposta pelo magistrado de 1° grau e, consequentemente, inverto o ônus de sucumbência, fixando os honorários advocatícios em R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais).

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. Sideni Soncini Pimentel.

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, 11 de setembro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0069678-80.2009.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MORTE EM ACIDENTE DE TRÂNSITO – INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA –RECONHECIMENTO DE CULPA CONCORRENTE – FALTA DE ATENÇÃO E CAUTELA DO MOTORISTA DE ÔNIBUS – DANOS MORAIS FIXADOS DE ACORDO COM A PROPORÇÃO DE RESPONSABILIDADE DE CADA UM DOS ENVOLVIDOS NO SINISTRO – IMPOSSIBILIDADE DE PENSIONAMENTO MENSAL – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 14 de agosto de 2014.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Maria do Socorro Moreira Lopes e outros apelam da decisão de 1° Grau que julgou improcedente o pedido de indenização, por morte em acidente de trânsito, formulado em desfavor da Viação Cidade Morena Ltda.

O magistrado singular entendeu que os apelantes não faziam jus à indenização pleiteada, fundamentando que o acidente que atingiu fatalmente a vítima Catarina Luiz Lopes se deu por culpa exclusiva da vítima.

Aduzem os apelantes (filhos e esposo da vítima) que o acidente ocorreu em um local de extremo movimento, com fluxo intenso de pedestres e veículos (Rua 13 de maio, quase esquina com Av. Afonso Pena), em virtude da existência de vários pontos de ônibus ao redor da Praça Ary Coelho. Alegam que quando a vítima foi atingida pelo ônibus, de propriedade da apelada, estava atravessando a rua na faixa de pedestres. Afirmam ainda, que o motorista do ônibus não prestava a devida atenção quando transitava pela Rua 13 de maio, agindo com imprudência.

Contrarrazões às fls. 479/482.

Parecer da P.G.J. às fls. 418/425, opinando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator).

Conforme acima relatado, Maria do Socorro Moreira Lopes e outros apelam da decisão de 1° Grau que julgou improcedente o pedido de indenização, por morte em acidente de trânsito, formulado em desfavor da Viação Cidade Morena Ltda.

Do dever de indenizar:

O magistrado singular entendeu que os apelantes não faziam jus à indenização pleiteada, fundamentando que o acidente que atingiu fatalmente a vítima Catarina Luiz Lopes se deu por culpa exclusiva da vítima, por entender das provas dos autos que a vítima "entrou de inopino na frente do ônibus".

Da simples leitura da sentença de 1° Grau e das razões recursais, verifica-se que é inconteste o fato de que Catarina Luiz Lopes foi vítima fatal de atropelamento (acidente de trânsito) causado por um ônibus de propriedade da apelada em 21/08/2007. Assim, a controvérsia resta apenas no que diz respeito a dinâmica dos fatos, bem como a eventual "culpa exclusiva da vítima".

Compulsando os autos, verifico que as provas que nele constam são bem controvertidas, defendendo cada uma das partes o que lhe é de interesse, por isso o feito merece especial análise do conjunto probatório.

Segundo o que consta, a vítima Catarina Luiz Lopes estava atravessando a Rua 13 de Maio na companhia de sua filha Helena Moreira Lopes, quando esta foi atingida por uma motocicleta. Ao se deparar com a situação Catarina, que já estava um pouco mais a frente, retornou para prestar auxílio à sua filha Helena, quando neste momento foi atingida pelo ônibus de propriedade da empresa apelada.

Pois bem, neste momento é que surge a controvérsia, tendo em vista que o motorista do ônibus afirma que estava trafegando em baixa velocidade e a vítima apareceu de repente na sua frente, não havendo tempo hábil para evitar o sinistro; enquanto que a família da vítima afirma que a mesma estava atravessando na faixa de pedestres e o motorista do ônibus estava em velocidade incompatível com o local, bem como desatento ao que acontecia a sua frente.

Dispõe o Código Brasileiro de Trânsito:

> *"Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.*
>
> *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;*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres."*

Da simples leitura dos dispositivos acima mencionados, bem como dos relatos testemunhais, tenho que o caso dos autos não se trata de hipótese de culpa exclusiva da vítima, uma vez que além das determinações legais de cuidado ao motorista, o local onde ocorreu o acidente que vitimou a senhora Catarina possui intenso fluxo de veículos e pessoas, principalmente em virtude da existência de diversos pontos de ônibus ao redor da Praça Ary Coelho, e também por se tratar de duas das principais vias de acesso ao centro da cidade (Av. Afonso Pena e Rua 13 de Maio), ou seja, deveria o condutor do ônibus ter atenção redobrada.

Observa-se ainda que, segundo o que consta do Relatório de Acidente de Trânsito de fl. 55, o clima estava bom, era dia (14:01 horas), o asfalto estava seco e o motorista transitava em linha reta, podendo-se concluir que o condutor do veículo tinha condições de evitar o sinistro.

Nem se diga o fato de que naquele exato momento havia acabado de acontecer ali (na outra faixa de rolamento) um acidente entre um motociclista e um pedestre, o que deveria fazer com que o motorista do ônibus estivesse ainda mais atento ao movimentos e acontecimentos ao seu redor, em virtude de possível socorro a ser prestado aos envolvidos no sinistro anterior.

Ora, ainda que a vítima tenha de alguma forma concorrido para ocorrência do evento danoso, entendo que o caso dos autos deve ser enquadrado, no mínimo, como culpa concorrente, na forma descrita nos artigos 944, parágrafo único e 945 do C.C., de forma que ambos os envolvidos no sinistro tiveram sua parcela de culpa e poderiam ter evitado seu acontecimento, veja-se:

> *"Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.*
>
> *Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.*
>
> *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."*

Assim, por mais que a vítima não estivesse atravessando na faixa de pedestres no momento do sinistro, ou voltado "de inopino" para socorrer sua filha, deve ser reconhecida a culpa concorrente do motorista do ônibus, o qual não conduzia o veículo com a devida atenção.

Neste mesmo sentido são os ensinamentos de Rui Stoco, *"ainda que o pedestre tenha sido descuidado, mas, ainda assim, o acidente não ocorreria caso o motorista tivesse sido mais diligente e atencioso, então está-se diante da culpa concorrente."* (Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.398).

Neste sentido é o entendimento dos Tribunais pátrios:

> *"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. Ação de indenização por morte. Atropelamento de pedestre por ônibus coletivo. Nexo de causalidade configurado. Danos morais. Redução do quantum. Inviabilidade. Julgamento extra petita. Impossibilidade de revisão. Enunciado N. 7/STJ. Agravo desprovido."* (Superior Tribunal de Justiça - STJ; AREsp 261.247; Proc. 2012/0247930-6; PE; Terceira Turma; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; DJE 12/11/2013).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. Atropelamento de pedestre que cruzava a pista de rolamento fora da faixa. Pedido julgado improcedente. Inconformismo. Responsabilidade pelo evento. Culpa concorrente (art. 945 do Código Civil). Motorista que age de modo imprudente ao não se*

ater ao disposto nos arts. 28 e 29 do Código de Trânsito Brasileiro. Local com movimento intenso de pedestres. Proximidade ao terminal municipal de ônibus e ao camelódromo. Ausência de cautela do condutor. Dever de indenizar os danos sofridos, na proporção de 50%. Pedestre que também deve responder por sua imprudência ao atravessar via movimentada fora da faixa ou passarela. Presença dos elementos da responsabilidade civil. Danos morais. Angústia e sofrimento físico. Fratura de clavícula e joelho. Internação em hospital. Efeitos que ultrapassam o mero dissabor. Verba devida e fixada em R$ 10.000,00. Inversão dos ônus da sucumbência. Litisdenunciada. Contrato de seguro. Apólice que prevê num campo a cobertura para danos morais e noutro a exclui. Contradição. Interpretação mais favorável ao consumidor (art. 47 do Código de Defesa do Consumidor). Danos corporais que compreendem os morais. Solidariedade. Dever de suportar a condenação, além das custas e honorários advocatícios da lide secundária. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-SC; AC 2008.049208-7; Capital; Quarta Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Victor José Sebem Ferreira; Julg. 20/11/2013; DJSC 29/11/2013; Pág. 457).

Matéria que também já foi objeto de análise por esta 5ª Câmara Cível:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE TRÂNSITO. EMPRESA DE TRANSPORTES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CULPA DE TERCEIRO REJEITADA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA E CULPA CONCORRENTE AFASTADAS. DANOS MORAIS MANTIDOS. RECURSO IMPROVIDO. Em consonância com a doutrina e jurisprudência das Cortes Superiores, em razão da apelante ser concessionária de serviço público, trata-se de hipótese de responsabilidade objetiva (risco administrativo), nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que prevê que "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". 2. Ainda que o sinal estivesse verde tanto para o ônibus, como para o pedestre, pelas normas de trânsito, cabia ao motorista atenção redobrada, principalmente porque naquele momento era grande o fluxo de pedestres. Afora isso, inexiste nos autos qualquer assertiva no sentido de que se tratava de recente sinalização (sem qualquer aviso complementar), de forma que não há se falar em culpa exclusiva de terceiro, ou seja, do município de Campo Grande. 3. No que se refere a alegada culpa exclusiva da vítima, necessário se faz observar que de acordo com o relatório de acidente de trânsito, o atropelamento deu-se no momento em que a vítima atravessava pela faixa de pedestre, e apesar da apelante ter apresentado rol de testemunhas, a fim de corroborar sua defesa, não houve qualquer insurgência em grau de recurso quanto a não designação de audiência para a respectiva oitiva, após a apresentação do laudo pericial. Portanto, verificada a ausência de prova quanto a culpa exclusiva, e até mesmo quanto a culpa concorrente da vítima, não restam dúvidas com relação à responsabilidade objetiva da apelante pelos danos causados à apelada, sendo totalmente irrelevante a alegação de que não houve prática de ato ilícito por parte do preposto da apelante. 4. No caso em questão, o valor de R$ 20.000,00 mostra-se suficiente para compensar o abalo moral suportado e inibir a empresa recorrente de voltar a praticar o mesmo ato, daí que, dessa forma, não há enriquecimento ilícito de uma parte e nem causa de empobrecimento de outra, atendendo tanto a situação das partes quanto a função compensatória da indenização e a natureza da sanção, respeitando-se a razoabilidade e proporcionalidade, não merecendo prosperar o pedido de redução do valor indenizatório. Ação indenização danos materiais e morais. Vítima. Juros de mora. Incidência a partir evento danoso. Recurso provido. Nas indenizações por danos morais os juros de mora devem ser fixados desde o evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 do STJ." (TJ-MS; APL 0012482-84.2011.8.12.0001; Campo Grande; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel; DJMS 02/10/2013).

No mais, quanto ao tacógrafo juntado pela empresa apelada (f. 180), vejo-o como uma prova frágil, em que pese não haver sido impugnado pelos autores/apelantes, uma vez que o juiz é o destinatário da prova, cabendo à ele a valoração desta.

Analisando o disco tacógrafo constante a f. 180, o que me causou indagações é que durante todo o dia o veículo foi dirigido em uma velocidade média entre 40 km/h e 60 km/h, chegando atingir em alguns momentos 80 km/h, e somente nos minutos que antecederam o acidente é que o veículo transitava acerca de 20 km/h.

Ademais, igualmente é de se estranhar que o veículo trafegando a 20 km/h não tenha conseguido parar de modo evitar o acidente e, tenha atingido a vítima de forma tão brutal a resultar em politraumatismo e morte e, ainda, tenha causado tantos danos ao ônibus (foto f. 181).

Por fim entendo que nas circunstâncias em que se deram os fatos, se o motorista do ônibus estivesse mesmo transitando a 20 km/h, este teria totais condições de parar o veículo e evitar o atropelamento, pois conforme já mencionado acima, o tempo estava bom, o asfalto em condições adequadas, pista seca, e em plena luz do dia.

No mais, ainda que assim não fosse, tal prova foi produzida unilateralmente, não havendo qualquer indicativo cabal de que aquele disco seja realmente do veículo do sinistro, sendo o único indicativo o n. 1.084 – o qual se refere ao ônibus envolvido no acidente, numeração esta que foi feita a caneta pela própria empresa apelada/requerida. Aliás, também é circunstância duvidosa a quilometragem marcada no disco, a qual diverge totalmente daquela anotada pelo cobrador do ônibus em seu relatório (f. 182).

Por fim, somente à título de esclarecimento, o fato do motorista do ônibus haver sido absolvido na esfera criminal não interfere neste julgamento, uma vez que tais esferas/competências são completamente independentes. Ainda, destaco que o Boletim de Ocorrência foi lavrado inteiramente com base na narrativa dos fatos apresentada pelo condutor do ônibus, de forma que os policiais militares que atenderam a ocorrência não buscaram ouvir nenhuma testemunha presencial, mesmo que houvessem várias no local.

Assim, no que diz respeito à responsabilidade da empresa de ônibus, não tenho dúvidas em modificar a sentença atacada, para reconhecer a existência de culpa concorrente das partes.

Do *quantum* indenizatório:

Para iniciar a fixação dos danos morais, reporto-me aos ensinamentos da professora Maria Helena Diniz, citada na obra de Carlos Roberto Gonçalves, sobre a fixação dos danos morais, expressa que:

> *"Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom-senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa e ao nível sócio-econômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso sub examine". (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8ª edição. Editora Saraiva, 2003).*

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 quem 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." (Tratado de Responsabilidade Civil. Rui Stoco. Revista dos Tribunais. 7ª Edição. 2007. p. 128).*

Disserta o Prof. Yussef Said Cahali, da seguinte maneira:

> *"Seria até mesmo afrontoso aos mais sublimes sentimentos humanos negar-se que a morte de um ente querido, familiar ou companheiro, desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção. Por ser de senso comum, a verdade desta assertiva dispensa demonstração: a morte antecipada em razão de ato ilícito de um ser humano de nossas relações afetivas, mesmo nascituro, causa-nos um profundo sentimento de dor, de pesar, de frustração, de ausência, de saudade, de desestímulo, de irresignação. No estágio atual de nosso direito, com a consagração definitiva, até constitucional, do Princípio da Reparabilidade do Dano Moral, não mais se questiona que esses sentimentos feridos pela dor moral comportam ser indenizados; não se trata de ressarcir o prejuízo material representado pela perda de um familiar economicamente proveitoso, mas de reparar a dor com bens de natureza distinta, de caráter compensatório e que, de alguma forma, servem como lenitivo." (Dano Moral, 2 ed., 1999, p. 111).*

Ao fixar o *quantum* indenizatório (danos morais), o critério a ser utilizado deve ser a conjugação da moderação com a razoabilidade, significa dizer, que hão de ser consideradas as condições econômicas das partes, com as peculiaridades do caso trazido à análise. De forma a não haver o enriquecimento dos ofendidos, mas também deve servir como um desestímulo ao ofensor na repetição do ato causador do dano.

In casu, vários fatores devem ser levados em consideração, mas principalmente o reconhecimento da culpa concorrente, ou seja, o agente e a vítima concomitantemente colaboraram para o resultado lesivo, o que implica em redução proporcional do *quantum* indenizatório. Assim, depois de consideradas todas as circunstâncias do caso particular, bem como as provas constantes dos autos e já analisadas e sopesadas neste voto, fixo os danos morais em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) valor que deverá ser dividido à todos os requerentes/apelantes, entendendo-o como justo, razoável, adequado, fixado com ponderação e moderação, conforme o que vem sendo norteado pela jurisprudência.

Vejamos o entendimento pátrio nos recentes julgados proferidos pelo STJ:

> *"Assim, nos termos da jurisprudência desta Corte, e tendo por parâmetro, entre outros aspectos, as condições da vítima e do ofensor, o grau de culpa presente na espécie, bem como os prejuízos daí decorrentes, é de se fixar os danos morais em R$ 100.000,00 (cem mil reais), a serem divididos entre os pais da vítima, haja vista que a experiência demonstra que a dor da perda de um filho é diferente daquela causada pela morte do pai ou do cônjuge, pois a inversão da ordem natural das coisas é sentida com maior intensidade, e em R$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) a ser dividido entre os irmãos e a viúva."* (ERESP n. 526.299/PR, Corte Especial, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 5/2/2009). 6 - Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 1.133.033; Proc. 2009/0153377-8; RJ; Terceira Turma; Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva; Julg. 07/08/2012; DJE 15/08/2012).

> *"Ademais, no que toca à verba indenizatória, nos termos da orientação deste Pretório, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso, em que o quantum indenizatório pelos danos morais restou fixado em R$ 105.000,00 (cento em cinco mil reais)."* (Superior Tribunal de Justiça STJ; AgRg-AREsp 105.336; Proc. 2012/0000374-0; SC; Quarta Turma; Rel. Min. Marco Buzzi; Julg. 19/06/2012; DJE 26/06/2012).

Da pensão mensal:

Na inicial os autores/apelantes formularam também pedido de pensionamento mensal em favor de Dirson Moreira Lopes, o qual é incapaz e é filho da vítima.

Contudo, tenho que tal pedido não deve prosperar, tendo em vista que o entendimento pátrio é no sentido de que tal benefício tem como termo final a data em que vítima completaria 65 anos de idade e, no caso dos autos, quando da ocorrência do sinistro, a vítima Catarina Luiz Lopes já contava com 77 anos de idade, ou seja, não há que se falar em pensionamento por morte no presente caso.

Vejamos o entendimento pátrio:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MENOR DE 14 ANOS. FALECIMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 20, 165, 458, II, 535, I E II DO CPC. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. INEXISTÊNCIA DE CULPA CONCORRENTE AFIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. PENSIONAMENTO. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PENSÃO DEVIDA AOS PAIS. TERMO FINAL DE ACORDO COM OS PRECEDENTES DESTA CORTE. SÚMULA N. 83/STJ. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA COM RAZOABILIDADE (R$ 150.000,00). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. As questões levantadas em apelação foram devidamente enfrentadas pelo colegiado de origem, que sobre elas emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente. É de salientar que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, os questionamentos suscitados pelas partes. 2. In casu, o tribunal de origem consignou que não houve culpa da vítima nem de sua genitora para o desfecho do acidente. Verificar a ocorrência da culpa concorrente ou exclusiva da vítima, desconsiderando as conclusões da Corte a quo, como pretende a ora agravante, demandaria necessariamente a incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado no âmbito do Recurso Especial, por incidência da Súmula n. 7/STJ. 3. O TJ/TO, em embargos de declaração, concluiu que, independentemente da natureza do contrato pactuado com a municipalidade, a responsabilidade da empresa, ora recorrente é objetiva. Entretanto, esse fundamento, autônomo e suficiente à manutenção do aresto hostilizado, não foi alvo de impugnação nas razões do apelo nobre, razão pela qual incide, na espécie, a Súmula n. 283 do STF. 4. É pacífico nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que, em sede de Recurso Especial, a revisão do quantum indenizatório apenas é possível quando o valor arbitrado nas instâncias originárias for irrisório ou exorbitante. No caso dos autos, o valor arbitrado (R$ 150.000,00) não se mostra exorbitante a ponto de excepcionar a aplicação da Súmula n. 7/STJ. 5. Escorreita a fixação, pelo Tribunal de origem, da indenização desde a data em que a vítima iria completar 14 anos, à razão de 2/3 do salário mínimo, até a data em que completaria 25 anos de idade e a partir daí, à base de 1/3 do salário mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade. Precedentes desta corte. 6. Agravo Regimental de Litucera Limpeza e Engenharia Ltda. desprovido." (Superior Tribunal de Justiça STJ; AgRg-AREsp 139.280; Proc. 2012/0015053-5; TO; Primeira Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; DJE 22/04/2014).*

Assim, deixo de condenar a apelada ao pagamento de pensionamento mensal em favor do apelante/autor Dirson Moreira Lopes.

Dos juros e correção monetária:

Primeiramente, quanto à correção monetária, esta será realizada pelo IGPM/FGV, e deverá ter início de acordo com o que determina a Súmula n. 362 do STJ: "*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*".

Já no que diz respeito aos juros de mora, estes devem ser de 1% ao mês, obedecendo ainda o disposto na Súmula n. 54 do STJ, a qual fixa seu termo inicial a partir do evento danoso: "*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.*"

Neste sentido já julgou esta 5ª Câmara:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS ACIDENTE DE TRÂNSITO DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – MAJORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO MORAL FRATURA DA MANDÍBULA PERDA DE DENTIÇÃO NECESSIDADE DE COLOCAÇÃO DE PRÓTESE – DANO ESTÉTICO CONFIGURADO – CORREÇÃO MONETÁRIA COM BASE NO IGPM/FGV, INCIDÊNCIA A PARTIR DO JULGAMENTO DO APELO JUROS MORATÓRIOS COMPUTADOS DESDE A DATA DO ACIDENTE – RECURSO PROVIDO.*
>
> *O dano moral encontra-se configurado pelo abalo psicológico e o estético decore de fratura da mandíbula, com perda de dentição e necessidade de colocação de prótese.*
>
> *No caso, a prótese poderá dissimular a perda da dentição, todavia essa deformidade sempre reaparecerá toda vez que o aparelho for removido para higiene e limpeza.*
>
> *A indenização, na espécie, deve ser arbitrada 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.*
>
> *É lícita a cumulação de dano estético e dano moral (Súmula n. 387 do STJ).*
>
> *O quantum arbitrado a título de compensação moral, que restou majorado em segundo grau, assim como a reparação por dano estético, sofrerão correção monetária com base no IGP-M/FGV, a partir da data de julgamento do recurso de apelação; computando-se os juros moratórios de um por cento ao mês, desde a data do acidente (Súmulas ns. 362 e 54 do STJ)."* (TJ/MS; Apelação Cível n. 201.032807-4; Quinta Câmara Cível; Rel. Vladimir Abreu da Silva; Julg. 02/02/2012).

Dos honorários advocatícios:

Considerando que a ação ajuizada perdurou por mais de 04 (quatro) anos, revestindo-se considerável complexidade, bem como o tempo de trabalho realizado pelo causídico e o tempo de estudo dele exigido, concluo que a quantia fixada pela sentença a título de honorários de advogado revela-se insuficiente para remunerar os serviços prestados pelo patrono, fixando a verba honorária em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Conclusão:

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Maria do Socorro Moreira Lopes e outros, dando-lhe parcial provimento, para reconhecer a culpa concorrente na ocorrência do sinistro que vitimou fatalmente Catarina Luiz Lopes, e condenar a Empresa Apelada ao pagamento de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de indenização à título de danos morais, valor este que deverá ser acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a data do evento danoso e correção monetária pelo IGPM/FGV a partir deste acórdão.

Diante do resultado do presente julgamento, deverão as partes arcar com 50% do ônus sucumbencial.

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. 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, 14 de agosto de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0823884-95.2012.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – DANO MORAL – NÃO CARACTERIZADO – DESGASTE NO SISTEMA DE FREIO DE VEÍCULO – AUSÊNCIA DE OMISSÃO POR PARTE DA CONCESSIONÁRIA – NÃO COMPROVAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE DANO – MERO ABORRECIMENTO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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, 10 de julho de 2014.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Kamila Alves dos Santos interpôs recurso de apelação contra decisão proferida pelo Juízo da 14ª Vara Cível desta Capital que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em desfavor da Discautol - Distribuidora Campograndense de Automóveis Ltda., julgou parcialmente procedentes os pleitos formulados na inicial.

Sustenta, em síntese, que deve ser indenizada pelos danos morais suportados em decorrência da má prestação de serviço por parte da apelada, quando da realização de revisão em seu veículo, posto que não houve a observação de defeitos no sistema de freios e a necessidade de troca de peças desgastadas.

Afirma que, na hipótese, a indenização possui caráter punitivo-pedagógico.

Postula, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja reformada parcialmente a sentença singela, no sentido de condenar a requerida ao pagamento de verba indenizatória.

Contrarrazões às fls. 107/112.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Kamila Alves dos Santos contra decisão proferida pelo Juízo da 14ª Vara Cível desta Capital que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e

morais ajuizada em desfavor da Discautol - Distribuidora Campo-Grandense de Automóveis Ltda., julgou parcialmente procedentes os pleitos formulados na inicial.

Sustenta, em síntese, que deve ser indenizada pelos danos morais suportados em decorrência da má prestação de serviços por parte da apelada, quando da realização de revisão em seu veículo, posto que não houve a observação de defeitos no sistema de freios e a necessidade de troca de peças desgastadas.

Afirma que, na hipótese, a indenização possui caráter punitivo-pedagógico.

Postula, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja reformada parcialmente a sentença singela, no sentido de condenar a requerida ao pagamento de verba indenizatória.

A pretensão não prospera.

Nas palavras de Rui Stoco:

> *"O chamado dano moral corresponde à ofensa causada à pessoa a 'parte subjecti', ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade."* (Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 7ª ed. Revista dos Tribunais. Pg. 128).

Deste modo, certo é que, para a responsabilização do agente ofensor à indenização por danos morais, exige-se o elemento subjetivo, traduzido no dolo, elemento intencional, ou na culpa *strictu sensu,* e que a ofensa tenha alguma grandeza e esteja revestida de certa importância e gravidade.

Assim, conclui-se que pequenos desconfortos, decepções ou melindres são coisas normais do cotidiano de qualquer pessoa, sendo incapazes de ofender os bens jurídicos e, por isso, não devem ser motivo de processo judicial nem justificam indenização.

A propósito, esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA PELA INTERNET. PRESENTE DE NATAL. NÃO ENTREGA DA MERCADORIA. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE NÃO COMPROVADA NO CASO CONCRETO. DANOS MORAIS INDEVIDOS. 1. - A jurisprudência desta Corte tem assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis.*
>
> *(...)"*
>
> (REsp 1399931/MG – Recurso Especial n. 2013/0281903-4; Rel. Min. Sidnei Beneti; T3 -Terceira Turma; DJe 06/03/2014).
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – NECESSIDADE DE PROVA DO DANO – DANO MORAL PURO – NÃO-OCORRÊNCIA – MERO DISSABOR OU ABORRECIMENTO – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO – RECURSO NÃO PROVIDO. CIVIL – DANO MORAL – NÃO OCORRÊNCIA. <u>O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral</u>, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.* (STJ, 4ª Turma, REsp. n. 215666/RJ, rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 21/06/2001).

Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior também nos ensina que: *"o dano moral indenizável, por isso mesmo, não pode derivar do simples sentimento individual de insatisfação ou indisposição diante de pequenas decepções e frustrações do quotidiano social"*.

No caso dos autos, não se nega que é motivo de aborrecimento e insatisfação o desgosto enfrentado pela requerente em decorrência da averiguação da necessidade de substituição das pastilhas e dos discos de freios de seu veículo em razão de desgaste prematuro de tais peças. Contudo, me parece que a indenização, no caso em tela, seja mais uma punição do que uma compensação pela dor moral, desvirtuando a natureza da indenização, que passa a ser uma outra fonte de enriquecimento para a vítima.

Destarte, observando-se que a situação descrita na inicial não agrediu a honra, a imagem, a integridade física ou qualquer outro direito da personalidade da autora recorrente, tratando-se apenas de um mero dissabor, até porque não restou corroborado no caderno probatório a omissão da apelada na hipótese vertente, eis que quando da efetivação da revisão do automóvel, o sistema de freios estava em condições de uso; ou ainda que a perda parcial da frenagem tenha ocasionado riscos à integridade física da apelante, é que hei por bem manter intacta a decisão proferida pela autoridade judiciária de primeiro grau (fls. 26/34).

Ademais, é indubitável que, nos dias atuais, vive-se uma experiência em que todo e qualquer abespinhamento dá ensanchas a pedido de indenização, pois notam-se nos pretórios uma avalanche de demandas que pugnam pela indenização de dano moral, sem que exista aquele substrato necessário para ensejar o devido ressarcimento.

Desta maneira, pelas razões acima expostas, nego provimento ao pleito de condenação da apelada ao pagamento de indenização, a título de danos morais, em favor da apelante.

Conclusão:

Diante de todo o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Kamila Alves dos Santos, contudo lhe nego 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, MS, 10 de julho de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0005771-05.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – ANULAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE – ART. 177 DO CC/16 E SÚMULA 474 DO STF – REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2028 DO CC/02 – MENOS DE METADE DO TEMPO ESTABELECIDO NA LEI REVOGADA – PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA – DECADÊNCIA AFASTADA – RETORNO DOS AUTOS À COMARCA DE ORIGEM – RECURSO PROVIDO.

A ação para anular venda de ascendente para descendente sem consentimento dos demais prescrevia em 20 (vinte) anos, nos termos da Súmula 474 do STF e do art. 177 do CC/16, cujo prazo deve ser aplicado se quando da entrada em vigor do CC/02 houver transcorrido mais da metade do prazo anteriormente estabelecido.

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, 8 de julho de 2014.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Maria Divina da Silva Neves Souza interpõe apelação (f. 183-94) contra sentença (f. 177-9) que, na ação de anulação de compra e venda de ascendente para descendente movida em face de Iracy Amorim da Costa e outro, acolheu a preliminar de decadência com fundamento nos artigos 179 e 210 do Código Civil. Condenou a autora ao pagamento dos ônus sucumbenciais, com honorários em R$ 4.000,00 e as ressalvas do artigo 12 da Lei 1.060/50.

Alega que o fato ocorreu em 01.04.1992, na vigência do artigo 177 do Código Civil de 1916 e da Súmula 494 do Supremo Tribunal Federal, que dispunham o prazo de vinte anos. Quando o Código Civil de 2002 entrou em vigor, em 10.01.2003, já havia transcorrido mais da metade do prazo da lei anterior, prevalecendo o lapso vintenário, nos termos da regra de transição contida no artigo 2.028 do CC/02. Por fim, requer o provimento do apelo para anular a sentença que reconheceu a decadência e julgar procedente o pedido inicial.

Contrarrazões às f. 201-11.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator).

Trata-se de apelação contra sentença que, na ação de anulação de compra e venda de ascendente para descendente movida pela apelante, acolheu a preliminar de decadência com fundamento nos artigos 179 e 210 do Código Civil. Condenou-a ao pagamento dos ônus sucumbenciais, com honorários em R$ 4.000,00 e as ressalvas do artigo 12 da Lei 1.060/50.

Em que pese o entendimento de primeiro grau, o recurso está a merecer provimento.

A escritura de compra e venda impugnada foi lavrada em 01.04.1992, sendo registrada em 07.05.1992 (f. 10), quando ainda vigorava o Código Civil de 1916.

Portanto, nos termos de seu artigo 177 e de acordo com a orientação firmada pela Súmula 494 do Supremo Tribunal Federal, o prazo prescricional para a hipótese era de 20 (vinte) anos:

> *Art. 177 - As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e, entre ausentes em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.*
>
> *Súmula 494 - A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em 20 (vinte) anos, contados da data do ato, revogada a Súmula 152.*

É certo que o Código Civil de 2002 passou a estabelecer o prazo decadencial de dois anos para pleitear a anulação de negócio jurídico da espécie (art. 496 e 179[1]), todavia, por força da regra de transição estabelecida em seu art. 2028, "*Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada*".

No caso, a escritura pública impugnada foi lavrada em 01 de abril de 1992, e, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, 11 de janeiro de 2003, transcorreram mais de 10 anos, de sorte que, por força da referida Súmula 494, deve ser considerado o lapso prescricional vintenário contemplado no anterior artigo 177 e que se complementaria em janeiro de 2.012.

Logo, se a ação foi ajuizada em 05.02.2007, dúvidas não restam de que não ocorreu o fenômeno da prescrição.

Todavia, como a causa não se encontra madura para julgamento, deixo de aplicar o disposto no artigo 515, § 3º do CPC, eis que há requerimento expresso para produção de prova testemunhal (f. 155).

Conclusão

Por todo o exposto, voto por se dar provimento ao recurso para tornar insubsistente a decisão recorrida e afastar a decadência reconhecida, determinando o retorno dos autos à comarca de origem para seu regular prosseguimento.

1 Art. 496 - É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.
Art. 179 - Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de 2 (dois) anos, a contar da data da conclusão do ato.

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. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 08 de julho de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0045251-14.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – FORNECIMENTO DE REMÉDIOS – TRATAMENTO ONCOLÓGICO DOMICILIAR – CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS – NULIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Viola os princípios da boa-fé e da confiança a existência de cláusula limitativa que impeça o paciente, consumidor do plano de saúde, de utilizar os medicamentos não previstos no contrato quando o tratamento encontra-se coberto.

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, 9 de setembro de 2014.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Unimed - Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. interpõe apelação (f. 228-38) contra sentença (f. 217-224) que, na ação de obrigação de fazer movida por Adrielly Loubert da Silva, julgou procedente o pedido, tornando definitiva a antecipação da tutela, para declarar a nulidade das cláusulas 8.1, alínea "h" e 8.3 do contrato e obrigá-la a custear as despesas com o tratamento médico necessário, sobretudo o fornecimento dos remédios purinethol e vesanoid, durante o período prescrito pelo médico. Sucumbência pela recorrente com honorários de 10% sobre o valor da causa.

Sustenta que os medicamentos pleiteados estão excluídos da cobertura, uma vez que são de uso oral e domiciliar, sem necessidade de aplicação em serviço de saúde, nos termos do artigo 10, inciso VI, da Lei 9.656/98, do artigo 16, §1º, inciso VI da Resolução Normativa da Agência Nacional de Saúde n. 262 e da cláusula 8.1, alínea "h" e 8.3 do contrato firmado entre as partes. prequestiona dispositivos constitucionais e legais, ao final, requer o provimento do apelo e a inversão da sucumbência.

Contrarrazões às f. 244-52.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator).

Trata-se de apelação interposta contra a sentença em que se julgou procedentes os pedidos para declarar a nulidade das cláusulas 8.1, alínea "h" e 8.3 do contrato e condenar a Unimed a custear as

despesas com o tratamento médico necessário, sobretudo o fornecimento dos remédios purinethol e vesanoid, durante o período prescrito pelo médico. Sucumbência pela recorrente com honorários de 10% sobre o valor da causa.

A controvérsia reside na possibilidade ou não de a operadora custear o tratamento e fornecer os citados medicamentos, de acordo com a interpretação e o alcance das cláusulas contratuais avençadas.

Consta dos autos que o pacto prevê a cobertura do tratamento da doença que acomete a recorrida, qual seja leucemia mielóide aguda, em suas cláusulas 1.1 e 9.2, alínea "e" (f. 122-39).

Por outro lado, a cláusula 8.1, alínea "h", do referido contrato, exclui serviços de enfermagem particular, bem como consultas, vacinas e medicamentos para tratamento domiciliar; e a 8.3 afasta a cobertura de especialidades e serviços não contemplados pelo Conselho Federal de Medicina e não enquadradas no Rol de Procedimentos publicados em Resolução do Ministério da Saúde.

Há que se observar que a vontade das partes é imprescindível para firmar uma relação contratual, porém, não se pode negar que o código consumerista mitiga a obrigatoriedade e intangibilidade do conteúdo de suas cláusulas, além de possuir superioridade hierárquica, impondo-se e prevalecendo-se sobre as normas de caráter privado, já que seu objetivo é salvaguardar valores básicos da sociedade.

Assim, a abusividade reside justamente no fato de, após o enfermo pagar o plano de saúde, a Unimed se negar a fornecer os remédios para o tratamento a que se submete e que conta com o seu custeio.

Com efeito, não se afigura razoável tal exclusão se o tratamento em si está agasalhado pelo contrato, isso porque cabe ao médico especialista dizer qual o tipo de droga apropriada e não o pacto celebrado.

A propósito, essa Corte já decidiu em casos semelhantes:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO COMINATÓRIA – PLANO DE SAÚDE - PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDO EM PRIMEIRO GRAU - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO QUIMIOTERÁPICO PARA USO DOMICILIAR – CABIMENTO – REALIZAÇÃO DE EXAMES EM REDE NÃO CONVENIADA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *Existindo no plano de saúde contradição entre cláusulas contratuais, deve ser assegurado ao paciente a interpretação mais benéfica das regras ali existentes, de modo que, havendo cobertura para tratamento quimioterápico de oncologia, deve a seguradora fornecer os medicamentos relacionados aos cuidados necessários para a cura do paciente, ainda que se tratem de fármacos de uso domiciliar. (...).* (Agravo de Instrumento nº 4000939-48.2013.8.12.0000, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, 2ª Câmara Cível, julgado em 23.04.2013)
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – APLICAÇÃO DO CDC – AUTOR ACOMETIDO DE LEUCEMIA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE USO DOMICILIAR – CONTRATO QUE NÃO EXCLUI O FORNECIMENTO DE TAIS MEDICAMENTOS, ALÉM DE GARANTIR TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO AOS SEGURADOS – OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO. INTERRUPÇÃO DO TRATAMENTO – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – ADSTRIÇÃO À RAZOABILIDADE E À PROPORCIONALIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ – AFASTADA. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1. As pessoas jurídicas de direito privado, que operam planos de assistência à saúde, mediante serviços de forma continuada e remunerada, subsumem-se no conceito de fornecedores, e, assim sendo, os contratos por elas firmados devem se submeter às regras do Código de Defesa do Consumidor.*

> *2. O direito constitucional à saúde implica o fornecimento de todo e qualquer medicamento e procedimento, desde que necessário ao tratamento e melhora das condições de vida daqueles que são portadores de doenças, não sendo a alegação de que a medicação é de uso domiciliar motivo suficiente para a não concessão da medida, mormente quando o fármaco pleiteado é utilizado como tratamento quimioterápico, cuja cobertura está prevista no regulamento da seguradora. 3. (...)* (Apelação nº 0010107-44.2010.8.12.0002, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, julgado em 18 de março de 2014)

Nesse contexto, considerando que a finalidade essencial dos planos de saúde é justamente propiciar adequados meios de recuperação ao paciente, mostra-se abusiva a negativa de fornecimento dos fármacos.

Prequestionamento

Esta Corte tem entendido ser desnecessária a manifestação expressa dos dispositivos legais utilizados para a conclusão do julgamento, bastando que as matérias postas em discussão tenham merecido apreciação judicial.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por se negar 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. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 09 de setembro de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0101199-40.2009.8.12.0002 – Dourados
Relator. Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DO DEVEDOR – SILOS E MAQUINÁRIOS – BENS MÓVEIS – ART. 82 DO CC – POSSIBILIDADE DE PENHORA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Silos e maquinários, mesmo que incorporados ao solo, constituem bem móvel para efeito de penhora, por ser possível a remoção por força alheia sem que ocorra alteração de sua substância ou destinação-social.

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, 2 de setembro de 2014.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

José Valentin Venturini interpõe apelação (f. 128-37) contra sentença (f. 118-22) que julgou improcedentes os embargos do devedor opostos em face de Syngenta Seeds Ltda., uma vez que não teria sido comprovada a irregularidade da penhora de uma *"*unidade de secagem de cereais – Kepler Weber*"*. sucumbência pelo apelante e honorários fixados em R$ 10.000,00.

Sustenta ser a unidade de secagem penhorada bem imóvel por acessão, e não móvel, uma vez que só pode ser considerada útil quando fixada em solo, de forma que a penhora deveria recair sobre o imóvel no qual está instalada, e que embora questionável a natureza de alguns dos itens penhorados, como elevadores e roscas, não é possível considerá-los móveis, pois se caracterizam como pertenças. Requer o provimento do apelo com a desconstituição da penhora e inversão do ônus sucumbencial.

Contrarrazões às f. 147-53.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator).

O apelante se insurge contra a sentença em que se julgou improcedentes os embargos do devedor diante da não comprovação da irregularidade da penhora da "unidade de secagem de cereais – Kepler Weber".

Sustenta ser a unidade bem imóvel por acessão, e não móvel, uma vez que só pode ser considerado útil quando fixado em solo, de forma que a penhora deveria recair sobre o imóvel no qual está instalada, e que embora questionável a natureza de alguns dos itens penhorados, como elevadores e roscas, não é possível considerá-los móveis, pois que se caracterizam como pertenças.

A sentença deve ser mantida.

Isso porque a "unidade de secagem de cereais", isto é, o silo, os secadores, os elevadores e outros, constituem uma espécie de "maquinário", que pode ser removido por força alheia sem que ocorra alteração de sua substância ou destinação-social, nos termos do artigo 82, do Código Civil, de forma que a penhora não se encontra maculada.

Ainda, o fato de ser necessária a construção de base de concreto para a instalação da referida unidade não desconfigura sua natureza móvel, uma vez que sua remoção não a inutiliza.

A propósito, bem explanou o magistrado:

> *(...) extrai-se dos autos que o bem penhorado é suscetível de remoção por força alheia, sem a alteração de sua substância ou destinação econômico-social, o que, por expressa disposição legal, o caracteriza como bem móvel, na forma do disposto no artigo 82 do Código Civil.*
>
> *(...)*
>
> *Destaca-se que o bem penhorado é autônomo em relação ao imóvel em que se encontra instalado, sendo suscetível de ser alienado individualmente, já que tem valor econômico próprio.*
>
> *(...)*
>
> *Frisa-se: em sendo suscetível de remoção e tendo valor econômico próprio, inexiste qualquer razão para obstar a penhora realizada. (...)*

Em caso semelhante, assim restou decidido pelo Tribunal de Justiça do Paraná:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE SILOS E MAQUINÁRIOS. NATUREZA IMOBILIÁRIA E INDIVISIBILIDADE. IMOBILIDADE POR ACESSÃO. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE PENHORA E REMOÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *Os bens incorporados ao solo, como silos e maquinários, podem ser, em qualquer tempo, mobilizados (CC, art.43, II e 45).*
>
> *Caso em que a empresa deixou de funcionar e arrendou o imóvel e bens a ele agregados a terceiro, justifica a penhora dos maquinários e silos, que podem ser retirados para satisfação do débito.* (TAPR - Setima C.Cível (extinto TA) - AI - 161123-2 - Sertanópolis - Rel.: Noeval de Quadros - Unânime - - J. 20.11.2000)

Ademais, o apelante não provou que a retirada do bem pode inviabilizar seu funcionamento, nem que poderia ser prejudicial à atividade econômica desenvolvida.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 02 de setembro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0000036-44.1993.8.12.0045 - Sidrolândia
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – INCIDÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – POSSIBILIDADE – PROCESSO PARALISADO POR QUASE 16 (DEZESSEIS) ANOS – DESÍDIA DO EXEQUENTE – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

O processo de execução não pode ter duração *ad eternum*. Tratando-se de execução de cédula rural há de se aplicar a lei uniforme cambial, nos termos do art. 60 do Decreto-Lei n. 167/67, com prazo prescricional de 03 (três) anos a contar do vencimento do título, consoante o art. 70 do anexo I da Convenção de Genebra (Lei Uniforme Cambial). Assim, permanecendo o processo paralisado, por inércia do exequente, por mais de 15 (quinze) anos, configurada está a prescrição intercorrente, porquanto já com tempo suficiente de prescrição, inclusive do direito material.

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, 7 de agosto de 2014.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Banco do Brasil S/A submete ao crivo deste sodalício a sentença que extinguiu, com resolução de mérito, inc. IV, do art. 269, do CPC, – prescrição intercorrente –, a ação executiva que propôs em desfavor de Adalberto Cássio Camargo e Orlando Camargo.

Alega equívoco do sentenciante no reconhecimento da prescrição intercorrente em razão de ser situação que se verifica a partir do momento em que o exequente, intimado pessoalmente para dar andamento no feito, permanece inerte. Não é o caso em apreço.

Sustenta que a inércia do processo devido a inexistência de bens penhoráveis, nos termos do inc. III do art. 793 do CPC, inviabiliza a prescrição na medida em que o exequente paralisa o andamento até que seja encontrado bens, corroborado pelo fato de que em processo suspenso nenhum ato pode nele ser praticado.

Invoca os incisos I tanto do art. 170 do CC/16 e 199 do CC/2002 para também ajustar a sentença e afastar a prescrição declarada pelo juiz.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator).

Banco do Brasil ingressa com apelação contra a sentença que reconheceu a prescrição intercorrente da ação de execução que ingressou contra Adalberto Cássio Camargo e Orlando Camargo em 01.10.1993, sustentada em cédula rural pignoratícia.

Os executados foram citados em 12.11.1993 (f. 35). Como não efetuaram o pagamento da obrigação, houve a penhora de 20 hectares do Sítio Nossa Senhora Aparecida, localizado em Sidrolândia (f. 34), cujo ato foi cientificado aos executados (f. 37v.), tendo sido o imóvel avaliado (f. 41-43 e 113-115).

A área levada à praça não teve licitante (f. 144-145).

Devido o insucesso da praça o exequente informou ao juiz que o bem foi adjudicado em 50% nos Autos n. 69/93 e que o remanescente desta execução seria utilizado para abater saldo devedor do Feito n. 143/93, requerendo a suspensão do processo *sine die* até que se conclua a adjudicação requerida em razão da prejudicialidade da garantia neste feito e a necessidade de diligências para a constrição de outros bens (f. 144), cujo pleito foi deferido às f. 145, em 28.04.1997, onde permaneceu até 15.02.2013, já que nesta oportunidade o exequente reporta-se ao juiz com pleito de prosseguimento da execução mediante penhora *on line* (f. 148), além de, em seguida, 27.02.2013, informar acerca da inexistência de bens em nome dos executados (f. 150), juntando certidões de f. 151-154.

O pleito de continuidade do feito foi obstado pelo juiz ao reconhecer que a paralisação do processo por mais de 5 anos conduziu a perda do direito de ação, fruto da prescrição intercorrente, gerando a irresignação do exequente.

A impugnação pelo apelante não merece prosperar, ainda que o fundamento da suspensão tenha ocorrido com fundamento no artigo 791, inciso III, do Código de Processo Civil, a suspensão sob condição, ou mesmo a impossibilidade de praticar atos em processo suspenso. Explico o porquê.

Em relação ao pleito suspensivo, no passado tive oportunidade de compartilhar do entendimento de que o simples pedido de suspensão do processo, por parte do exequente, era o bastante para impossibilitar o decreto de prescrição intercorrente.

Após detida reflexão sou compelido a manter a sentença do juízo *a quo*, principalmente pela distinção que deve ser feita da prescrição no âmbito do direito processual daquela do âmbito do direito material.

Aliás, se não ocorresse a prescrição intercorrente no caso concreto haveria uma situação deveras inusitada: o processo poderia ficar no arquivo provisório vinte, trinta, quarenta anos, fato incompatível com o sistema de direito material vigente.

Assim, a tese recursal, no sentido de que não corre prescrição enquanto suspensa a execução, ao menos no caso concreto, não merece prosperar.

O instituto da prescrição visa proporcionar segurança jurídica às relações sociais, determinando a produção de efeitos jurídicos em decorrência do transcurso do tempo.

Deveras, o Código Civil fulmina direitos e pretensões, caso não exercidos ou postulados em determinado espaço de tempo. É a própria lei, em caráter excepcional, que coloca a salvo alguns direitos, conferindo-lhes imunidade contra a prescrição, a exemplo dos direitos da personalidade. Regra geral, portanto, é a prescritibilidade das pretensões.

Mesmo o ajuizamento da ação não impede a ocorrência da prescrição, tendo em vista a disposição contida no art. 219 do CPC, no sentido de que a citação válida interrompe a prescrição. A interrupção significa que a contagem do prazo seja reiniciada, fulminando a pretensão caso não satisfeita até o término do prazo estabelecido em lei.

A prescrição intercorrente é uma forma de sanção à negligência do credor que, depois de ajuizada a ação e citada a parte contrária, deixa de conferir regular prosseguimento ao processo.

Sedimentou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a prescrição intercorrente não se verifica nos casos em que a demora na solução da lide decorra da morosidade do Poder Judiciário ou de manobras do sujeito passivo, situações não ocorridas na espécie.

O Código de Processo Civil, por outro lado, não versa sobre o tema, que ganhou regulamentação apenas em normas processuais penais e na Lei de Execução Fiscal, notadamente aplicável ao processo civil por analogia. Estabelece a Lei n. 6.830/80:

> *"Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.*
>
> *§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.*
>
> *§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.*
>
> *§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.*
>
> *§ 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato."*

Vale ressaltar a existência de duas correntes de entendimento acerca da data de início da contagem do prazo da prescrição intercorrente: (1) a primeira defende a tese de que, decorrido o prazo da suspensão sem manifestação da parte interessada, volta a fluir o prazo prescricional; (2) a segunda aplica os dispositivos legais acima citados, quais sejam, o art. 40, § 2º e § 4º, da Lei de Execução Fiscal.

No caso em tela observa-se que a suspensão do processo foi deferida por prazo indeterminado, em decisão proferida em 28 de abril de 1997 (f. 145). A partir de então não houve mais manifestação do credor, a não ser em 15.02.2013, quase 16 anos depois com propósito dar continuidade mediante penhora *on line* (f. 148).

Desse modo, para os adeptos da primeira corrente, o prazo prescricional ter-se-ia começado em 29 de abril de 1998, um ano após o deferimento da suspensão (conforme previsão dos arts. 267, II e 598, ambos do Código de Processo Civil), já que esta se deu por prazo indeterminado, consumando-se a prescrição em 29/04/2003, visto que o prazo prescricional nos termos do art. 60 do Decreto-Lei n. 167/67 é de 03 (três) anos, a contar do vencimento do título, consoante o art. 70 do anexo I da Convenção de Genebra (Lei Uniforme Cambial). Aliás, ainda que se relevasse a prescrição de 5 anos capitulada no § 5º, inc. I, art. 206 do C.C., qual seja, ação de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular, outro não é o desfecho que não a prescrição intercorrente.

Para os adeptos da segunda corrente, o prazo prescricional seria o mesmo, iniciado após um ano do deferimento da suspensão, ou seja, em 29/04/1997, consumando-se em 29/04/2003.

Fato é que tanto para os seguidores da primeira, como da segunda corrente, o título que embasa a presente execução estava fulminado pela prescrição quando da prolação da sentença, em 01/08/2013.

Esta Quinta Câmara Cível, examinando matéria semelhante, decidiu:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – VERIFICADA – IMPROVIDO.*
>
> *O instituto da prescrição visa proporcionar segurança jurídica às relações sociais, determinando a produção de efeitos jurídicos em decorrência do transcurso do tempo. O Código Civil fulmina direitos e pretensões, caso não exercidos ou postulados em determinado espaço de tempo. É a própria lei, em caráter excepcional, quem coloca a salvo alguns direitos, conferindo-lhes imunidade contra a prescrição, a exemplo dos direitos da personalidade. Regra geral, portanto, é a prescritibilidade das pretensões. Transcorrido o prazo de suspensão do processo, tem início a contagem da prescrição intercorrente, impondo-se a extinção do processo, depois de verificada a prescrição, considerando a inércia do credor."* (TJMS - Apelação Cível - Execução - N. 2010.003808-6, Dourados. Relator - Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel, 5ª Turma Cível).

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, comentando o inc. III do art. 791 do CPC, trazem a seguinte lição:

> *"A ausência de bens penhoráveis determina a suspensão da execução (art. 791, III, CPC). O mesmo se diga se só se localizam bens impenhoráveis, se não se localizam bens para responder à execução ou se se localizam bens obviamente insuficientes (art. 659, §§ 2º e 3º, CPC). O Código de Processo Civil não prevê prazo máximo de suspensão. A suspensão, todavia, não pode ocorrer por prazo indeterminado. Assim, a suspensão da execução por prazo superior ao da exigibilidade do direito importa prescrição intercorrente. O art. 40, da Lei n. 6.830, de 1980, regula a espécie na execução fiscal. "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente." (Súmula n. 314, STJ). A prescrição intercorrente aplica-se à execução civil. Aplica-se à prescrição intercorrente o mesmo prazo prescricional que disciplina o prazo para acionabilidade da pretensão em juízo. Tem-se decidido que a prescrição intercorrente pressupõe inação do exequente.*[1]*"*

No que diz respeito à intimação, também não sou adepto desta corrente. O reconhecimento da prescrição prescinde, a meu ver, de intimação da parte para manifestação a respeito, por ser matéria destacada como de ordem pública, com a edição da Lei n. 11.280/06.

Com isso, verifica-se que ajuizada a execução em 01 de outubro de 1993 e deferida a sua suspensão por prazo indeterminado em 28 de abril de 1997, o apelante permaneceu inerte por quase 16 anos, até que em 01 de agosto de 2013 o processo foi julgado extinto, pela prescrição da pretensão de execução.

A providência está açambarcada pela Súmula n. 150 do STF, que prevê: "*prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*".

No conceito de Maria Helena Diniz[2],

1 Cód de Proc. Civil Comentado art. por art., 3ª tir., São Paulo: RT, 2009, p. 736-737.

2 Dicionário Jurídico, 2. ed., v. 3, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 810.

> *"a) É a admitida pela doutrina e jurisprudência, surgindo após a propositura da ação. Dá-se quando, suspensa ou interrompida a exigibilidade, o processo administrativo ou judicial fica paralisado por incúria da Fazenda Pública (Eduardo M. F. Jardim). Logo, essa prescrição seria um modo de sancionar a negligência da Fazenda; b) Ocorre quando o autor, por ex., o credor, por desídia, não dá sequência ao processo, voltando, então, a fluir o prazo prescricional, como sanção à inércia processual, a partir do último ato do processo que o interrompeu, por culpa do autor. Se o processo se imobilizou por deficiência do serviço forense, por manobra maliciosa do réu, ou devedor, ou por qualquer motivo alheio ao autor, não haverá prescrição intercorrente. Se ocorrer imobilização processual por ato culposo do credor, o devedor poderá requerer, nos próprios autos, o decreto da prescrição intercorrente."*

O que verificou-se dos autos, como salientado anteriormente, é a paralisação da ação de execução por quase 16 (dezesseis) anos de inércia. Ora, o processo não pode se eternizar. O professor Marcus Vinícius Rios Gonçalves entende, à luz das conclusões de Cândido Dinamarco, que medida até mais branda ao exequente pode ser adotada, qual seja, que o prazo da prescrição intercorrente não conte exatamente da suspensão da execução em razão da não localização de bens penhoráveis, mas sim a partir tão somente do aniversário de primeiro ano da paralisação do feito por falta de bens – exatamente como se dá no específico campo do direito tributário, diante da aplicação do art. 174 do CTN[3].

No caso dos autos, o referido processo ficou paralisado por quase 16 (dezesseis) anos, sem qualquer providência da instituição financeira, sem qualquer diligência sobre bens penhoráveis, objeto, inclusive, do pleito de suspensão na ocasião. Daí a negligência do credor, de modo que, afastar a prescrição *in casu* seria eternizar o processo em prol do credor, o que soa inadmissível, na medida em que as partes merecem tratamento isonômico.

Sobre este tema, veja-se a lição de Yussef Said Cahali[4]:

> *"(...) A lei assinala, assim, de modo preciso, o momento em que se reinicia o prazo prescricional, como sendo a data do ato interruptivo ou do último ato ou termo do processo, entendendo-se como tal o ato praticado no processo e que expressa, de qualquer forma, o direito do credor de cobrar a dívida inteira ou de prosseguir na causa, ou de submissão do devedor a esses efeitos. (...).*
>
> *É contada a partir do último ato praticado pela parte ou desde a paralisação do feito, se suceder por inércia da parte, que dê causa à impossibilidade do prosseguimento. Quem deve impulsionar o processo é o juiz, mas em determinadas circunstâncias o andamento fica condicionado à prática de ato pela parte. (...) O último ato a que se refere o Código é o praticado no processo e que expressa, de qualquer forma, o direito do credor de fazer valer seu direito e prosseguir na causa, ou de submissão do réu a esses efeitos – portanto, simples despacho judicial de rotina, de ordem correicional, de remessa dos autos ao arquivo, não constitui termo de novo prazo prescricional. (...)".*

Há de se aplicar, ao caso, a prescrição intercorrente, até mesmo em homenagem ao Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo, insculpido no art. 5º, inc. LXXVIII, da CF, que prevê que *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*.

Logo, para a caracterização da prescrição intercorrente deverá haver a constatação de que o processo permaneceu paralisado por tempo superior ao prazo de perseguição do direito material, sem que a parte exequente promovesse os atos que lhe competiam para impulsionar a demanda, consumando-se a prescrição intercorrente.

3 Vide: **Direito processual civil esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 683-684.

4 **Prescrição e Decadência.** São Paulo: RT, 2008, p. 132 e 134.

À propósito os seguintes julgados:

> *"RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. ABANDONO DO PROCESSO POR MAIS DE 12 ANOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Verificado o inequívoco desinteresse do credor na satisfação do seu crédito, abandonando o processo por longo período (mais de 11 anos), circunstância que autoriza a fluição do prazo prescricional, viabiliza-se o julgamento de extinção do processo, com julgamento de mérito, tendo em vista a prescrição intercorrente."* (TJMS; APL 0002712-69.1995.8.12.0020; Rio Brilhante; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel; DJMS 06/11/2013; p. 13).

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – OCORRÊNCIA – ABANDONO DO PROCESSO POR MAIS DE 10 ANOS - RECURSO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO. 1. (...) 2. O instituto da prescrição visa proporcionar segurança jurídica às relações sociais, determinando a produção de efeitos jurídicos em decorrência do transcurso do tempo. O Código Civil fulmina direitos e pretensões, caso não exercidos ou postulados em determinado espaço de tempo. Regra geral, portanto, é a prescritibilidade das pretensões. Verificado o inequívoco desinteresse do credor na satisfação do seu crédito, abandonando o processo por longo período (mais de 10 anos), circunstância que autoriza a fluição do prazo prescricional, viabiliza-se o julgamento de extinção do processo, com julgamento de mérito, tendo em vista a prescrição intercorrente."* (TJMS, Ap.Cív. 0036939-06.1999.8.12.0001, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, 5ª Câmara Cível, J: 28.11.2013).

> *"CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TÍTULOS DE CRÉDITO. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. RENEGOCIAÇÃO DO VENCIMENTO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. LEI UNIFORME. OCORRÊNCIA. APELO PROVIDO. 1. Tratando-se de execução de título de crédito rural se aplica a lei uniforme cambial, nos termos do art. 60 do Decreto-Lei n. 167/67. Aplica-se a tais execuções o prazo prescricional de 03 anos, a contar do vencimento, previsto no art. 70 do anexo I da Convenção de Genebra (Lei Uniforme Cambial). 2. O vencimento da Cédula Rural Pignoratícia originalmente pactuado para 01/11/1994 foi prorrogado em função do Termo firmado entre as partes para 01/06/1995. 3. O embargante figurou como avalista na Cédula de Crédito e no Termo Aditivo. 4. Como a ação de execução fiscal foi ajuizada em 2006, a pretensão executória já havia sido fulminada pela prescrição, que se consumara em 1998. 5. Apelo provido (...)."* (TRF-3, Ap. Cív. N. 25515 MS 0025515-08.2011.4.03.9999, Publicação: 28.05.2013).

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. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, MS, 07 de agosto de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800237-15.2012.8.12.0052 – Anastácio
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS – CONSUMIDOR – AQUISIÇÃO DE PRODUTO COM VÍCIO – RECLAMAÇÃO JUNTO AO FORNECEDOR – DESÍDIA DESTE – ALEGAÇÃO DO CONSUMIDOR DESPROVIDA DE PROVA MÍNIMA – AUSÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E O PREJUÍZO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Mesmo na relação de consumo é dever do consumidor fazer prova, ainda que mínima, do direito alegado, sob pena de inviabilizar o procedimento da inversão do ônus da prova, por ser esta possibilidade admitida quando há meios de aquilatar a hipossuficiência do consumidor para fazer a prova e a verossimilhança do alegado. Logo, não merece reparos a sentença que concluiu pela improcedência da pretensão de restituição da quantia paga e danos morais, dada a ausência de prova do ato ilícito e do nexo causal.

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, 14 de agosto de 2014.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Sandra Caetano da Silva interpõe recurso de apelação visando reformar a sentença que julgou improcedentes pedidos de restituição em dobro da quantia paga por um armário de cozinha que lhe fora entregue com defeito, e indenização por danos morais sofridos, os quais foram formulados contra Magazine Luiza S.A. na ação de obrigação de fazer c/c indenizatória.

Alega a existência da prova do fato constitutivo de seu direito, como posto na inicial, ou seja, aquisição de um armário de cozinha junto à apelada através da nota fiscal acostada às f. 10-12, e do defeito do produto através da cópia do processo administrativo junto ao Procon (f. 13-17).

Salienta que o CDC prevê a inversão da prova. Logo, caberia à apelada comprovar a prestação de assistência à autora no intuito de solucionar o defeito do armário de cozinha. Como não o fez, outro não pode ser o desfecho da demanda senão o de acolher os pleitos que formulara na inicial.

Alega ser devida a reparação dos danos morais pelo fato de não ter sido atendida dignamente pela apelada, embora tenha cumprido a parte que lhe cabia na relação contratual.

Pede provimento ao recurso, reformando-se a sentença para condenar a apelada a restituir-lhe em dobro o que dispendeu com a aquisição do armário, e a indenizar-lhe os sofrimentos que a situação causou-lhe.

Contrarrazões às f. 67-78.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator).

Sandra Caetano da Silva ajuizou contra Magazine Luiza S.A. ação de conhecimento de natureza condenatória, visando obter restituição do valor que dispendeu com a aquisição de um armário de cozinha em abril de 2011, em razão deste ter apresentado problemas desde a instalação, tanto que o montador de móveis teve de efetuar o conserto.

Embora utilizando o armário na forma recomendada, o produto novamente apresentou problema, vez que uma das portas simplesmente caiu (f. 2). Como optou pela garantia estendida, contatou a ré para que prestasse a devida assistência. Como o problema não foi resolvido foi até o Procon e ali registrou reclamação sem, contudo, obter sucesso, dada a ausência da apelada na audiência designada, não lhe restando outra alternativa senão a via judicial.

Requereu indenização pelo abalo moral sofrido com o episódio, no importe de 60 salários mínimos.

A ré ofereceu resposta à ação. Frustrada a tentativa de conciliação e encerrada a fase instrutória sobreveio a sentença de improcedência da pretensão da autora, fundamentando o juízo que:

> *"A autora alega que experimentou prejuízo e pede a restituição de um valor pago e ainda indenização por dano moral, porquanto o produto que comprou um armário de cozinha - apresentou defeito.*
>
> *Todavia, não prova a autora que houve defeito, o dano, portanto, seja por meio de fotografias, por meio de testemunha, e até pediu julgamento antecipado. Prova apenas que reclamou junto ao Procon.*
>
> *A reclamação referida está provada, não o fato que se alega como base pra a reclamação.*
>
> *Evidente, que fotografias constituem provas contundentes, e se houvesse nos autos, até tornaria despicienda a dilação probatória, com oitiva de testemunhas, do que abriu mão a autor ao pedir o julgamento antecipado.*
>
> *Não se dúvida da responsabilidade da ré e da sua solidariedade juntamente com o fabricante, nos termos do CDC, e assim, diferentemente do que alega a ré, não poderia ser isentada de responsabilidade no presente processo.*
>
> *No entanto, e nem mesmo inversão de ônus de prova, conforme facultado também pelo CDC, exonera o consumidor, no caso a autora, de provar o fato que alega, ou seja, o defeito, o prejuízo, quanto mais se dele até se invoca dano moral.*
>
> *Diria este magistrado que a cada parte compete provar o que lhe interessa, o que demonstra o fato que alega e as consequências jurídicas respectivas e pretendidas.*
>
> *Sem que a autora tenha provado o que alega – o dano, o defeito do produto, que seria claramente de fácil comprovação – não pode prosperar a pretensão." (f. 53).*

A autora busca reformar a sentença por entender que a nota fiscal e que a cópia do procedimento instaurado no Procon juntados aos autos são provas aptas para demonstrar o que alegou na inicial e que as relativas ao defeito e a ineficiência da assistência técnica são de alçada da apelada, em razão do CDC adotar o sistema de inversão do ônus da prova.

Não há dúvidas que o regramento do consumidor admite a inversão do ônus da prova. No entanto, tal benefício está atrelado à verossimilhança do direito alegado, a vulnerabilidade e à hipossuficiência do consumidor.

Mas, a par destas condições, há também que se levar conta que o consumidor não está imune à apresentação das provas preliminares do direito alegado, do nexo de causalidade, o evento danoso e o dano sofrido.

No caso em análise certamente que a nota fiscal acostada às f. 13 faz prova da aquisição do produto na loja apelada.

O mesmo já não se pode admitir da reclamação junto ao Procon, salvo estivesse ela aparelhada com documentos hábeis a comprovar o defeito, dentre os quais a fotografia, como ressaltado pelo juízo, por se tratar de vício aparente ou, ainda, informações do montador do móvel a respeito, os protocolos das sucessivas reclamações perante a apelada ou mesmo a assistência técnica. Enfim, qualquer meio de se aquilatar a verossimilhança da alegação inicial.

Isto porque, segundo consta da inicial, o produto apresentou vício já na fase de montagem, o qual, segundo a apelante, foi solucionado pelo montador. No entanto, ainda como afirmou na inicial, o vício não foi solucionado, tanto que, passado "(...) *algum tempo de uso (...) o produto novamente apresentou problema, vez que uma das portas simplesmente caiu."* (f. 2).

Pelo documento de f. 12 observa-se que o produto adquirido pela apelante tinha garantia de fábrica pelo período de 3 meses. A garantia estendida de 12 meses contratada pela apelante, passou então a fluir ao término ao da garantia da fábrica (informação extraída do sítio: *http://www.luizaseg.com.br/garantia_estendida.php)*.

Todavia, para a utilização da garantia contratada há no sítio citado orientação de como o consumidor deve proceder:

> *"Caso o produto adquirido no Magazine Luiza apresente algum defeito após o período de garantia do fabricante, você poderá acionar o seguro por meio do site ou entrar em contato com a nossa central de atendimento.*
>
> *Em ambos os canais, é realizada uma análise prévia do problema e, em seguida, é indicada a assistência técnica credenciada por nós, mais próxima do seu endereço.*
>
> *Após o processo de análise, o produto terá o seu reparo (conserto) autorizado pela Luizaseg. Para produtos de grande porte, indicaremos uma assistência técnica para que o cliente possa agendar uma visita em sua residência."*

A apelante não faz a mínima comprovação de ter utilizado do serviço em questão e da recusa da apelada em fornecê-lo, como alega, o que, como já disse, torna inverossímel suas alegações, e inviabiliza até mesmo a avaliação quanto a necessidade de inversão do ônus da prova.

Ainda que se trate de responsabilidade objetiva e da possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a qual incide *ope legis* segundo o CDC, a autora não está isenta de demonstrar a verosimilhança de suas alegações, tampouco de comprovar o nexo causal entre o ato ilícito e o dano sofrido.

Neste sentido veja-se jurisprudência:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AUSÊNCIA DE PROVA DO ATO ILÍCITO E NEXO CAUSAL – ÔNUS DO AUTOR – INVERSÃO – IMPOSIBILIDADE – IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, conforme preceitua o art. 33, I, do CPC, do que não se desincumbiu a contento.

2. Apesar de se tratar de relação de consumo, não é o caso de inversão do ônus da prova, pois este instituto não se aplica de forma automática, faz-se necessário que o consumidor seja hipossuficiente para a produção da prova e, ainda assim, sua aplicação deve ser declarada antes da sentença, antes até da instrução do feito, para evitar cerceamento de defesa, situações que não se verificam na hipótese.

3. Assim, não merece reparo a sentença que concluiu pela ausência de prova do ato ilícito e do nexo causal, julgando improcedente o pedido de reparação de danos morais." (TJMS. Apelação Cível n. 065148-96.2010.8.12.001 - Campo Grande, j. 13.03.2014).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INGESTÃO DE OBJETO METÁLICO – ALEGAÇÃO DE QUE ESTE SE ENCONTRAVA NO INTERIOR DE TEMPERO (GENGIBRE) – AUSÊNCIA DE VEROSIMILHANÇA – NEXO DE CAUSALIDADE – NÃO DEMONSTRADO – REQUISITO NECESSÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL, MESMO OBJETIVA – MANUTENÇÃO DO DECRETO DE IMPROCEDÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Conquanto se aplique, ao caso, o Código de Defesa do Consumidor, com incidência da responsabilidade objetiva, o autor não se exime de demonstrar a verosimilhança dos fatos alegados na inicial e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano sofrido.

2. No caso em que o autor/apelante adquire de estabelecimento comercial o produto gengibre e o utiliza, de forma raspada, para temperar a carne para churrasco, não é verosímil que um grampo tenha se desprendido do interior do alimento e se fixado dentro do pedaço de carne ingerido pelo autor.

3. Ausente, ainda, o nexo de causalidade porquanto não é possível afirmar que o gengibre consumido pelo autor estava na mesma caixa fotografada e objeto de notificação pela Vigilância Sanitária dez dias depois, tampouco que fazia parte do mesmo lote." (TJMS, Apelação n. 001452-5.2012.8.12.021, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 26 de junho de 2014, 5ª Câmara Cível).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DE CADERNETA DE POUPANÇA – INEXISTÊNCIA DA PROVA OU MESMO INDÍCIO DA TITULARIDADE – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RELAÇÃO DE CONSUMO – NECESSIDADE DE INDÍCIO DE PROVA DAS ALEGAÇÕES DO INTERESSADO OU NA COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE, POR HIPOSSUFICIÊNCIA, DE FAZÊ-LO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A despeito da relação de consumo estabelecida entre as partes, deve-se analisar as circunstâncias do caso, sobretudo se considerado que a inversão do ônus da prova não é de adoção obrigatória, competindo à parte pleiteá-la e ao Julgador decidir pela conveniência da adoção, mas sempre se baseando na existência de início de provas das alegações

> *do interessado ou na comprovação, por este, da impossibilidade, por hipossuficiência, de apresentação de tais provas, o que não ocorreu no presente caso."* (TJMS, Agravo Regimental em Agravo n. 2011.011132-1/0001-00, Rel. Des. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 5.7.2011, Terceira Turma Cível).

Ausente, portanto, requisito imprescindível à configuração da responsabilidade civil, há de se negar provimento ao recurso, para manter a bem lançada sentença.

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, 14 de agosto de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0801559-20.2012.8.12.0004 - Amambai
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL (CASAMENTO) – EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO DO MARIDO FALECIDO – POSSIBILIDADE – § 1º DO ART. 1.565 C/C INC. I DO ART. 1.571 E § 2º DO ART. 1.578 – INSERÇÃO NOS DOCUMENTOS PESSOAIS DO ESTADO CIVIL DE VIÚVA – RECURSO PROVIDO.

A sociedade conjugal termina com o falecimento de um dos cônjuges. Por via de consequência, conquanto se insira nos documentos pessoais o estado civil de viúva, é admitida a exclusão do patronímico do marido falecido, retificando-se o nome no assento de casamento.

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 com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 18 de setembro de 2014.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Dalva Meiri dos Santos Bampi busca reformar a sentença que indeferiu pedido de retificação no registro civil, mais precisamente pedido de retificação do nome da requerente na certidão de casamento.

Alega que, ao contrário do entendimento do juiz, sua pretensão não é a de alterar o estado civil, mas tão somente excluir o sobrenome advindo do matrimônio (f. 31), "Bampi", vez que, segundo o art. 2º da Lei do Divórcio, a sociedade conjugal também tem seu termo pela morte de um dos cônjuges, tal como ocorreu com a apelante que, depois de dois meses de casamento o cônjuge veio a óbito, o que torna injustificável permanecer usando o patronímico do marido.

Diz que assim como pode qualquer dos cônjuges acrescer ao seu sobrenome o do outro por ocasião do casamento, conforme § 1º do art. 1.565 do Código Civil, igual proceder é de ser adotado para hipótese de exclusão.

Opina a Procuradoria de Justiça às f. 41-46 pelo provimento do recurso.

Ao revisor.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator).

Dalva Meiri dos Santos Bampi ingressa com recurso de apelação visando reformar a sentença que indeferiu pedido de retificação no registro civil, mais precisamente pedido de retificação do nome da requerente na certidão de casamento.

Alega que sua pretensão não é a de alterar o estado civil, mas tão somente excluir o sobrenome advindo do matrimônio (f. 31), "Bampi", porquanto, segundo o art. 2º da Lei do Divórcio, a sociedade conjugal também tem seu termo pela morte de um dos cônjuges, tal como ocorreu no caso versando, em que veio a óbito o seu marido, depois de dois meses do casamento, o que torna injustificável permanecer a viúva usando o patronímico do esposo falecido.

Diz que assim como pode qualquer dos cônjuges acrescer ao seu sobrenome o do outro por ocasião do casamento, conforme § 1º do art. 1.565 do Código Civil, igual proceder é de ser adotado para hipótese de exclusão.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou à f.41-46 pelo provimento do recurso. E o faz com razão.

A sentença cuja modificação é perseguida pela requerente está assim fundamentada:

> *"Dalva Meiri dos Santos ingressou com pedido de retificação de registro civil, com fundamento no art. 109 da Lei n. 6.015/73, alegando que casou em 16.10.1992, ocasião em que foi acrescido o sobrenome do marido ao seu nome, passando a se chamar Dalva Meiri dos Santos Bambi. Ocorre que após 2 meses e 11 dias do casamento seu marido veio a falecer e como não havia alterado seus documentos pessoais, pretende a exclusão do patronímico do falecido, para que seja mantida seu nome de solteira, Dalva Meiri dos Santos (f. 2-3).*
>
> *O Ministério Público Estadual opinou favoravelmente ao pedido (f. 23-4).*
>
> *É a síntese do necessário. Decido.*
>
> *A autora pretende que o patronímico de seu falecido marido, "Bampi", seja excluído de seu nome para que possa continuar com o nome de solteira Dalva Meiri dos Santos.*
>
> *A pretensão da autora de exclusão do sobrenome advindo do matrimônio implica em mudança de estado civil, a qual não pode ser realizada por meio de retificação de registro civil, conforme leciona Wálter Ceneviva:*
>
> *"Mudança de estado não pode ocorrer em justificação para retificar registro civil - Em simples processo de justificação, e sob color de mera retificação do registro civil de nascimento, não é possível pretender-se a mudança do estado civil da pessoa registrada. A retificação, em tal conjuntura, só é admissível pela via contenciosa, pois, importando o registro em ato de reconhecimento de natureza irrevogável, só por esta forma poderá ser invalidado, desde que atingido por um vício causador de sua nulidade ou anulabilidade".* (CENEVIVA, Wálter. Lei dos Registros Públicos Comentada. 14. ed. atual. até 30 de abril de 2001. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 211).
>
> *Portanto, o pedido deve ser indeferido por ausência de amparo legal para alteração do estado civil de viúva para solteira através de ação de retificação. Ainda que casada por apenas um mês o foi e seu nome alterado, sem possibilidade de alteração.*
>
> *Diante do exposto, na melhor exegese do artigo 109 da Lei n. 6.015/73, julgo improcedente o pedido de Dalva Meiri dos Santos Bampi.* (f. 25-26)*."*

Há de se dar razão a apelante, posto que, associando-se o disposto no § 1º do art. 1.565 com o inc. I do art. 1.571 e § 2º do art. 1.578 do Código Civil, há a possibilidade de se renunciar o uso do patronímico do cônjuge.

É o que pretende a apelante, em razão do término prematuro do casamento pela morte do cônjuge, ocorrida apenas 2 meses após a celebração do casamento.

A extração do patronímico do cônjuge falecido não implica burlar a relação de parentesco porque o casamento não cria este vínculo. O casamento constitui uma sociedade e como tal marido e mulher adquirem *status* de sócios, cuja dissolução ocorre também com a morte de um dos cônjuges. Logo, não soa razoável não admitir que a apelante retire o patronímico do cônjuge (sócio) falecido, já que nenhum prejuízo de ordem parental se verifica.

Como anotou a Procuradoria de Justiça,

> *"(...) vértice, em havendo dissolução do matrimônio, o doutrinador Flávio Tartuce leciona que o Superior Tribunal de Justiça, em respeito ao fato de o nome ser um dos componentes do direito de personalidade, posicionou-se no sentido de que constitui faculdade do cônjuge a continuidade de utilização do sobrenome do outro. Leia-se:*
>
> *'Na esteira dessa proteção constitucional, o STJ tem entendido que a utilização do sobrenome pela mulher, ou a sua permanência após o divórcio, constitui faculdade desta.'* (Manual de Direito Civil. Volume Único. Editora Método. 2.011. Pág. 1.081).
>
> *Diante de tal situação, tendo como norte o aspecto de que o falecimento de um dos cônjuges, tal qual o divórcio, é causa de extinção do vínculo conjugal, não se pode deixar de estender, em obediência ao Princípio da Interpretação Sistemática do Ordenamento Jurídico, a regra que torna facultativa a utilização do sobrenome do outro cônjuge.*
>
> *Perfilhando o entendimento alinhavado, faz-se oportuno trazer à colação os seguintes acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, respectivamente:*
>
> *"APELAÇÃO - DIREITO CIVIL - NOME DA PESSOA NATURAL - IMUTABILIDADE - RELATIVIZAÇÃO – LEI 6.015/73 - ALTERAÇÃO REGISTRO - RETIRADA DE PATRONÍMICO DO MARIDO FALECIDO - POSSIBILIDADE. - Tanto o prenome quanto o nome são atributos inerentes à personalidade, necessários à identificação das pessoas, sendo possível sua alteração, em casos especiais. - Embora a regra adotada pelo Ordenamento Jurídico Pátrio seja a imutabilidade do registro civil, devido à evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinária, dita imutabilidade acabou por ser relativizada, conforme artigos 57 e 58, da Lei n. 6.015/03. - Preenchidos os requisitos legais, deve ser concedida a alteração do nome da requerente junto ao Cartório de Registro Civil, para retornar ao nome de solteira após o falecimento do marido."* (Apelação Cível n. 1.0433.12.007508-3/001, Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes , 4ª Câmara Cível, julgamento em 24/01/2013, publicação da súmula em 30/01/2013).
>
> *"NOME. MORTE DO MARIDO. EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO DO VARÃO. POSSIBILIDADE. Inexiste qualquer vedação legal para que a viúva busque excluir o patronímico do marido, em face de seu falecimento. Aliás, tal possibilidade atende a uma interpretação sistemática, pois, na separação, é facultado à mulher abandonar o seu nome e na conversão da separação em divórcio é impositiva a volta ao nome de solteira. Assim, de todo descabido impor que continue com o nome de casada se o casamento findou em decorrência da morte do cônjuge. Apelo provido."* (Apelação Cível n. 70004210514, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 15/05/2002)".

> *'In casu', após analisar os documentos carreados aos autos, verifica-se que a apelante casou-se, no dia 16/10/1992, com o Sr. Sidney Bampi, ocasião em que adotou o sobrenome deste, passando a se chamar Dalva Meiri dos Santos Bampi.*
>
> *Entretanto, diante do fato de seu marido ter falecido 29/12/1992, ou seja, somente após dois meses do matrimônio, a apelante não efetuou a inclusão do sobrenome "Bampi" nos demais documentos pessoais (cédula de identidade, título de eleitor, cadastro de pessoa física, carteira de registro de professora, cartão do SUS, carteira de motorista, documento de propriedade de veículo e escritura pública de imóveis).*
>
> *Observe-se que, além de a apelante ter ficado casada por apenas 2 (dois) meses, não adveio filho do relacionamento, assim como não se tornou conhecida com seu novo patronímico, pois não alterou seus documentos pessoais, sendo, portanto, desarrazoado exigir que permaneça utilizando o sobrenome "Bampi" pelo resto de sua vida.*
>
> *Contudo, se é certo que a apelante pode excluir o sobrenome do 'de cujus', também é certo que não pode fazer uso dos documentos antigos que constem sua qualificação como solteira, sob pena de os registros públicos não refletirem a verdade dos fatos.*
>
> *Assim, com o escopo de conciliar o direito de personalidade com o princípio da veracidade do assento civil, conclui-se que a apelante pode excluir o sobrenome do falecido marido, devendo retificar seus documentos pessoais para que passe a constar o estado civil de viúva, porquanto o casamento apesar de breve realmente existiu." (f. 42-45).*

Em recente obra coordenada pelos professores José Manuel de Arruda Alvim Neto, Alexandre Laizo Clápis e Everaldo Augusto Cambler[1], consta citação de jurisprudência em relação ao art. 109 da Lei de Registros Públicos, em texto doutrinário do desembargador do TJSP Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior, que merece reprodução ao caso, a saber:

> *"Nome. Exclusão do nome da cônjuge virago do patronímico do cônjuge varão falecido. (Proc. N. 868/047 R (000.04.122580-5), 2ª Vara de Registros Públicos da Capital. Juíza Ana Luiza Vila Nova. Foram referidos, como fundamentos do deferimento os arts. 240, parágrafo único, do CC de 1916, e o art. 1.565, § 1º, do Código Civil vigente* (Ref.: RJTJ 203/133).

Nunca é demais lembrar a evolução do direito de família, a partir de uma nova concepção com a Constituição de 1988. Essa evolução é tão veemente que até normas ditadas pelo Conselho Nacional de Justiça acabam substituindo a legislação não providenciada pelo legislativo, como é o caso do registro de união entre pessoas do mesmo sexo perante o registro civil.

Essa evolução fortalece a assertiva de se conceder a retificação no assento de casamento, como na circunstância noticiada, ou seja, exclusão do nome do patronímico do cônjuge falecido do nome da requerente viúva.

A pretensão, portanto, deve ser acolhida, observando, porém, a ressalva feita pelo e. Procurador de Justiça, no sentido de que a apelante, conquanto retome seu nome sem o patronímico do cônjuge falecido, retificando-se os assentamentos registrais não está imune à emissão de novos documentos pessoais, com o assentamento do estado civil de viúva.

Posto isso, e com o parecer, conheço do recurso dou-lhe provimento, para deferir o pedido de retificação à margem do assento de casamento da requerente, mediante mandado ao serviço registral, para a exclusão do patronímico "Bampi" do cônjuge falecido do nome da requerente, que passará a assinar seu nome de solteira, sem, contudo, alterar o atual estado civil, o qual terá a inserção do estado civil de viúva, nos documentos pessoais.

1 **Lei de Registros Públicos Comentada**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 321.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

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, 18 de setembro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0001831-04.2010.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CIRURGIA PLÁSTICA PARA RETIRADA DE EXCESSO PÓS CIRURGIA BARIÁTRICA – COBERTURA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A cirurgia plástica para retirada de excesso de pele após emagrecimento acentuado decorrente de intervenção cirúrgica para tratamento de obesidade mórbida não tem caráter meramente estético e sim reparador, pois visa restabelecer o bem físico e psicológico do paciente, e deve ser considerada como extensão da redução de estômago.

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, 2 de setembro de 2014.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Unimed de Presidente Prudente - Cooperativa de Trabalho Médico, interpõe recurso de apelação contra a sentença que julgou procedente o pedido da presente ação de obrigação de fazer que lhe move Rubens Querobim.

Alega preliminar de cerceamento de defesa, por ausência de perícia médica apta a atestar que a cirurgia pleiteada - dermolipctomia - tem caráter estético.

No mérito, alega que o procedimento cirúrgico não é coberto pelo plano de saúde, por tratar-se de cirurgia estética, não se encontrando previsto no rol dos procedimentos médicos atendidos pelo contrato, os quais observam aqueles definidos pelo Ministério da Saúde.

Afirma que não lhe cabe conferir assistência integral e ilimitada aos seus usuários.

Invoca o princípio da legalidade e do *pacta sunt servanda* para se eximir do dever de ressarcir as despesas postuladas pelo apelado, bem como o óbice contido na Lei Federal n.º 9.656/98, que veda a cobertura de procedimentos cirúrgicos para fins estéticos.

Contrarrazões às f. 374-83.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (Relator).

Trata-se de apelação cível interposta por Unimed de Presidente Prudente – Cooperativa de Trabalho Médico, contra a sentença que julgou procedente o pedido da presente ação de obrigação de fazer, consistente em lhe condenar a realizar procedimento cirúrgico denominado "dermolipctomia", para retirada de excesso de pele decorrente de flacidez em avental no abdomem pós cirurgia bariátrica.

Não merece guarida a alegação de que houve cerceamento de defesa, em face do julgamento antecipado da lide, uma vez que não se justifica o prosseguimento do feito em que o julgador constata preenchidas as condições necessárias para proferir juízo de valor, reputando suficientes as provas constantes nos autos.

O julgamento antecipado da lide é faculdade atribuída pela lei ao julgador (art. 330, I, CPC), que, ao verificar, nas questões meramente de direito ou, também, fáticas, a presença de provas documentais suficientes para o desfecho da lide, poderá julgar de imediato a causa, sem necessidade de produção de outras provas.

A relação estabelecida entre as partes, mediante contrato de prestação de serviços médico-hospitalares e fornecimento de materiais, é típica de consumo, aplicando-se ao caso as normas atinentes ao Código de Defesa do Consumidor, devendo ser interpretado e flexionado em favor do consumidor.

O princípio do *pacta sunt servanda* encontra-se em declínio, tendo em vista que a visão de igualdade entre as partes encontra-se consolidada tão somente no plano teórico, uma vez que, constatada a desigualdade entre elas, deve imperar o princípio da relatividade dos contratos, possibilitando assim sua mutabilidade perante as esferas judiciais.

Assim, independentemente do rol de doenças cobertas pelo plano de saúde, sua abrangência deve ser flexibilizada para atender a necessidade do usuário.

É inconteste que o apelado padecia de obesidade mórbida, submetendo-se à cirurgia de gastroplastia para a redução do estômago.

Em decorrência da perda significativa de peso, começou a apresentar excesso de pele e gordura, principalmente na região do abdômen, o que veio a dificultar sua locomoção e desenvolvimento das atividades corriqueiras, necessitando submeter-se à cirurgia de abdominoplastia, conforme demonstra laudo médico acostado à f. 63.

Não pairam dúvidas de que a cirurgia de dermolipectomia constitui parte integrante da cirurgia de redução de estômago, a que se submeteu o apelado para o tratamento de obesidade mórbida, e que foi efetivamente coberta pela agravada.

Por meio do laudo médico (f. 63) e guia de solicitação de procedimento (f. 64) verifica-se que o autor apresenta abdomem em avental com dermatite nas dobras com indicação de serviço de cirurgia plástica corretiva.

Diante disso, solicitou autorização para procedimento cirúrgico de dermolipectomia, *"devido a flacidez em avental no abdomem pós cirurgia bariátrica, com assadura em abdomem e mal cheiro". (f. 640)*.

Por meio de agravo de instrumento, concedeu-se a antecipação dos efeitos da tutela para a realização de procedimento cirúrgico, o que ocorreu.

A questão não é nova em nossos Tribunais, e encontra-se praticamente pacificada no sentido de que a cirurgia para retirada de excesso de pele é uma consequência da cirurgia realizada para redução de estômago, não havendo falar em efeito estético.

Nesse sentido:

> *AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. CUSTEIO DE CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA. CONTINUIDADE DO TRATAMENTO MÉDICO DECORRENTE DE CIRURGIA BARIÁTRICA. DANO MORAL. VALOR INDENIZATÓRIO. RECURSO DESPROVIDO DA AMIL. RECURSO DA AUTORA CLÁUDIA PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A cirurgia plástica requerida não se trata de procedimento estético, mas de conduta médica complementar da cirurgia de redução de estômago a que se submeteu à autora, sob pena de continuar sendo vítima de problemas de saúde diversos dos decorrentes da obesidade, mas ligados às patologias pelo excesso de pele. Pelos mesmos fundamentos, fica evidente a ocorrência de dano moral, considerando a recusa indevida à continuidade do tratamento da doença que acometia a autora e os transtornos que teve para atingir sua plenitude. 2. A indenização por danos morais não pode resultar em obtenção de vantagem indevida. Por outro prisma, também não pode ser irrisória, pois almeja coibir a repetição de comportamento descompromissado, seguindo a teoria do desestímulo. Desse modo, o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) não atende aos preceitos supracitados, razão pela qual a indenização deve ser majorada para R$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de danos morais.* (TJDF; Rec. 2008.01.1.115634-8; Ac. 500.896; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Lecir Manoel da Luz; DJDFTE 06/05/2011; Pág. 285) .

> *OBRIGAÇÃO DE FAZER. CIRURGIA PLÁSTICA PARA RETIRADA DE EXCESSO DE PELE DECORRENTE DE TRATAMENTO DE OBESIDADE (REDUÇÃO DE ESTÔMAGO). PROCEDIMENTO COM FIM REPARADOR. COBERTURA DEVIDA. A cirurgia plástica para retirada de excesso de pele após emagrecimento acentuado decorrente de intervenção cirúrgica para tratamento de obesidade mórbida não tem caráter meramente estético, e sim reparador, pois visa restabelecer o bem físico e psicológico da paciente, e deve ser considerada como extensão da redução de estômago. Assim, como não se trata de cirurgia estética, não está excluída daquelas cobertas pelo plano de saúde.* (TJMS; AC-Or 2008.001270-0/0000-00; Campo Grande; Quarta Turma Cível; Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins; DJEMS 14/03/2008; Pág. 20)

> *RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE PRELIMINAR. INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO VERIFICAÇÃO, NA ESPÉCIE. MÉRITO. CIRURGIA DE REMOÇÃO DE TECIDO EPITELIAL APÓS A SUBMISSÃO DA PACIENTE-SEGURADA À CIRURGIA BARIÁTRICA. PROCEDIMENTO NECESSÁRIO E COMPLEMENTAR AO TRATAMENTO DA OBESIDADE, ESTE INCONTROVERSAMENTE ABRANGIDO PELO PLANO DE SAÚDE CONTRATADO, INCLUSIVE, POR DETERMINAÇÃO LEGAL ALEGAÇÃO DE FINALIDADE ESTÉTICA DE TAL PROCEDIMENTO AFASTAMENTO. NECESSIDADE. COBERTURA AO TRATAMENTO INTEGRAL DA OBESIDADE. PRESERVAÇÃO DA FINALIDADE CONTRATUAL. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - No caso dos autos, a magistrada que concluiu a audiência de instrução e julgamento afastou-se do feito para assumir a titularidade de outra Vara e exercer a jurisdição em outra Comarca, hipótese que se enquadra na cláusula genérica pré-citada: "afastamento por qualquer motivo", na esteira da jurisprudência desta Corte; II - Encontrando-se o tratamento da obesidade mórbida coberto pelo plano de saúde entabulado entre as partes, a seguradora deve arcar com todos os tratamentos destinados à cura de tal patologia,*

> *o principal – cirurgia bariátrica (ou outra que se fizer pertinente) - e os subseqüentes ou conseqüentes - cirurgias destinas à retirada de excesso de tecido epitelial, que, nos termos assentados, na hipótese dos autos, não possuem natureza estética; III - As cirurgias de remoção de excesso de pele (retirada do avental abdominal, mamoplastia redutora e a dermolipoctomia braçal) consiste no tratamento indicado contra infecções e manifestações propensas a ocorrer nas regiões onde a pele dobra sobre si mesma, o que afasta, inequivocamente, a tese sufragada pela parte ora recorrente no sentido de que tais cirurgias possuem finalidade estética; IV - Considera-se, assim, ilegítima a recusa de cobertura das cirurgias destinadas à remoção de tecido epitelial, quando estas se revelarem necessárias ao pleno restabelecimento do paciente-segurado, acometido de obesidade mórbida, doença expressamente acobertado pelo plano de saúde contratado, sob pena de frustrar a finalidade precípua de tais contrato; V - Recurso Especial improvido.* (STJ; REsp 1.136.475; Proc. 2009/0076243-9; RS; Terceira Turma; Rel. Min. Massami Uyeda; Julg. 04/03/2010; DJE 16/03/2010).

Não há como se imaginar, diante do caso concreto, que a cirurgia seria apenas para fins estéticos, mostrando-se, na verdade, como necessidade terapêutica.

A cirurgia plástica para retirada de excesso de pele após emagrecimento acentuado decorrente de intervenção cirúrgica para tratamento de obesidade mórbida não tem caráter meramente estético, e sim reparador, pois visa restabelecer o bem físico e psicológico da paciente, e deve ser considerada como extensão da redução de estômago. Como não se trata de cirurgia estética, não está excluída daquelas cobertas pelo plano de saúde.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso e mantenho inalterada 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. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 02 de setembro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0002983-03.2008.8.12.0027 - Batayporã
Relator. Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – ADICIONAL PREVISTO NO ESTATUTO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS – NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO – OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SEPARAÇÃO DOS PODERES – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Apesar da Carta Magna ter contemplado o adicional de insalubridade aos trabalhadores (art. 7.º, XXIII), com extensão aos funcionários públicos (art. 39, § 3.º, da CF), o fez condicionando-o à lei própria. Portanto, se a Lei Municipal estabelece que o adicional deverá ser pago conforme dispuser o regulamento, ela não é autoaplicável, necessitando ser regulamentada para que assim produza os seus efeitos. 2. Ainda que se diga que cabe ao Judiciário suprir a omissão do Executivo quando não editada norma específica para atendimento do direito do cidadão, tal prática somente poderá ocorrer quando utilizado o meio processual adequado, qual seja, o mandado de injunção, sob pena de ofensa ao princípio da independência dos poderes. 3. Apelação conhecida, porém improvida.

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, 15 de julho de 2014.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Marlene Dolovet contra a sentença de improcedência da ação de cobrança do benefício de insalubridade que move contra o Município de Taquarussu, fundada na ausência de regulamentação de tal direito no âmbito municipal.

Aduz que desde sua posse, em 27/04/2004, exerce função de auxiliar de serviços gerais, desempenhando atividade de faxineira, o que considera insalubre nos moldes do que dispõe o Anexo 11 da NR-15, havendo previsão legal para pagamento do adicional no art.105, II, *b*, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Taquarussu.

Disse que, realizado laudo pericial judicialmente, nele se constatou que faz jus ao recebimento do adicional de insalubridade de grau máximo (40%), conforme previsão do artigo 112 da Lei Municipal n.º 79/1997.

Nesse contexto, pede a reforma da sentença para que o pedido inicial seja julgado procedente e lhe seja concedido o adicional, com os demais reflexos permitidos sobre o 13.º salário e férias.

Prequestionou os art. 7.º, XXIII, da Constituição Federal e o art. 105 da Lei Municipal n.º 79/97.

Em contrarrazões (f. 328-33), o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Marlene Dolovet contra a sentença que julgou improcedente o pedido de cobrança de adicional de insalubridade aforado contra o Município de Taquarussu.

Entende que faz jus ao benefício por expressa previsão de lei local, o que, de fato, consta do art. 105 do Estatuto do Servidor Público do Município de Taquarussú – Lei Municipal n.º 079/97:

> *Além do vencimento e de outras vantagens previstas nesta Lei, poderão ser deferidos aos funcionários.*
>
> *II- adicional:*
>
> *a)...*
>
> *b) pelo exercício de atividade em condições penosas, insalubres ou perigosas;*
>
> *c)...*
>
> *k) pelo exercício de encargos especiais;*
>
> *L) por realização de encargos especiais"*
>
> *Em seu parágrafo único ficou ressalvado que, "os adicionais previstos nas letras "g", "h", "i", "j", "k" e "l" deste artigo, serão disciplinados em lei ou regulamento.*

Muito embora, o parágrafo citado não tenha incluído o adicional de exercício de atividade em condições penosas, insalubres ou perigosas, vale ser observado que na Subseção IV daquele estatuto, ao tratar especificamente dos "Adicionais de Penosidade, Insalubridade e de Periculosidade", restou expressamente consignado:

> *Art. 112 – Os funcionários que executam atividades penosas ou que trabalham, habitualmente, em locais insalubres ou em situação de risco de vida, como, ainda, em contato permanente com substâncias tóxicas ou radioativas, fazem jus a um adicional calculado sobre o vencimento do cargo efetivo, no percentual de* ***até 40%*** *(quarenta por cento),* ***conforme dispuser o regulamento****.* (destaquei).

Portanto, ao contrário do que alega a apelante, o próprio Estatuto estipulou que o benefício poderia ser concedido, observado o que dispusesse o respectivo regulamento.

Vale ressaltar que apesar da Carta Magna ter contemplado o adicional de insalubridade aos trabalhadores (art. 7.º, XXIII), com extensão aos funcionários públicos (art. 39, § 3.º, da CF), o fez condicionando-o à lei própria.

Portanto, se a Lei Municipal n.º 079/97 estabelece que o adicional deverá ser pago conforme dispuser o regulamento, ela não é autoaplicável, necessitando ser regulamentada para que assim produza os seus efeitos.

Assim, ainda que se diga que cabe ao Judiciário suprir a omissão do Executivo, quando não editada norma específica para atendimento do direito do cidadão, tal prática somente poderá ocorrer quando utilizado o meio processual adequado, qual seja, o mandado de injunção, sob pena de ofensa ao princípio da independência dos poderes.

Nesse sentido, colhe-se do entendimento desta Corte:

> *APELAÇÃO CÍVEL - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI MUNICIPAL- PEDIDO IMPROCEDENTE - PISO SALARIAL - AUTONOMIA DO MUNICÍPIO -SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.* ***O pagamento do adicional de insalubridade ao servidor público municipal somente pode ser concedido quando houver previsão em lei municipal e em regulamento específico, que a própria lei estabelece como instrumento infra-legal regulamentador do aludido direito, no tocante aos respectivos percentuais.*** *Só o Município poderá estabelecer o regime de trabalho e de pagamento de seus servidores, tendo em vista as peculiaridades locais e as possibilidades de seu orçamento."* (Apelação Cível 0000241-54.2012.8.12.0030. Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. 4ª Câmara Cível. J.17/12/2013) destaquei.
>
> *APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO RECLAMATÓRIA - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - LEI INSTITUIDORA DO ADICIONAL - ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO MUNICÍPIO - NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO - VERBA DEVIDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA NORMA REGULAMENTAR ESPECIFICANDO QUAIS OS SERVIDORES E ATIVIDADES ESTARIAM SUJEITAS À INSALUBRIDADE E SEU GRAU - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - RECURSO IMPROVIDO. Em se tratando de norma dependente de regulamentação por parte do Poder Executivo, conforme determina o art. 26, § 1.°, da Lei Complementar n. 011/2002, que instituiu o adicional de insalubridade no Município de Douradina, o termo inicial da sua eficácia é o momento da publicação do ato administrativo que o regulamentou.* ***Traduz-se em ofensa ao princípio da separação dos poderes, a determinação, pelo Judiciário, para que o Executivo expeça norma regulamentadora do adicional de insalubridade a que estaria exposta a apelante, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que a edição de norma regulamentar é de iniciativa do Executivo"*** (Apelação Cível 0002994-32.2008.8.12.0027. Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva. 5.ª Câmara Cível. J. 16/05/2013) destaquei.
>
> *APELAÇÃOCÍVEL.AÇÃODECOBRANÇADEADICIONALDEINSALUBRIDADE. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO EXIGIDA NA LEI MUNICIPAL. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. Para a incidência de adicional de insalubridade nas atividades exercidas pelo servidor público, é necessária a existência de previsão de Lei municipal que regulamente as atividades insalubres e as alíquotas a serem aplicadas. 2. A falta de Lei regulamentando o pagamento de adicional de insalubridade, inviabiliza a administração pública de fazê-lo, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade contido no art.37 da Carta Magna.* (TJMS; APL 0002970-04.2008.8.12.0027; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; DJMS 11/04/2013; Pág. 18)

Em face do exposto, conheço do recurso mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 15 de julho de 2014.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4006309-08.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO – ART. 117 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 53/90 - PENSÃO AOS DEPENDENTES – PAGAMENTO PROPORCIONAL AO NÚMERO DE ANOS TRABALHADOS – ORDEM DENEGADA.

As quotas de pensão devidas ao dependente, na forma do revogado art. 117, da Lei Complementar Estadual n.º 53/90, correspondem a cada ano de serviço prestado pelo policial-militar condenado e excluído da Corporação.

A pensão será paga aos dependentes em tantas cotas de vencimentos quantos forem os anos de serviços trabalhados pelo policial militar condenado ou excluído da corporação.

Findadas as cotas correspondentes, cessa a pensão, que não é vitalícia nem se confunde com a pensão devida por morte em serviço.

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, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 14 de agosto de 2014.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Marilda Soares de Almeida Ramos impetra mandado de segurança com pedido liminar contra ato da Secretária de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente em cancelar o pagamento da pensão de militar por morte ficta.

Afirma ser dependente/beneficiária da pensão de ex-policial militar do Estado, e que obteve o benefício por meio do Mandado de Segurança n.º 2005.017156-2, mas recebeu as parcelas apenas até o dia 1 º de março de 2013, quando o pagamento foi suspenso pela autoridade apontada como coatora.

Sustenta, em síntese, ter direito à manutenção da pensão por expressa previsão legal (art.117 da LC 53/90).

Requer, ao final, a concessão da segurança para determinar-se o restabelecimento de pensão militar.

A liminar foi indeferida.

Informações e defesa às f. 77-90.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (Relator).

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Marilda Soares de Almeida Ramos, contra ato praticado pela Secretária de Administração do Estado de Mato Groso do Sul, consistente no cancelamento do pagamento da pensão recebida pela expulsão de seu companheiro da corporação, ex-policial militar.

Alega que o direito ao recebimento da pensão lhe foi concedido por meio da decisão proferida no Mandado de Segurança n. 2005.017156-2, o que garante o recebimento de pensão.

Sustenta que a jurisprudência adota entendimento no sentido de que, como a pensão militar por morte ficta possui caráter alimentar, não pode ser suspensa, devendo ser instaurado processo administrativo para resguardar o direito ao contraditório e a ampla defesa, o que não ocorreu no presente caso.

Verifica-se que na ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 2005.017156-2, ficou estabelecido que o pagamento da pensão concedida à impetrante dar-se-ia de acordo com o disposto no § 2.º, do art. 117, da Lei Complementar n.º 53/90, o qual dispunha:

> *"Art. 117. O falecimento do policial-militar da ativa acarreta interrupção do serviço policial-militar, com o conseqüente desligamento ou exclusão do serviço ativo, a partir da data da ocorrência do óbito.*
>
> *§ 1.º O policial militar que contar no mínimo, com 10 anos de serviço e for demitido ou excluído da Corporação em conseqüência de sentença transitada em julgado, será reputado na condição prevista no 'caput' deste artigo.*
>
> *§ 2.º* ***No caso do parágrafo anterior os dependentes farão jus a tantas cotas de vencimentos quanto forem os anos de serviço trabalhados pelo policial-militar condenado, até o máximo de tempo exigido para a integralização do tempo de serviço, sendo de no mínimo 70% (setenta por cento) dos vencimentos que vinha recebendo.***
>
> *§ 3.º Os vencimentos a que se refere o parágrafo anterior serão reajustados sempre que houver alteração nos vencimentos do pessoal da ativa e nos mesmos índices". Destaquei*

A matéria examinada não é nova nesta corte e, a despeito de posicionamentos divergentes, entendo que a ordem deve ser denegada.

A interpretação do § 2.° do artigo mencionado, é no sentido que será paga pensão aos dependentes do policial militar que for demitido ou excluído da corporação em tantas cotas quantos forem os anos trabalhados.

Assim, conclui-se que o pagamento do benefício que era previsto no art. 117, § 2.º, da Lei Complementar n.º 53/90, possuía e possui caráter temporário, isto é, não vitalício, limitando-se ao número de cotas correspondentes aos anos laborados pelo militar.

In casu, demonstrado que o companheiro da impetrante trabalhou 14 anos na corporação, esta tem direito ao recebimento de 15 cotas e não ao recebimento da pensão por período indeterminado, de forma vitalícia.

Como bem destacado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, *"o acórdão proferido no Mandado de Segurança n. 2005.017156-2 foi cumprido integralmente, tendo em vista que a impetrante teria direito a 15 (quinze) cotas e percebeu 80 (oitenta) cotas."* (f. 95).

Outrossim, o caráter temporário do recebimento desse tipo de pensão, por morte ficta de policial militar excluído a bem da disciplina, é entendimento tranquilo neste Sodalício, consoante se extrai dos julgados colacionados a seguir:

> *MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE DE POLICIAL MILITAR. PAGAMENTO DE COTAS DE ACORDO COM A QUANTIDADE DE ANOS DE SERVIÇOS PRESTADOS À CORPORAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DOS §§ 1.º E 2.º DO ART. 177 DA LEI COMPLEMENTAR N.º 53/90. RECEBIMENTO DE COTAS EM NÚMERO MAIOR AO DEVIDO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.* (TJMS; MS 4002135-53.2013.8.12.0000; Segunda Seção Cível; Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz; DJMS 12/03/2014; pág. 28 – O artigo correto é o 117, e não como constou do acórdão)

> *E M E N T A - MANDADO DE SEGURANÇA - PENSÃO MILITAR - ART. 117, § 2.º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 53/90 - COTAS MENSAIS QUE DEVEM CORRESPONDER AO NÚMERO DE ANOS TRABALHADOS - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E DE ATO ILEGAL PRATICADO PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA - SEGURANÇA DENEGADA. I) De acordo com o art. 117 da LC 53/90, no caso de demissão ou exclusão de policial militar com, no mínimo, 10 (dez) anos de serviço, em consequência de sentença transitada em julgado, seus dependentes "farão jus a tantas cotas de vencimentos quanto forem os anos de serviço trabalhados pelo policial-militar condenado". Tal dispositivo deve ser interpretado como sendo cotas mensais correspondente ao mesmo número de anos trabalhados pelo ex-policial militar até a data de seu desligamento da Corporação. II) Tendo o ex-policial prestado 14 (quatorze) anos de serviço à Corporação, a dependente deverá, então, receber 14 (quatorze) cotas mensais, findas os quais o pagamento deve cessar, sob pena de pagamento indevido e com prejuízo ao erário. III) Direito líquido e certo inexistente. Segurança denegada* (TJMS; MS 4004451-39.2013.8.12.0000; Campo Grande; Segunda Seção Cível; Rel. Des. Dorival Renato Pavan; DJMS 16/09/2013)

> *E M E N T A - MANDADO DE SEGURANÇA - PENSÃO CONCEDIDA POR MORTE FICTA EM ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO - INTERPRETAÇÃO DO ART. 117 DA LEI COMPLEMENTAR 053/90 - PAGAMENTO DE COTAS CORRESPONDENTES AO NÚMERO DE ANOS DE SERVIÇOS PRESTADOS À CORPORAÇÃO - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E DE ATO ILEGAL DA AUTORIDADE COATORA - SEGURANÇA DENEGADA. 1- A impetrante tem direito a receber a pensão prevista no parágrafo segundo do art. 117 da Lei Complementar n.º 053/1990, ou seja, tantas cotas de vencimento quantos forem os anos de serviços trabalhados pelo Policial Militar condenado, até o máximo de 70% (setenta por cento) dos vencimentos que vinha recebendo. 2- O § 2.º, do art. 117, da Lei Complementar n. 53/90 deve ser interpretado no sentido de que a pensão concedida ao dependente de policial militar excluído é limitada à quantidade de cotas correspondentes aos anos de serviços prestados pelo militar até o máximo de tempo exigido para integralização do tempo de serviço. 3- In casu, até a data de 21.6.2012, a impetrante havia recebido 182 cotas de vencimento, já que teve seu benefício implantado em junho de 1996, ou seja, mais do que o máximo previsto legalmente, de 30 cotas, não havendo, portanto, mais nenhum valor a ser recebido, razão pela qual, deve ser denegada a ordem pleiteada.*

Bom ressaltar-se, de outra parte, que aquele dispositivo legal não suportou a ausência de similitude com a legislação aplicável aos integrantes das Forças Armadas da União, e findou por ser revogada pelo art. 4.º, da Lei Complementar Estadual n.º 123, de 20.12.2007.

De outro norte, não há falar em aplicação do art.71 da Lei n.º 6.880/80 (Estatuto dos Militares), que é aplicável apenas aos casos de morte do militar em serviço.

Sobre a aplicação da referida Lei, assim se manifestou a i. Procuradora de Justiça:

> *"É óbvio que um fato ilícito, imoral e reprovável, suficiente a ensejar sentença condenatória e exclusão da corporação não pode legitimar nem autorizar uma "aposentadoria" precoce de quem não encerrou as mínimas condições de permanecer no serviço público. Isto constitui requintado absurdo, manifesta imoralidade.*
>
> *Tal pretensão equivale mesmo a verdadeiro prêmio àqueles que, ao contrário, deveriam mesmo indenizar a Administração Pública pelos danos causados a sua imagem e credibilidade, por incorrerem em conduta ilícita e incompatível com os princípios e regras que regem aquela."*

Pelo exposto, e com o parecer, julgo improcedente o pedido, denego a segurança e, na forma do art. 269, inciso I, parte final, do Código de Processo Civil, extingo o feito com julgamento de mérito.

Sem custas, por ser a impetrante beneficiária da gratuidade de Justiça, e sem honorários, por incabíveis na espécie.

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. Oswaldo Rodrigues de Melo

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Marco André Nogueira Hanson e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 14 de agosto de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0800601-83.2013.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo
Relator Designado Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À ARREMATAÇÃO – PRELIMINARMENTE – ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE – INSTRUMENTO QUE ALBERGA MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – EXTEMPORANEIDADE QUE NÃO IMPEDE O CONHECIMENTO DOS FATOS AFRONTOSOS À LEGISLAÇÃO PROCESSUAL – INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO – EMBARGOS CONHECIDOS – MÉRITO – REALIZAÇÃO DE HASTA PÚBLICA APESAR DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO E SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO MEIO EXECUTIVO – INCIDÊNCIA DO BROCARDO LATINO *DA MIHI FACTUM DABO TIBI JUS* – AFRONTA AOS ARTS. 569, 572, 462, 620, 791, II, 792, 265, II, TODOS DO CPC – *ERROR IN PROCEDENDO* – ANULAÇÃO DAS ARREMATAÇÕES E DEVOLUÇÃO DAS PARTES AO *STATUS QUO ANTE* – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. Impõe-se conhecer dos embargos à arrematação, apesar da apresentação extemporânea, quando a matéria trazida ao conhecimento do Estado-Juiz é de ordem pública, cognoscível em qualquer tempo e grau de jurisdição, a qual não sofre os efeitos da preclusão. Tal intelecção ganha maior relevo quando o próprio juízo singular reconhece a relevância da tese aviada quando do recebimento da apelação; a parte equivocadamente opõe agravo retido nos autos do cumprimento de sentença, para revestir de legitimidade a discussão da matéria e inviabilizar a formação da preclusão; uma das decisões em relação à questão foi proferida no gozo de férias do magistrado; a rejeição dos embargos não afasta a possibilidade de seu recebimento e processamento como ação autônoma.

II. Os fatos deduzidos nos embargos à arrematação evidenciam que o Juízo singular deixou de dar concretude a diversos dispositivos legais ao admitir o prosseguimento do processo executivo, apesar de solicitado pelas partes a suspensão do feito e dos atos executivos, incidindo em *error in procedendo*.

III. Reconhecida a nulidade absoluta dos atos promovidos a partir da protocolização do acordo, impõe-se anular as arrematações, devolvendo-se as partes ao *status quo ante*.

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 relator, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Vogal, após o Revisor rever seu voto.

Campo Grande, MS, 12 de agosto de 2014.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

João Mardegan, Márcia Messias da Silva, irresignados com a sentença que proferida nos autos dos *embargos à arrematação* opostos contra Liga Esportiva Municipal Rio-pardense, Clodoaldo Ferreira Leite, Marcos Antonio Costa**,** interpõem recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 136-146, os recorrentes sustentam que a sentença não se manifestou sobre a tese de que o pedido de remição suspende o prazo para a oposição de embargos à arrematação.

Argumentam que *"se o direito de remição pode ser exercido até a assinatura do auto de arrematação, como entende os julgados a respeito do assunto, deixou este Douto Julgador de enfrentar tal tese, omitindo-se o julgado nesse sentido"* (f. 141).

Justificam que protocolaram a transação antes do término da hasta pública, e sendo assim, conforme o entendimento do STJ, o prazo para oposição de embargos à arrematação ficou suspenso.

Ao final, pedem o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de *"afastar o reconhecimento da intempestividade, face ao acordo celebrado a f. 19/20, ou seja, ANTES DO TÉRMINO DA ARREMATAÇÃO e, no mérito, julgar procedente o pedido contido na inicial, eis que houve transação entre Credor/Devedor antes da finalização da hasta pública, anulando-se as cartas de arrematação diante a transação prévia entre Credor/Devedor, homologando-se o acordo celebrado com o Credor, eis que sua não homologação confronta com a melhor doutrina e pacificada jurisprudência, ou anulando-se o decisum monocrático, determinando-se o retorno dos autos à origem para apreciar o mérito dos embargos"* (f. 145-146).

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões (f. 160-172 e f. 173-194) pedindo a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

VOTO (EM 22/07/2014)

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator).

João Mardegan e Márcia Messias da Silva, irresignados com a sentença proferida nos autos dos embargos à arrematação opostos contra Liga Esportiva Municipal Rio-Pardense, Clodoaldo Ferreira Leite e Marcos Antonio Costa**,** interpõem recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 136-146, os recorrentes sustentam que a sentença não se manifestou sobre a tese de que o pedido de remição suspende o prazo para a oposição de embargos à arrematação.

Argumentam que *"se o direito de remição pode ser exercido até a assinatura do auto de arrematação, como entende os julgados a respeito do assunto, deixou este Douto Julgador de enfrentar tal tese, omitindo-se o julgado nesse sentido"* (f. 141).

Justificam que protocolaram a transação antes do término da hasta pública, e sendo assim, conforme o entendimento do STJ, o prazo para oposição de embargos à arrematação ficou suspenso.

Ao final, pedem o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de *"afastar o reconhecimento da intempestividade, face ao acordo celebrado a f. 19/20, ou seja, antes do término da arrematação e, no mérito, julgar procedente o pedido contido na inicial, eis que houve transação entre Credor/Devedor antes da finalização da hasta pública, anulando-se as cartas de arrematação diante a transação prévia entre Credor/Devedor, homologando-se o acordo celebrado com o Credor, eis que sua não homologação confronta com a melhor doutrina e pacificada jurisprudência, ou anulando-se o decisum monocrático, determinando-se o retorno dos autos à origem para apreciar o mérito dos embargos"* (f. 145-146).

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões (f. 160-172 e f. 173-194) pedindo a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

Conforme consta da sentença, os embargos à arrematação foram tidos como intempestivos.

Os embargos à arrematação estão previstos no artigo 746 do Código de Processo Civil, que estabelece as hipóteses em que são cabíveis, desde que supervenientes à penhora, vejamos:

> *"Art. 746. É lícito ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo".*

In casu, o recorrente alega que não há de se falar em intempestividade dos embargos à arrematação, porque a execução estava suspensa, tendo em vista o pedido de remição que não teria sido analisado pelo juiz singular.

Com relação ao pedido de remição, vigora no ordenamento jurídico o artigo 651 do CPC, que estabelece:

> *"Art. 651. Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios".*

É cediço que a remição encontra respaldo no princípio de que a execução deverá se fazer de forma menos onerosa ao devedor, tanto que permite que este, a qualquer tempo, possa remir sua dívida, pagando a importância da condenação, atualizada monetariamente, mais juros, custas processuais e honorários de sucumbência (se houver). Para tanto, deve ser observado o prazo, qual seja, antes da assinatura do auto de arrematação ou de adjudicação.

Sobre o tema, leciona Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"Se contra o devedor tramita ação de execução, diz-se que o pagamento pode ser feito (remição da execução) antes de adjudicados ou alienados os bens. Ou seja: pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios (CPC 651). É direito concedido ao devedor de pagar (CC 304; CC/1916930) ou consignar (CC 334; CC/1916972) a importância devida antes de adjudicados ou alienados os bens que estão penhorados, garantindo a execução. O depósito feito em pagamento ou consignação deve ser do valor total da dívida, atualizado, acrescido de juros, custas e honorários advocatícios. É espécie de satisfação da obrigação e extinção da execução (CPC 794 I)"*

E continuam:

> *"A lei assinala o prazo final, após o qual o devedor já não pode remir a execução (CPC 651): efetiva assinatura do auto de arrematação ou adjudicação (CPC 694) encerra a possibilidade de o devedor exercer o direito que lhe conferem o CC 304 (CC/1916 930) e CPC 651. Após a ocorrência desses eventos a dívida se considera paga, potencialmente satisfeito o credor (que só vai depender do levantamento do produto da alienação – CPC 709) e prestes a ser encerrada a execução"* (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: RT, 2013. p. 1228).

Conforme consta dos autos, os recorrentes, devedores, alegam que acordaram o pagamento do débito, antes da alienação judicial, propondo-se a pagarem parte da dívida à vista, e o remanescente em 05 (cinco) parcelas a serem corrigidas pelas partes.

O pedido de remição da execução somente é possível de ser feito antes da arrematação ou adjudicação, e desde que haja o pagamento ou depósito, em juízo, da importância da dívida, mais os juros, correção, custas e honorários advocatícios (art. 651, CPC), circunstância que não fora verificada nos autos.

O pagamento, a toda evidência, é condição para validade da remição, nos moldes traçados pela lei, vale dizer, o pagamento deve acompanhar o pedido de remição.

No presente caso, o intento de remir a dívida foi noticiado nos autos pelos devedores na mesma data da arrematação. Além disso, os recorrentes limitaram-se a informar o pagamento à vista de parte do débito, objetivando o parcelamento do restante da dívida - o que não implica garantia de adimplemento. Ora, se é pressuposto da remição o pagamento efetivo da dívida, juros, correção e custas, não há de se reconhecer de mero pedido de adimplemento não acompanhado do pagamento do principal e de seus consectários legais.

A meu ver, o pleito de remição, nos termos em que fora proposto, carece de validade.

E, se não há a remição, também não há de se falar em suspensão do prazo para oposição dos embargos à arrematação. Portanto, os embargos em questão, no momento em que foram opostos, encontraram, corretamente, a barreira da intempestividade.

Por essa razão, não há de se falar em validade da remição e, muito menos, da suspensão do prazo para oposição de embargos à arrematação. Correta a decisão vergastada ao reconhecer a intempestividade dos embargos.

E, mesmo que não fosse o caso de intempestividade, como bem delineou o juiz singular, o pleito formulado nos embargos à arrematação já foi alvo de decisões emanadas daquele juízo, sobre as quais recaiu o manto da preclusão, já que a parte prejudicada, ora apelante, quedou-se inerte, deixando de interpor o recurso cabível.

Em conformidade com o disposto no artigo 471, do CPC, as questões discutidas e apreciadas ao longo do curso do processo não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores.

Caso a parte não se conforme com a decisão, deve interpor o recurso cabível, devendo-se estar atento para o fato de que, com a não interposição do respectivo recurso no prazo legal, ou com sua rejeição pelo tribunal, opera-se a preclusão, não sendo, portanto, mais lícito à parte reabrir discussão, no mesmo processo.

Como na ocasião o pedido de remição já foi enfrentado com resistência nos autos da fase de cumprimento de sentença, e a parte não recorreu, ocorreu a preclusão de seu direito, não podendo agora, em sede de embargos à arrematação, voltar a discutir tal questão.

Da conclusão

Ante o exposto, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença vergastada.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do revisor (Des. Fernando), após o relator negar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (EM 29/07/2014)

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por João Mardegan e Márcia Messias da Silva contra decisão proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo nos autos de embargos à arrematação movidas contra Clodoaldo Ferreira Leite, Liga Esportiva Municipal Rio-pardense e Marcos Antonio Costa.

Pedi vista dos autos, para melhor analisar a questão posta.

Observo que o inconformismo do apelante reside no fato de que o julgador singular não conheceu dos seus embargos à arrematação, por considerá-los intempestivos.

Em seu recurso, salienta os seguintes pontos:

1) havia pedido de remição da dívida protocolado antes da assinatura do auto de arrematação, fato que suspende o prazo para interposição dos embargos à arrematação;

2) os embargos à arrematação têm natureza cognitiva, devendo ser processada como ação autônoma, sendo que as questões suscitadas na referida peça tratam da nulidade das arrematações, porque houve transação entre as partes, antes do término do leilão eletrônico e da assinatura do respectivo auto, causa extintiva da obrigação, nos termos do art. 746 do CPC.

Conforme consignou o insígne Relator, os embargos à arrematação estão previstos no art. 746 do CPC e o pedido de remição da execução, tem respaldo no art. 651 do mesmo *codex*.

Assim dispõem os dispositivos legais citados:

> *"Art. 746. É lícito ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo."*

> *"Art. 651. Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios."*

No caso, o recorrente interpôs os embargos fora do prazo legal, aduzindo, no entanto, que o pedido de remição por ele formulado no mesmo dia da arrematação teria efeito de suspender referido hiato temporal.

No entanto, o pedido de remição, nos termos em que foi formulado, não preenche os requisitos legais para surtir os efeitos a que se destina.

Sobre essa questão, já se posicionou esta Corte:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE - REMIÇÃO DA EXECUÇÃO - NECESSIDADE DE DEPÓSITO INTEGRAL DO QUANTUM EXEQUENDO - RECURSO NÃO PROVIDO. A remição da execução somente é possível se, antes da arrematação ou adjudicação, houver o pagamento ou depósito à disposição do juízo da importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios. É insuficiente, para tal finalidade, mero pedido de remição, com proposta de depósito parcial da dívida."* (Agravo nº 2010.035705-8/0000-00, 1ª Turma Cível do TJMS, Rel. João Maria Lós. unânime, DJ 25.01.2011).

Também a jurisprudência Pátria:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXECUÇÃO FORÇADA - PAGAMENTO DA DÍVIDA - REMIÇÃO DO DÉBITO SEM A INCLUSÃO DE CONSECTÁRIOS LEGAIS - OMISSÃO QUANTO AOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - PROVIMENTO AO RECURSO. A remição da execução, objeto da disciplina do art. 651, relaciona-se à possibilidade de o executado pagar o valor devido, tal qual reclamado pelo exequente, acrescido dos juros, custas e honorários de advogado, para pôr fim à execução, isto é, para encerrar o processo, a atividade jurisdicional que se desenvolve para a prática dos atos executivos nos termos do art. 794, I."* (Apelação Cível nº 037.2006.002527-9/001, 3ª Câmara Cível do TJPB, Rel. Miguel de Britto Lyra Filho. unânime, DJe 03.03.2011).

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REMIÇÃO DA DÍVIDA. PARCELAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DO DÉBITO. Conforme revela a documentação carreada aos autos, há no processo conta atualizada do débito. A remição da dívida somente poderá se dar, pelo devedor, pagando ou consignando o valor total, com juros, correção monetária e honorários advocatícios (art. 651 do CPC). Descabido o parcelamento do débito. Inexistência de justificativa para a suspensão do leilão ou dos efeitos da arrematação. Agravo desprovido."* (Agravo de Instrumento nº 70021530357, 21ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Marco Aurélio Heinz. j. 12.12.2007, DJ 13.02.2008).

Tendo ocorrido a arrematação e a assinatura do respectivo auto, poderia o recorrente, nos termos do permissivo legal suso citado, interpor os respectivos embargos, para suscitar a matéria relativa à extinção da obrigação, conforme salientou em seu pedido. No entanto, apresentou sua impugnação fora do tempo legal, alegando, para tanto, que o pedido de remissão teria suspendido referido prazo.

Ocorre que, do mesmo modo que o pedido de remição, na forma em que fora proposto, não atende aos requisitos legais para remição da execução, também não permite aceitar que seja apto a suspender o prazo para interposição dos embargos à arrematação, conforme consignado pelo eminente relator.

Ademais, cabia ao recorrente a observância estreita do prazo legal para interposição do sua peça impugnativa, como deixou transcorrer *in albis* tal oportunidade, não pode agora suscitar em seu favor dispositivo legal que não lhe socorre.

Por todas essas considerações, acompanho o relator, para negar provimento ao recurso.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do vogal (des. Marco André), após o relator e o revisor negarem provimento ao recurso.

VOTO (EM 05/08/2014)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar os fatos trazidos ao conhecimento deste tribunal e, após exame detido da controvérsia, concluí que o recurso merece deslinde diverso daquele apresentado pelo e. relator, razão pela qual, com sua devida vênia, hei por bem divergir.

A matéria que restou controvertida nos autos está relacionada, preliminarmente, com a suposta intempestividade na oposição dos embargos à arrematação e, superada esta preambular, na verificação da higidez da alienação judicial dos dois imóveis de propriedade dos apelantes, diante da transação noticiada pelos litigantes antes mesmo do encerramento da hasta pública.

Essas são as matérias que passarei a analisar.

Breve escorço

Pelo que se dessume dos autos, os devedores-embargantes opuseram embargos à arrematação (f. 01-13), objetivando o reconhecimento da nulidade das arrematações de dois lotes de terrenos de sua propriedade, visto que antes de tal alienação judicial as partes houveram por bem transigir, conforme minuta protocolada nos autos duas horas e meia antes da praça.

Justificaram a tempestividade na oposição dos embargos à arrematação, pelo fato de a remição ter suspendido o prazo de cinco dias estabelecido no art. 746 do CPC.

Processados os embargos, o Juízo singular deixou de conhecer dos embargos à arrematação, por entender que tal peça impugnativa fora protocolizada fora do prazo legal (f. 93-97). O Juízo *a quo* valeu-se dos seguintes fundamentos:

> *"Não obstante, há um impedimento para o conhecimento dos embargos. É que a lei prevê prazo de 05 dias para ajuizamento dos embargos à execução, sendo que tal prazo é contado a partir da assinatura do auto de arrematação. Os autos de arrematação foram assinados em 12/04/2013, fl. 286, disso tendo ciência o embargante que peticionou na mesma data à fl. 296. Os presentes embargos à arrematação somente foram ajuizados em 24/04/2013, ou seja, depois de decorrido o prazo de 05 dias previsto no artigo 746 do CPC."*

Irresignados, os embargantes aviaram apelação cível (f. 136-146), objetivando infirmar o obstáculo de conhecimento erigido pelo magistrado. Para tanto, os apelantes sustentaram, basicamente, que:

> *"Há que se afastar a preliminar arguida, eis que o prazo suspende-se quando ocorre o pedido de remição, como é o caso dos autos, já que protocolou-se o acordo (pagamento do débito) antes mesmo do encerramento da hasta pública."*

Em sessão ordinária desta 3ª Câmara Cível, realizada em 22.07.2014, o ilustre Relator entendeu por bem negar provimento ao apelo dos embargantes, porque não teria havido remição nos autos, já que este instituto pressupõe o pagamento integral do débito e não apenas parcial, como na hipótese. Logo, inexistente a remição, não se haveria de falar em suspensão do prazo para oposição dos embargos à arrematação, a tornar incabível o conhecimento da peça impugnativa em razão da intempestividade.

Não fosse apenas isso, o e. Relator invocou o instituto da preclusão para sedimentar o entendimento da inadmissibilidade de rediscussão da matéria relativa à higidez das arrematações, visto que já debatidas no próprio cumprimento de sentença.

Em sessão ordinária desta 3ª Câmara Cível, realizada em 29.07.2014, o eminente Revisor proferiu seu voto, acompanhando o entendimento do Relator, especialmente porque não houve remição e, por isso, os embargos são efetivamente intempestivos.

Feito este breve histórico do processo, passo a expor meu entendimento sobre as questões devolvidas.

Preliminarmente

Tempestividade.

Sobre os embargos à arrematação, o Código de Processo Civil estabelece em seu art. 746, in verbis:

> *"Art. 746. É lícito ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo.»*

Nada obstante seja dominante na Corte de Estrito Direito que "*Conta-se da data da assinatura do auto de adjudicação ou arrematação, independentemente de intimação do executado, o prazo para oposição de embargos*" (AgRg no AREsp 265.377/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 04/04/2013), certo é que a causa vertente possui uma peculiaridade que não pode ser ignorada por esta Corte Recursal.

Pelo se que percebe dos autos, é incontroverso que, antes da efetiva arrematação dos imóveis em 2ª praça, nos autos nº 0500615-53.2007.8.12.0041, os devedores conjuntamente com a credora protocolaram uma petição, em 08.04.2013, informando terem transigido e, além disso, solicitando "*a suspensão do Leilão assim como o sobrestamento do feito até o cumprimento integral do acordo, permanecendo a constrição (penhora) sobre os imóveis*" (f. 19-20).

Apesar disso, o julgador de primeiro grau entendeu por bem, no dia seguinte, em 09.04.2013 (f. 289 dos autos nº 0500615-53.2007.8.12.0041), negar homologação ao acordo firmado entre as partes devedoras e credora e, por consequência, ao pedido de suspensão do processo, sob o fundamento de que deve ser prestigiada a credibilidade da justiça, os serviços prestados pela empresa de leilões e, além disso, respeitados os interesses dos terceiros arrematantes, que cumpriram com os requisitos para participarem do leilão.

Com a devida vênia daqueles que firmaram posição contrária, tenho que os fatos revelam uma afronta a regramento legal de caráter cogente, evidenciando um *error in procedendo*, cujo conhecimento desta questão cabe em qualquer tempo e grau de jurisdição, não ficando sujeito aos efeitos da preclusão, por representar matéria ordem pública.

A propósito, trazidos os fatos ao conhecimento deste tribunal, mostra-se necessário conceder o direito à parte, independentemente do enquadramento jurídico que fora realizado pelo litigante, tudo em respeito ao princípio esculpido no brocardo latino *da mihi factum dabo tibi jus*.

Partindo-se deste pressuposto, se a parte erige, como fundamento para anulação de um ato processual realizado em primeiro grau, a afronta aos termos do acordo firmado entre devedores e credora, sustentando que o processo deveria ter sido suspenso em razão da convenção das partes, impõe-se analisar os fatos narrados, concedendo, por consequência da atividade judicante, a resolução que melhor se coaduna com o ordenamento jurídico.

Esta é a essência do citado brocardo latino *da mihi factum dabo tibi jus*.

Neste passo, tenho que alguns dispositivos legais restaram desrespeitados pelo julgador de primeiro grau, como será ressaltado em momento oportuno, evidenciando, assim, um erro de atividade passível de ser declarado em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Logo, se a matéria devolvida é de ordem pública (afronta literal a dispositivo de lei), impõe-se assegurar à parte o conhecimento e julgamento do pedido aviado na peça de defesa apresentada no feito executivo.

Vale dizer, a matéria tratada no referido instrumento defensivo (nulidade das arrematações, advinda de *error in procedendo* quando da negativa de suspensão do processo executivo por convenção das partes) é considerada de ordem pública, circunstância esta que, por admitir o conhecimento inclusive de ofício pelo Estado-Juiz, assegura à parte interessada a análise do pedido impugnativo, ainda que encartado aos autos fora do prazo legal.

Em outros termos, se o vício ultrapassa o interesse das partes, evidenciando verdadeiro defeito na prestação da tutela jurisdicional, por contrariar algum procedimento legal, cabe ao Estado-Juiz pronunciá-lo inclusive de ofício, o que reclamaria apenas a notícia da imperfeição procedimental.

Tendo havido a oposição de embargos à arrematação, abrangendo matéria de ordem cogente, não me afigura admissível deixar de conhecer da suposta violação do ordenamento jurídico, tão somente porque tal expediente teria sido juntado aos autos fora do prazo legal.

Não é por outra razão, a propósito, que o próprio Juízo singular, quando do recebimento da apelação, entendeu por bem atribuir efeito suspensivo aos embargos, sustando o andamento do processo executivo. Constou da decisão (f. 156-157), *in verbis*:

> *"Recebo a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo com base no artigo 739-A do CPC porque relevantes os seus fundamentos e o prosseguimento da execução pode causar os apelante efeitos irreversíveis como a perda definitiva do imóvel. Além disso, o valor da arrematação está depositado em juízo."*

Tal decisão foi reproduzida no cumprimento de sentença (f. 334-334 dos autos nº 0500615-53.2007.8.12.0041). Veja-se:

> *"Naqueles autos apensos a apelação foi recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo com base no artigo 739-A do CPC porque relevantes os seus fundamentos e o prosseguimento da execução pode causar os apelante efeitos irreversíveis como a perda definitiva do imóvel. Além disso, o valor da arrematação está depositado em juízo.*
>
> *Por isso, declaro suspensa a presente execução e suspendo a emissão de carta de arrematação."*

Tais pronunciamentos certamente tiveram o condão de acautelar o julgamento do presente expediente neste Tribunal, além de aclarar a preocupação do magistrado com os fundamentos aviados na apelação, visto que, por duas vezes, reputou plausíveis os fundamentos do apelo.

Ainda em benefício do conhecimento dos fatos trazidos a este Tribunal, cotejando-se o processo de origem pelo SAJ, pude reparar que a parte prejudicada, logo após o indeferimento do pedido de homologação do acordo nos autos nº 0500615-53.2007.8.12.0041, interpôs Agravo Retido (f. 297-299 daqueles autos) em 12.04.2013, ou seja, 04 (quatro dias) após o indeferimento do pedido de homologação do acordo e suspensão do processo de execução.

Apesar de ser evidente o equívoco na oposição de agravo retido no seio do cumprimento de sentença, em razão da incompatibilidade procedimental, a devedora Marcia esclarece na parte final do referido expediente, *in verbis*:

> *"Assim sendo, requer seja recebido o presente agravo retido para reconsiderar a decisão de f. 286, homologando-se o acordo de f. 280/281, evitando, inclusive, a interposição de embargos à arrematação, que terá como fundamento causa extintiva da obrigação (pagamento, conforme dispõe o Art. 746 do C.P.C.) (...)"*

A respeito deste requerimento, o julgador de primeiro grau manteve seu entendimento em 14.06.2013, "não homologando o acordo nem suspendendo a execução" (f. 300 dos autos nº 0500615-53.2007.8.12.0041).

Disto, em 19.06.2013, sobreveio a oposição de embargos de declaração nos autos nº 0500615-53.2007.8.12.0041, onde a executada reiterou o pedido de anulação das decisões monocráticas anteriores, a fim de, em atribuindo efeitos infringentes, homologar-se o acordo sem prejuízo da própria embargante arcar com o pagamento das custas e honorários da empresa de leilões (f. 309-316 daqueles autos).

Os fundamentos trazidos pela executada-embargante foi: a) teria aguardado o Juízo singular, das 09h às 11h, no período matutino do dia em que ocorreu o segundo leilão, para despachar e noticiar pessoalmente o acordo, sem êxito entretanto; b) por conta do "não comparecimento" do Juízo no período da manhã, acabou protocolando o acordo às 11h03min, isto é, antes do encerramento da 2ª praça; c) a segunda decisão no âmbito do "agravo retido", fora proferida em 14.06.2013, ou seja, durante o as férias do magistrado, sendo um pronunciamento inválido.

Apesar destes argumentos, o julgador deu parcial provimento aos aclaratórios (f. 318 dos autos nº 0500615-53.2007.8.12.0041), apenas para esclarecer que:

> *"No que diz respeito ao fato de a decisão ter sido tomada durante minhas férias, esclareço que não há dúvida de que durante as férias o magistrado deve cessar a atividade judicante. Entretanto, a regra não exclui a exceção quando, em razão do grande volume de processos e a preocupação com os jurisdicionados o magistrado pratica decisão em certo processo".*

Após tal *decisum*, sobreveio apenas a deliberação do julgador acerca da necessidade de suspender o processo, diante da relevância dos fundamentos levados ao conhecimento do Tribunal na presente apelação.

Pelo visto, desde o início houve preocupação dos executados quanto à apreciação da matéria em segundo grau de jurisdição, apesar do equívoco na utilização do instrumento recursal inadequado (agravo retido).

Admitir a ocorrência de preclusão neste caso seria desprestigiar o princípio da instrumentalidade das formas, inclusive porque, conforme admitido pelo Juízo *a quo*, a decisão que ratificou o anterior *decisum,* diante da interposição de agravo retido, foi proferida durante as férias do magistrado, atividade esta vedada pelo art. 71, *caput*, da LOMAN, que estabelece: *" Art. 71 - O magistrado licenciado não pode exercer qualquer das suas funções jurisdicionais ou administrativas, nem exercitar qualquer função pública ou particular."*

Por todas as peculiaridades que revestem o julgamento desta causa, seja porque a matéria trazida ao conhecimento deste Tribunal é de ordem pública, cognoscível em qualquer tempo e grau de jurisdição, seja porque o próprio juízo singular reconheceu a relevância da tese aviada no apelo, seja porque a parte opôs agravo retido nos autos do cumprimento de sentença, revestindo de legitimidade a discussão da matéria e inviabilizando a formação da preclusão, seja porque uma das decisões proferidas na fase executiva o foi no gozo de férias do magistrado, impõe-se aplicar o princípio da instrumentalidade das formas para, ultrapassado o defeito formal erigido em primeiro grau, conhecer dos fatos devolvidos e, com isso, resolver o litígio social com observância da integralidade do ordenamento jurídico.

Até porque, como bem ressalta Marques:

> *"(...) a forma processual é instrumento para a realização do ato segundo o princípio que regem o processo. A forma não é um fim em si, mas o modo e o meio de que serve a lei para que a relação processual atinja a seus objetivos dentro dos postulados a que se subordina. Por isso mesmo, a nulidade de um ato processual somente deve ser decretada quando necessária e imprescindível. Não se invalida um ato de procedimento, a não ser em último caso. As normas processuais, como instrumentos para realização, fora do processo, dos imperativos da ordem jurídica, procuram manter e resguardar, em muitos casos, o ato praticado de maneira defeituosa, para evitar que o processo fuja a seus objetivos fundamentais".* (José Marques. Instituições de direito processual civil. 2000, p. 384.)

Nesta senda, se o instrumento processual não pode ser encarado como um fim em si mesmo, mas como um expediente colocado à disposição dos jurisdicionados para pacificar um conflito social,

deve ser superado, no caso, o defeito de forma para admitir o conhecimento dos fatos e definir o melhor enquadramento jurídico da questão.

É bem por isso que o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de assentar que:

> *"Os embargos à arrematação, visando desconstitui-la, sob alegação de nulidades (falta de intimação do cônjuge, impenhorabilidade do bem, preço vil), têm natureza de ação cognitiva, semelhante à da ação anulatória autônoma. Assim, sua apresentação após o decurso do prazo não deve acarretar necessariamente sua extinção. Interpretação sistemática e teleológica do CPC permite o entendimento de que a rejeição dos embargos não afasta a viabilidade de seu recebimento e processamento como ação autônoma, ainda que sem a eficácia de suspender a execução. Esse entendimento é compatível com o princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual, já que evita a propositura de outra ação, com idênticas partes, causa de pedir e pedido da anterior."* (REsp 539153/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 14/03/2006, DJ 03/04/2006, p. 228)

Assim, renovando o pedido de vênia aos ilustres Pares, hei por bem inaugurar divergência em relação aos votos que me precederam para afastar o óbice da intempestividade erigido em primeiro grau e ratificado pelo Relator e, com isso, admitir o conhecimento dos fatos aviados no seio dos embargos à arrematação e, desde logo, com lastro no art. 515, §3º do CPC, julgar o mérito do pedido.

É possível, a propósito, conhecer diretamente do pedido neste grau recursal, porque a matéria é exclusivamente de direito e, além disso, o julgador já consignou seu entendimento sobre a questão, antes mesmo de pronunciar a intempestividade dos embargos.

Sendo assim, caso venha a ser acompanhado, antecipo meu entendimento sobre a matéria de fundo.

Mérito

Nulidade dos atos executivos em razão do descumprimento do procedimento (*error in procedendo*).

Como relatado, os devedores opuseram embargos à arrematação, sustentando que deve ser "reconhecida a nulidade das cartas de arrematação e das decisões que não homologaram o acordo celebrado entre os apelantes e o credor (Liga Municipal de Esportes)", uma vez que o acordo firmado entre as partes exequente e executados é uma causa extintiva da obrigação.

Por isso, pleitearam o conhecimento e provimento da apelação para:

> *"Afastar o reconhecimento da intempestividade, face ao acordo celebrado a f. 19/20, ou seja, ANTES DO TÉRMINO DA ARREMATAÇÃO e, no mérito, julgar procedente o pedido contido na inicial, eis que houve transação entre Credor/Devedor antes da finalização da hasta pública, anulando-se as cartas de arrematação diante a transação prévia entre Credor/Devedor, homologando-se o acordo celebrado com o Credor, eis que e sua não homologação confronta com a melhor doutrina e pacificada jurisprudência, ou anulando-se o decisum monocrático, determinando-se o retorno dos autos à origem para apreciar o mérito dos embargos, invertendo-se os encargos de sucumbência, por ser medida de Direito e de Justiça"!*

A razão está com os devedores-embargantes, ao reputarem nulas as arrematações levadas a efeito na origem. Explico.

Como já salientado, os fatos trazidos ao conhecimento deste Tribunal evidenciam que o Juízo singular deixou de dar concretude a diversos dispositivos legais ao admitir o prosseguimento do processo executivo, apesar de solicitado pelas partes a suspensão do feito, incidindo em error in procedendo.

Como bem esclarece Bondioli "*o chamado error in procedendo é um vício de atividade, uma desatenção do juiz para com as disposições do ordenamento jurídico que regulam o processo e o seu modo de atuar na condução do feito*". (BONDIOLI. Guilherme Aidar. Embargos de declaração. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 142-143.)

Ainda, segundo doutrina de Nelson Nery Junior, *error in procedendo* ocorre "quando o juiz desrespeita norma de procedimento provocando gravame à parte. Esta norma de procedimento é aquela determinada pelo ordenamento jurídico como um todo. Não é preciso viole o juiz texto expresso de lei para caracterizar-se o erro no procedimento; basta que descumpra a regra jurídica aplicável ao caso concreto. O vício é de natureza formal, invalidando o ato judicial, não dizendo respeito ao conteúdo desse mesmo ato." (NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos - Recursos no Processo Civil - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 41-42.)

Como se percebe, havendo um desrespeito à norma de procedimento, cabe ao Estado-Juiz reconhecer o erro e, com isso, invalidar o ato judicial, não sendo necessário adentrar na discussão do mérito do pronunciamento judicial viciado.

E assim o é, porque o processo representa um instrumento de pacificação social, o qual deve ser orquestrado com diligência e acuidade, evitando-se que ele siga caminho ou finalidade diversa daquela imposta por lei.

In casu, a lide envolve um cumprimento de sentença, onde as partes litigantes (exequente e executados) entenderam por bem, à certa altura do procedimento, acordarem uma maneira específica de cumprimento da obrigação mediante transação (pagamento de R$ 30.000,00 no ato da assinatura do acordo e o remanescente em 5 parcelas fixas), razão pela qual requereram ao Juízo singular a suspensão do processo e da praça antes mesmo da finalização da hasta pública (f. 19-20).

Consta do acordo de f. 19-20 a marca do protocolo de distribuição, esclarecendo que tal petição foi entregue ao juízo na data de 08.04.2013, às 11:03h, sendo certo, pelo edital de f. 16-18, que a 2ª praça ocorreu no mesmo dia, com prazo de encerramento até 13:00h (f. 16). Assim, ineludível que o pedido de suspensão aportou aos autos antes mesmo da ocorrência da arrematação.

Se assim o é, entendo que o requerimento deveria ter sido apreciado com a urgência que o caso reclamava, deferindo-se imediatamente o pedido de suspensão do processo executivo, sustando-se, por consequência, a realização da hasta pública.

É que a suspensão do processo por convenção das partes representa direito público subjetivo dos litigantes, que não pode ser desprezado para fomentar o interesse de terceiros ou por mera conveniência do juízo.

Sobre o assunto, acerca do direito de as partes convencionarem a suspensão do processo, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery dispõem:

> *"O processo pode ser suspenso por convenção das partes. Estas têm o direito subjetivo de suspender o processo, de modo que a suspensão ocorre pela simples comunicação conjunta das partes ao juízo, noticiando-a. Não há necessidade de as partes declinarem o motivo da suspensão, que é direito exercitável imotivadamente."* (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 11a ed., RT, p. 522, n. 3).

Como se percebe, o exercício deste direito nem sequer precisa ser motivado, exatamente porque o processo é um instrumento criado para pacificar o ânimo dos litigantes. Logo, se estes acordam suspender o processo, porque lograram chegar a uma resolução amigável, nenhuma finalidade teria dar marcha ao procedimento, pelo menos até que uma delas reclamem o retorno de sua condução ou quando superado o prazo de suspensão estipulado.

Tal direito encontra-se esculpido expressamente nos arts. 791, II, c.c 792, c.c 265, II, todos do CPC. Veja-se:

> *"Art. 791. Suspende-se a execução: (...)*
>
> *II - nas hipóteses previstas no art. 265, I a III;"*
>
> *"Art. 792. Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo credor, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação.*
>
> *Parágrafo único. Findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso.*
>
> *"Art. 265. Suspende-se o processo: (...)*
>
> *II - pela convenção das partes;*

O prazo de suspensão no processo de execução, é bom salientar, nem sequer deve subserviência ao prazo máximo de 6 (seis) meses estipulado no art. 265, §3º, do CPC.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça consignou que "*O limite de seis meses, estipulado no art. 265, § 3º, CPC, não se aplica ao processo de execução, que tem regência própria (CPC, arts. 791/792 c/c 598), podendo as partes acordarem prazo maior*" (REsp 166.328/MG, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 18/03/1999, DJ 24/05/1999, p. 172).

Diante disso, uma vez colocado à apreciação do Estado-Juiz o pedido de suspensão tanto do processo executivo quanto da hasta pública, impor-se-ia ao Julgador deferir referido requerimento, sustando qualquer ato tendente a expropriar os bens dos devedores.

Os atos subsequentes, então, por expressa dicção da primeira parte do art. 793 do CPC, são considerados inexistentes, porque "suspensa a execução, é defeso praticar quaisquer atos processuais".

Até porque, se o procedimento executivo é realizado para a satisfação do crédito exequendo, mas da forma menos onerosa ao devedor (vale dizer, em benefício do credor, mas sem se descurar da necessidade de se operar da maneira menos gravosa ao devedor), e o exequente apresenta-se em juízo informando que parte substancial do crédito já lhe foi adimplido, desistindo de uma medida executiva por não mais lhe convir, evidentemente que o Juízo está vinculado ao deferimento do pedido, sob pena de afronta aos artigos 569, 572, 462, 620, 791, II, 792, 265, II, todos do CPC.

Em outros termos, o indeferimento do pedido de sustação do processo e da hasta pública, na hipótese, além de malferir a natureza cogente do direito à suspensão do processo por convenção das partes (arts. 791, II, 792, 265, II, do CPC), também negou vigência aos termos do art. 569 do Estatuto Processual, visto que o mencionado dispositivo estabelece: "*Art. 569. O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas*."

A credora, no caso vertente, ao solicitar a suspensão da hasta pública em conjunto com os devedores, acabou por desistir temporariamente da referida medida executiva, exatamente porque já

havia transigido com os executados de forma amigável. Logo, o indeferimento deste pedido também acabou por infringir o art. 569 do CPC.

Em sequência, tendo em vista que as partes condicionaram o prosseguimento do feito executivo ao descumprimento do acordo, noticiando tal fato na própria petição que vindicou a suspensão do processo, certo é que lhe cabia considerar tal circunstância quando do despacho de apreciação, em razão do quanto estabelecido nos arts. 572 e 462, ambos do CPC.

Prescrevem os referidos dispositivos:

> *"Art. 572. Quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo."*
>
> *"Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença."*

Desta forma, se as partes litigantes criaram, de comum acordo, uma condição necessária ao prosseguimento do feito executivo (descumprimento da transação), cuja circunstância ocorreu após a propositura da ação, a determinação de prosseguimento da execução afrontou o art. 572 e 462 do CPC, porque ignorou a existência de uma condição, bem como não considerou um fato novo trazido ao conhecimento.

Finalmente, a expropriação dos bens, apesar do pedido de suspensão do processo encerrou verdadeiro vilipêndio ao quanto disposto no art. 620 do CPC, visto que "Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor".

Na hipótese, a manutenção da realização da hasta pública, quando há notícia de acordo nos autos e pedido de suspensão da praça, ensejou a promoção do ato executivo mais gravoso possível para o devedor, visto que além de cumprir com os termos da transação, teve de se deparar com a venda judicial de seus dois imóveis por preço bastante inferior ao de mercado (venda em 2º praça, por aproximadamente 69,11% e 64,67% do valor da avaliação).

Em meu sentir, tal perspectiva é completamente inadmissível, visto que o processo existe para fomentar o direito das partes e não o interesse do terceiro arrematante, que participa da hasta pública muitas vezes movido pela oportunidade de adquirir bens pelo menor preço, entretanto ciente dos riscos do desfazimento da alienação judicial. Tanto o é que, nos termos do art. 746, §1º, do CPC, "Oferecidos embargos, poderá o adquirente desistir da aquisição".

A alienação judicial, com a existência de um acordo paralelo, perde completamente a razão de ser, visto que haveria a perda dos imóveis pelos devedores e o valor depositado nos autos não teria destino outro que não ser levantado pelos executados, desvirtuando por completo a finalidade da execução (enriquecimento sem causa dos arrematantes em detrimento dos devedores, sem interveniência do credor).

Insta salientar, por oportuno, que os interesses do terceiro de boa-fé já se apresentam resguardados, na hipótese, pela remuneração da conta judicial, que bem adiciona ao capital dispendido juros e correção monetária. Logo, nenhum prejuízo se vislumbra ao terceiro que participou da arrematação.

No que tange ao prestígio da justiça, entendo que negar às partes o direito que a legislação lhes confere apresenta-se muito mais deletério à imagem do judiciário do que simplesmente tornar sem efeito uma hasta pública viciada.

Assim, por qualquer ângulo que se visualize a questão, entendo que o pedido aviado nos embargos deve ser acolhido para, em reconhecendo a nulidade das arrematações, devolver as partes ao status quo ante, isto é, ao momento anterior à realização das hastas públicas, ofertando ao credor, diante da posterior notícia de descumprimento parcial do acordo, o prazo de cinco dias para requer o que entender de direito.

Por consequência, o valor depositado deverá ser devolvido aos arrematantes, com os acréscimos legais.

Dispositivo

Pelo exposto, hei por bem conhecer da apelação cível interposta por João Mardegan e outro e, com a vênia ao e. Relator, divergir de seu entendimento para dar provimento ao recurso, a fim de:

I. afastar o reconhecimento da intempestividade dos embargos à arrematação;

II. conhecer diretamente do pedido aviado nos embargos, com base no art. 515, §3º, do CPC; e

III. com fundamento no art. 269, I, do CPC e lastreado no princípio calcado no brocardo latino da mihi factum dabo tibi jus, julgar procedente o pedido inicial para, em reconhecendo o error in procedendo, por afronta aos artigos 569, 572, 462, 620, 791, II, 792, 265, II, todos do CPC, declarar a nulidade das arrematações levadas a efeito nos autos nº 0500615-53.2007.8.12.0041, bem como da decisão de f. 289 dos referidos autos (que indeferiu o pedido de homologação do acordo noticiado e, por consequência, da suspensão do processo e da hasta pública) e também das decisões conseqüentes, devolvendo as partes ao estado anterior à realização das hastas públicas; Por consequência:

III.I. deverá o credor, diante da notícia de descumprimento parcial do acordo, requerer em primeiro grau o que entender de direito, no prazo de cinco dias, contados de sua intimação nos autos de origem, após a juntada de cópia deste acórdão;

III.II. o valor depositado em razão da arrematação deverá ser devolvido aos arrematantes, com os acréscimos legais;

III.III. com fundamento do princípio da causalidade , a comissão da empresa de leilões deverá ser arcada pelos executados, seja por terem dado causa à consecução do ato no feito expropriatório seja porque assim convencionaram no item "d" do acordo de f. 19-20.

IV. Entretanto, considerando-se que os devedores procuraram de todas as formas evitar o ajuizamento dos embargos à arrematação, impõe-se inverter os ônus sucumbenciais, condenando-se os embargados que apresentaram contestação, porque sucumbentes, no pagamento das despesas processuais relativas aos embargos à arrematação e dos honorários advocatícios fixados em primeiro grau (R$ 2.000,00 por cada uma das duas partes que apresentaram defesa).

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do revisor (Des. Fernando), para rever seu voto, após o relator negar e, o vogal, dar provimento ao recurso.

VOTO (EM 12/08/2014)

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por João Mardegan e Márcia Messias da Silva contra decisão proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo nos autos de embargos à arrematação movidas contra Clodoaldo Ferreira Leite, Liga Esportiva Municipal Rio-pardense e Marcos Antonio Costa.

Tendo em vista o posicionamento do Des. Marco André Nogueira Hanson, no qual diverge do insígne Relator, pedi nova vista dos autos, para uma análise mais detida dos fatos aduzidos no presente recurso.

Observo que o ponto nodal da questão aqui discutida refere-se a acordo formulado pelas partes, no qual combinaram o pagamento do débito executado, em parcelas fixas, e, por consequência, a suspensão do leilão designado, bem como o sobrestamento do feito executivo, até cumprimento integral do acordo (f. 19-20).

Conforme se aufere dos autos, a petição respectiva, noticiando referida composição entre as partes, foi protolocada no dia 08.04.2013 às 11h e 30 min, sendo que a segunda praça foi designada para o mesmo dia, com término às 13:00 horas (f. 16-17).

No entanto, tal pedido não foi apreciado pelo Juízo de primeiro grau, antes do término do leilão, culminando com a arrematação dos bens lançados, como se vê dos documentos de f. 22-26 e, posteriormente, com a não homologação do acordo pelo Juízo, sob o fundamento de que a arrematação deveria ser mantida " "em prestígio à credibilidade da Justiça, aos serviços prestados pela empresa de leilões e, com especial destaque em respeito a terceiros que cumpriram com os requisitos para participarem do leilão (...)".

O apelante, então interpôs embargos à arrematação, que não foram conhecidos, porque o julgador singular entendeu serem intempestivos.

Entretanto, conforme consignou o eminente vogal, em seu bem fundamentado voto, cujas razões acolho como razão para acompanhá-lo, a manutenção da hasta pública e da consequente arrematação, mesmo havendo notícia de transação realizada entre as partes que, de comum acordo, combinaram o pagamento do débito em parcelas e ainda pediram a suspensão da praça, antes mesmo do encerramento do respectivo ato, não é aceitável, implicando error in procedendo, o que determina a insubsistência das arrematações levadas a efeito nos autos n. 0500615-53.2007, e dos atos judiciais subsequentes, por afronta aos art. 569, 572, 462, 620,791, II, 792, 265, II, todos do CPC.

Sem maiores delongas, revendo o meu posicionamento anterior, acompanho o vogal em todos os termos de seu voto, para divergir do douto Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, vencido o relator, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do vogal, após o revisor rever seu voto.

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, 12 de agosto de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0801649-40.2013.8.12.0021 – Três Lagoas
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA REQUERIDA – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – JUSTIÇA GRATUITA – DEFERIDA – NÃO CONHECIMENTO POR DESERÇÃO – REJEITADA – MÉRITO RECURSAL – AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – SENTENÇA *EXTRA PETITA* – DECLARAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA – DECOTE DE PARTE QUE EXTRAPOLA O PEDIDO DO DEMANDANTE – RECURSO, COM O PARECER, CONHECIDO E PROVIDO.

I. Se por meio documental a parte logra demonstrar a hipossuficiência financeira a justiça gratuita deve ser deferida em seu favor.

II. Em razão do deferimento da gratuidade judiciária, não se há de falar em deserção.

III. Se a sentença, além de outras deliberações, concede pedido diverso daquele postulado na inicial, acaba por incorrer em julgamento *extra petita*, possibilitando-se ao Tribunal o reconhecimento da nulidade parcial do *decisum* e o decote do excesso.

APELAÇÃO CÍVEL DO REQUERENTE – AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – JUSTIÇA GRATUITA – DEFERIDA – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – MATÉRIA A SER DELIBERADA POR CONSEQUÊNCIA DO JULGAMENTO – NÃO CONHECIDA – MÉRITO RECURSAL – RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA E CONSEQUENTE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS – PARTILHA DE BENS EM RAZÃO DE SOCIEDADE DE FATO – INADMISSÍVEL NA HIPÓTESE – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, COM O PARECER, NÃO PROVIDO.

I. Uma vez demonstrada a impossibilidade de fazer frente às despesas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, impõe-se deferir as benesses da justiça gratuita à parte.

II. Se a definição dos ônus sucumbenciais será consequência lógica do julgamento dos recursos, mostra-se desnecessário conhecer do recurso nesta parte.

III. Se a convivência entre as partes litigantes, após a separação judicial, não ultrapassou uma relação amistosa entre ex-cônjuges, cunhada na consideração e respeito mútuos angariados no período em que efetivamente estiveram casados e lograram conceber uma filha, não se há de qualificá-la como união estável, porque não demonstrados os pressupostos necessários ao seu reconhecimento, a exemplo de uma convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

IV. Se eventual participação financeira de uma parte fora realizada por mera liberalidade, sem a intenção de constituir uma sociedade para a formação de um patrimônio comum, ou fomento de uma atividade empresária, não se há de pretender a partilha das posteriores aquisições realizadas exclusivamente pela parte *ex adversa*.

REFORMA DA SENTENÇA – PROCEDÊNCIA PARCIAL PARA IMPROCEDÊNCIA – DEFINIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – CONSEQUÊNCIA LÓGICA DO JULGAMENTO.

E face ao êxito do recurso da requerida, que logrou reformar a sentença de parcial procedência para improcedência, a consequência lógica do julgamento é reconhecer a sucumbência integral do requerente, com novo arbitramento dos honorários advocatícios, agora com fundamento no art. 20, §4º, do CPC.

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 e com o parecer, rejeitar a preliminar de deserção, dar provimento ao apelo de M.S. da S., para declarar a nulidade parcial da sentença, conhecer em parte do apelo de R.A.S. e negaram-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 12 de agosto de 2014.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

M.S. da S., qualificada nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união estável (feito nº 0801649-40.2013.8.12.0021, em trâmite na 1ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, MS) que lhe promove R.A.S., também qualificado, inconformada com a sentença proferida pelo Juízo singular, interpôs Apelação Cível (f. 323-329).

Aduziu, em síntese, que o Juízo *a quo* incorreu em equívoco ao lhe impor uma obrigação de indenizar o recorrido no montante de R$ 22.000,00, a título de meação de um imóvel adquirido na cidade de Bataguassu por pretenso esforço comum, quando os litigantes ainda eram casados.

Referiu que "*jamais o Apelado socorreu-se ao Judiciário com o condão de reaver supostos valores partilhados do seu anterior casamento para com a Apelante, ocasionando que a recíproca é verdadeira, jamais a Apelante defendeu-se no Judiciário acerca de valores que foram partilhados do seu casamento anterior*".

Sustentou, então, que o Juízo singular, ao deixar de reconhecer a união estável entre os litigantes e de promover a partilha dos bens, não poderia ter lhe imposto a condenação de pagar R$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), mormente sem *causa petendi* e pedido que justificasse, o que demontra ter havido julgamento *extra petita* e afronta aos princípios da inércia da jurisdição, da ampla defesa e contraditório.

Ao final, após prequestionar o artigo 5º, LV, da Constituição Federal e artigos 2º, 128, 286 e 460 do Código de Processo Civil, pediu o conhecimento e provimento do apelo para reformar a sentença, afastando a condenação havida por julgamento *extra petita*.

Igualmente inconformado com a sentença proferida, R.A.S. também interpôs Apelação Cível (f. 330-348).

Informou que ajuizou a presente ação para lograr o reconhecimento da união estável com a requerida, mantida após ter dela se separado consensualmente, e, por consequência, a divisão dos bens adquiridos durante a união, a saber: I) Um imóvel urbano financiado pelo HSBC, objeto da matrícula n° 62.171, o qual o Requerente pagou diretamente R$ 44.000,00 de entrada, mais outra prestação de R$ 4.000,00, sendo o restante financiado em 132 prestações de R$ 724,06 cada; II) Outro imóvel urbano financiado pela CEF (minha casa minha vida), objeto da matrícula n° 62.173, financiado totalmente em 420 prestações, com prestações atuais em torno de R$ 1.008,00 por mês, sendo que o imóvel encontra-se alugado por valor que cobre o pagamento da prestação; III) Um veículo fiat/punto attractive 2011, cor preta, categoria partic, placa NRN 9180, financiado, sendo que faltam cerca de apenas 18 prestações de R$ 1.500,00 cada, em ótimas condições, cujo CRLV está em nome da Requerida, bem como a posse; IV) Uma motocicleta Honda/CBX 250 Twister, ano 2006, cor preta, placa DNF 6896, cujo CRLV está em nome do Requerente, bem como a posse; V) R$ 50.000,00 de capital investido em roupas que são vendidas pela Requerida e outras revendedoras (terceirizadas), que prestam contas a Requerida; VI) Mobiliários, eletrodomésticos, etc., que guarnecem na casa do casal.

Alegou que, contrariamente ao quanto disposto na sentença, que deixou de reconhecer a união estável, "*nunca ocorreu a separação de fato do casal, tanto que as fotos acostadas comprovam que o casal sempre esteve junto, mesmo após a separação judicial*".

Expôs que a união estável havida entre as partes no período de 24.04.2007 até o dia 28.03.2013 restou amplamente comprovada na instrução probatória, pela juntada de documentos e oitiva de testemunhas, razão pela qual deve ser reconhecida e declarada sua dissolução, com a partilha do patrimônio comum. Caso contrário, tal partilha deve ocorrer pelo reconhecimento da sociedade de fato.

Finalmente, defende ser necessária a fixação dos ônus sucumbenciais, independentemente do deferimento da justiça gratuita, visto que inexiste neste caso isenção, mas apenas suspensão da exigibilidade.

Ao final, renovou o pedido de deferimento da justiça gratuita, a fim de ser conhecido o recurso independentemente do recolhimento do preparo e, no mérito, o provimento da pretensão, a fim de ser reconhecida a união estável ou sociedade de fato, dissolvendo-a mediante a integral partilha dos bens, com a fixação de honorários no montante de 20% sobre o valor da condenação.

Intimados, ambos os litigantes apresentaram contrarrazões.

Na contraminuta da requerida (f. 352-356), esta rebateu os argumentos da parte contrária e pugnou pelo não provimento do recurso contrário.

Na resposta do requerente (f. 362-373), este suscitou a preliminar de não conhecimento do recurso, em razão de deserção. No mérito, refutou os fundamentos apostos na apelação da parte *ex adversa*, defendendo o não provimento da pretensão contrária aos seus interesses.

As partes foram instadas a apresentarem comprovantes de rendimentos (f. 376), sobrevindo as manifestações incidentais da requerida (f. 378-380 e f. 390-392) e do requerente (f. 381-386).

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer (f. 396-400), opinando pelo conhecimento de ambos os recursos e, com isso, não provimento do apelo de R.A.S. e provimento do recurso de M. S. da S.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator).

Tratam-se de apelações cíveis interpostas por pretenso ex-convivente e suposta ex-companheira, objetivando reformar a sentença proferida em primeiro grau, que deixou de reconhecer a existência de união estável entre os litigantes, afastando a possibilidade de partilha dos bens, mas reconheceu a subsistência de uma sociedade de fato e, provado o esforço comum na aquisição e posterior venda de um único imóvel, condenou a requerida a indenizar o requerente em R$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais).

Passo ao exame separado dos recursos.

I. Apelação cível manejada por M. S. da S.

I.I. Juízo de admissibilidade

I.I.a. Justiça gratuita

Conforme já exposto, a requerente foi intimada para juntar comprovante de rendimento nos autos, visto que, apesar de ter vindicado o deferimento da justiça gratuita (f. 213 – item 5.1.3.), o Juízo *a quo* não apreciou o requerimento.

Face à omissão, passo a apreciar o pedido em juízo de admissibilidade recursal, mormente porque a decisão repercute diretamente no conhecimento do apelo, já que aviado sem o recolhimento do preparo.

Como ressabido, conforme disposto no art. 4º da Lei nº. 1.060/50, para a concessão do benefício da gratuidade judiciária, é necessário que a parte não possua condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família.

O referido dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 no seu art. 5°, inciso LXXIV, que assegurou o beneplácito, mas condicionou o seu deferimento àqueles que comprovem a insuficiência de recursos.

No caso, tenho que o pedido de justiça gratuita deve ser deferido em favor da requerida, porque esta é autônoma e demonstrou não possuir condições de arcar com os encargos processuais, sem prejuízo de seu sustento.

Isso porque, a baixa movimentação financeira verificada no extrato de f. 379-380 aliada tanto à declaração de hipossuficiência de f. 215 quanto à informação de f. 392, indicando ser isenta da declaração de imposto de renda, levam à conclusão de que efetivamente se consubstancia parte hipossuficiente.

Até porque, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que "*a assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que comprovada a condição de necessitado"* sendo que *"É suficiente a simples afirmação do estado de pobreza para a obtenção do benefício, ressalvado ao juiz indeferir a pretensão, se tiver fundadas razões, conforme disposto no art. 5º da Lei 1.060/50*". (AgRg no REsp 984.328/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18/03/2010, DJe 26/04/2010)

In casu, as especificidades e documentos dos autos não demonstram que a requerida possa arcar com as custas processuais e com honorários advocatícios, motivo pelo qual, em conformidade com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, o deferimento do benefício é medida que se impõe.

I.I.b. Deserção

Como relatado, o requerente-apelado suscitou a preliminar de não conhecimento do recurso, em razão de deserção.

Todavia, em razão do deferimento da gratuidade judiciária, não se há de falar em deserção, motivo pelo qual rejeito a preliminar de não conhecimento suscitada em contrarrazões.

E uma vez presentes os requisitos e pressupostos recursais, conheço da apelação da requerida e passo ao exame do mérito.

I.II. Mérito

I.II.a. Julgamento *extra petita*

A requerida pretende, basicamente, o reconhecimento de um vício na sentença, consubstanciado no julgamento *extra petita*.

Aduziu, para tanto, que o Juízo *a quo* incorreu em equívoco ao lhe impor uma obrigação de indenizar o recorrido no montante de R$ 22.000,00, a título de meação de um imóvel adquirido na cidade de Bataguassu por pretenso esforço comum, quando os litigantes ainda eram casados.

Referiu que "*jamais o Apelado socorreu-se ao Judiciário com o condão de reaver supostos valores partilhados do seu anterior casamento para com a Apelante, ocasionando que a recíproca é verdadeira, jamais a Apelante defendeu-se no Judiciário acerca de valores que foram partilhados do seu casamento anterior*".

Sustentou, então, que o Juízo singular, ao deixar de reconhecer a união estável entre os litigantes e de promover a partilha dos bens, não poderia ter lhe imposto a condenação de pagar R$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), mormente sem *causa petendi* e pedido que justificasse, o que demontra ter havido julgamento *extra petita* e afronta aos princípios da inércia da jurisdição, da ampla defesa e contraditório.

Ao final, após prequestionar o artigo 5º, LV, da Constituição Federal e artigos 2º, 128, 286 e 460 do Código de Processo Civil, pediu o conhecimento e provimento do apelo para reformar a sentença, afastando a condenação havida por julgamento *extra petita*.

Razão lhe assiste.

Sobre a correlação entre pedido e sentença, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ensinam que:

> *"A regra no processo civil é que a sentença seja conforme ao pedido do demandante. Duplamente conforme: conforme ao pedido imediato (providência jurisdicional postulada – declaração, constituição, condenação, mandamento ou execução) e conforme ao pedido mediato (bem da vida perseguido em juízo). Daí a razão pela qual é vedado ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida (vale dizer, desconforme ao pedido imediato), ou que tenha objeto diverso do demandado (isto é, desconforme ao pedido mediato). Fazendo-o, profere o juiz sentença infra, extra ou ultra petita. A sentença infra petita é aquela que não aprecia o pedido ou um dos pedido cumulados. A sentença extra petita é que julga fora do pedido do demandante. A sentença ultra petita é aquela em que o órgão jurisdicional vai além daquilo que foi pedido pelo demandante."* (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2008. p. 422.).

No caso dos autos, verifica-se que sentença foi muito além do quanto solicitado, concedendo pedido diverso daquele reclamado, na medida que condenou a requerida ao ressarcimento de R$ 22.000,00, referente à metade do valor angariado com a venda de um imóvel adquirido pelas partes quando da constância do casamento.

Entretanto, pelo que se dessume da exordial (f. 1-16) conjugada com a emenda da inicial (f. 144-146), a causa de pedir passou a se relacionar exclusivamente com a existência de união estável entre as partes, ocorrida após a separação judicial do casal, com pedido de reconhecimento e dissolução desta união e partilha dos bens amealhados.

O cumprimento da partilha amigável consignada na separação consensual (ver f. 32-37), ou mesmo o ressarcimento de valores ou a indenização pela apropriação exclusiva por um dos cônjuges de bens adquiridos na constância do casamento não representa objeto da ação e, por isso, não poderia constar da tutela jurisdicional.

E nem se diga que, na hipótese, seria de rigor analisar tal matéria por força do brocardo "*da mihi factum dado tibi jus*" (dêem-me os fatos que lhes darei o direito), conforme constante da sentença, visto que inaplicável tal principiologia quando acarreta verdadeira alteração da causa de pedir aposta na petição inicial.

A narração dos fatos na inicial busca tão somente evidenciar uma união estável entre as partes, supostamente ocorrida após a separação judicial do casal, em abril de 2007, até o dia 28.03.2013, jamais se referindo à pretensa apropriação indevida, por parte da requerida, de valores recebidos pela venda de imóvel adquirido antes de abril de 2007, quando da efetiva união conjugal.

Sendo assim, se a causa de pedir remota (fato gerador) circunscreve-se à pretensa existência de uma união estável após abril de 2007, não se poderia admitir, sob o fundamento de estar enquadrando o direito ao fato narrado, a concessão de uma tutela jurisdicional embasada em fato constitutivo anterior a abril de 2007 (aquisição de imóvel comum, durante o casamento e direito à meação).

Até porque, o próprio requerente consignou em sua petição de emenda que "*será ajuizada em separado ação de conversão da separação em divórcio*", ocasião em que certamente virá a vindicar a efetiva divisão dos bens ou direitos adquiridos na constância do casamento.

Logo, por afronta ao princípio da adstrição ou congruência, impõe-se reconhecer a nulidade parcial da sentença.

Tal deliberação corrobora a opinião do *Parquet*, que sobre o assunto assim se posicionou:

> *"Ocorre que, conforme consta da inicial de f. 1-16, e após sua emenda às f. 144-146, o autor cinge seu pedido apenas ao reconhecimento e dissolução da união estável durante o período de 2007 à 2013, bem como à partilha de bens adquiridos no período de suposta união estável, sendo que o imóvel que o Juízo Monocrático determinou a meação do valor resultante de sua venda, não é objeto do pedido do autor, pois foi adquirido pela cônjuge varoa durante a constância do casamento.*
>
> *Portanto, não parte da lide a venda do referido imóvel, devendo a sentença ser desconstituida nessa parte, uma vez que não existiu emenda da inicial com relação à divisão de bens adquiridos durante a constância do casamento, mesmo porque, a questão ainda será resolvida em ação própria, que é a conversão da separação em divórcio, onde as partes apresentarão suas respectivas provas durante a instrução, sob pena, inclusive, de cerceamento de defesa em relação à cônjuge varoa."*

Com efeito, em que pese a constatação do mencionado vício na decisão recorrida, à luz do princípio da efetividade e celeridade processual, pode o Tribunal retirar a parte desconforme ao pedido, sem a necessidade de devolver os autos à primeira instância.

Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, ensina, *in verbis*:

> *"O direito processual deve ser estudado pelo prisma da instrumentalidade*

substancial, ou seja, todos dos seus institutos fundamentais constituem meios para tornar efetiva a tutela jurisdicional. Este é o resultado que se busca com o processo.

Nessa ordem de idéias, que não se cansa de afirmar, o tema das nulidades processuais apresenta-se de suma importância. Isso porque, é exatamente aqui que o formalismo exagerado pode por a perder toda uma série de atividades desenvolvidas pelo sujeitos do processo, com vista à tutela.

A partir da premissa de que é necessário relativizar o binômio direito-processo, exsurge como conseqüência inexorável a relativização das nulidades processuais, que passa a ser considerada à luz dos princípios da instrumentalidade das formas e do prejuízo (pas de nullité sans grief). " (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo – Influência do Direito Material Sobre o Processo, 5ª Edição, Malheiro Editores, p. 123.)

Esta interpretação ganha força quando se tem em mente o princípio constitucional da "*razoável duração do processo*", alçado à condição de direito fundamental (art. 5º, LXXVII, da CF).

O retorno dos autos a inferior instância, no presente caso, por uma questão singela, que se pode facilmente superar, apenas retardaria ainda mais a solução final do litígio.

Neste sentido, inclusive, já se posicionou esta 3ª Turma Cível:

E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - EXCLUSÃO DE SÓCIO - PRETENSÃO DE REINCLUSÃO - PRESCRIÇÃO ÂNUA - PRELIMINAR REJEITADA - SENTENÇA ULTRA E NÃO EXTRA PETITA - EXCLUSÃO DO EXCESSO DE CONDENAÇÃO - REVELIA - EFEITOS - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

O disposto no art. 206, § 1º, II, "b", do Código Civil, refere-se especificamente à ação de segurado contra o segurador e vice-versa. Todavia, pretendendo o recorrido sua reinclusão nos quadros associativos do recorrente, revela-se, então, a matéria controvertida, como de direito obrigacional, pois a exclusão se dera por força de rescisão unilateral do contrato, já que, segundo consta dos autos, teria havido inadimplemento contratual, mais especificamente, a falta de pagamento das prestações mensais. Incide, assim, na espécie, a norma do art. 205, do Código Civil, que prevê em dez anos a prescrição.

Revela-se extra petita a sentença que decide coisa diversa daquela constante da demanda, não assim quando concede mais do que foi pedido pelo autor.

Os efeitos da revelia conduzem à presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor em sua petição inicial, a teor dos arts. 285 e 219, do CPC, mormente quando não se está diante das exceções previstas no art. 320, do mesmo CPC, e o réu fora advertida de sua incúria.

Verificando que a sentença pode gerar interpretação que conduza a um excesso na condenação, exsurge conveniente esclarecer o fato, dela excluindo expressamente o propalado excesso. (TJMS. Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.021400-8/0000-00 - Três Lagoas. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Terceira Turma Cível. J. 11/01/2010)

E, também, é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ULTRA PETITA. NULIDADE. DECRETAÇÃO EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. ECONOMIA PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO.

1. A sentença ultra petita é nula, e por se tratar de nulidade absoluta, pode ser decretada de ofício. Contudo, em nome do princípio da economia processual,

quando possível, a decisão deve ser anulada apenas na parte que extrapola o pedido formulado. Precedente.

2. Recurso especial conhecido em parte. (REsp 263.829/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 04/12/2001, DJ 18/02/2002 p. 526)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. FAIXA DE FRONTEIRA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. OCORRÊNCIA. RATIFICAÇÃO DE OFÍCIO. INEXISTÊNCIA. NULIDADE DO TÍTULO.

1. Levando em consideração as peculiaridades do caso concreto e o grave conflito social na região, agravado pela insegurança jurídica referente aos títulos dominiais, foi assentado na Primeira Seção desta Corte a possibilidade de o Incra, por meio da ação desapropriatória, discutir o domínio de imóveis situados na faixa de fronteira, com a finalidade precípua de não pagar indenização por terrenos que, segundo afirma, já pertencem à União. Precedente: EREsp 728795/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 18/9/2009.

2. Recurso do MPF: A indicação de ofensa à Súmula não enseja a abertura do recurso especial, por não se enquadrar no conceito de lei previsto no art. 105, III, "a", da CF/88.

3. O Tribunal de origem, ao condenar o Incra a indenizar o imóvel expropriado, ofendeu o efeito devolutivo da apelação, já que o apelante, Estado do Paraná, apenas postulou a nulidade da sentença por julgamento extra petita e sua ilegitimidade passiva. Anulação parcial do acórdão para excluir a indenização.

4. Recurso do Incra: A mera possibilidade abstrata de ratificação dos títulos conferidos pelo Estado do Paraná, consoante dispõe a Lei nº 9.871/99, não sana, automaticamente, o vício, o que possibilita o magistrado, após tal constatação, decretar a nulidade do título, como, aliás, determina o sistema de nulidades previsto no Código Civil (parágrafo único do artigo 168).

5. Recurso especial interposto pelo MPF conhecido em parte e provido. Recurso do Incra provido. (REsp 861.910/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 19/11/2009)

Dessa forma, sem necessidade de anulação do ato judicial, é autorizado ao Tribunal, em sede de apelação, decotar da sentença o excesso nela contido, relativamente, no caso dos autos, à condenação da requerida no pagamento, em favor do requerente, de R$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais) a título de meação.

Logo, acolher a pretensão recursal da requerida é medida de rigor.

II. Apelação cível interposta por R. A. de S.

II.I. Juízo de admissibilidade

II.I.a. Justiça gratuita

Como relatado, o requerente foi instado a juntar comprovante de rendimento nos autos, visto que, apesar de ter vindicado o deferimento da justiça gratuita (f. 14 – item 63), não houve apreciação expressa pelo Juízo singular.

Diante desta omissão, impõe-se apreciar o requerimento nesta oportunidade, em juízo de admissibilidade recursal, na medida em que a decisão repercute diretamente no conhecimento do recurso, porque aviado sem o recolhimento do preparo.

Como salientado no julgamento do recurso da requerida, para o deferimento da justiça gratuita é necessário a demonstração da impossibilidade de fazer frente às despesas processuais e honorários advocatícios.

No caso, o benefício postulado deve ser deferido.

Isso porque, o que se extrai dos autos, especialmente da cópia da carteira de trabalho juntada à f. 385, é que o demandante efetivamente representa parte hipossuficiente, visto que é encarregado de obras e possui salário de R$ 2.000,00 (dois mil reais), a demonstrar que tais circunstâncias autoriza o deferimento do benefício da justiça gratuita.

Registre-se que a garantia constitucional atinente à justiça gratuita deve merecer exegese ampliativa, de modo a assegurar o acesso ao Judiciário, até porque, os documentos colacionados aos autos não demonstram que o autor possa arcar com as custas processuais e com honorários advocatícios.

Vale acrescentar, ainda, que recentemente a Lei nº. 3.779, de 11 de novembro de 2009, que dispõe sobre o Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul, aumentou em grau expressivo o valor das custas judiciais nesse Estado, fato que poderia representar um óbice ao acesso à justiça por aqueles que possuem pequena renda.

Com este raciocínio, é de ser deferido o benefício da gratuidade judiciária postulado na exordial.

II.I.b. Fixação dos ônus sucumbenciais

Como relatado, o requerente defende ser necessária a fixação dos ônus sucumbenciais, independentemente do deferimento da justiça gratuita, visto que inexiste neste caso isenção, mas apenas suspensão da exigibilidade.

Como se verá ao final, a definição dos ônus sucumbenciais será consequência lógica do julgamento dos recursos, o que torna desnecessário conhecer do recurso do requerente neste aspecto.

Em vista desta deliberação, à exceção da matéria supramencionada, uma vez presentes os requisitos e pressupostos recursais, conheço da apelação do requerente e passo ao exame do mérito.

II.II. Mérito

II.II.a. Reconhecimento e dissolução de união estável ou sociedade de fato

O recorrente pretende, basicamente, ver reconhecida a existência de união estável havida entre as partes no período de 24.04.2007 até o dia 28.03.2013, sob o fundamento de que tal união restou amplamente comprovada na instrução probatória, pela juntada de documentos e oitiva de testemunhas. Em vista disso, pede o reconhecimento e sua dissolução, com a partilha do patrimônio comum. Caso contrário, tal partilha deve ocorrer pelo reconhecimento da sociedade de fato.

O Juízo singular julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que a convivência mantida os litigantes, após a separação judicial, não tem o condão de evidenciar uma união estável, compreendida no sentido de constituição de família.

A sentença, neste aspecto, não merece retoque. Explico.

É de trivial conhecimento que a Constituição Federal de 1988 tutela a união estável, em seu art. 226, § 3º:

> *"Art. 266 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*
>
> *§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento."*

O Código Civil, por seu turno, disciplinando o mencionado dispositivo e com o intuito de conceituar união estável, estabelece:

> *"Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."*

Ao comentar a primeira norma, o jurista Nelson Nery Junior leciona:

> *"A lei qualifica a espécie de convivência que autoriza o reconhecimento da existência de união estável (ou seja, casamento de fato) entre cônjuges. O primeiro requisito é a publicidade dessa convivência. Isso pressupõe que os companheiros (homem e mulher) queiram tornar conhecida de toda a gente a circunstância de que vivem como se marido e mulher fosse, e que essa convivência se destina ao fim de constituir família. A fama do casal é de que são companheiros e isso há de ser notório, de todos conhecido. Por isso, não se considera pública a convivência equívoca, de que não se possa tirar a conseqüência da fama do casal. Ou seja: os atos por meio dos quais a convivência se manifesta não hão de ser ocultos, secretos, clandestinos.*
>
> *A continuidade se verifica pela ausência de interrupção da convivência. Ou seja, os companheiros permanecem em convívio direcionado ao fim de constituir família. Duradoura é a convivência que não é efêmera, ocasional ou transitória."* (JUNIOR, Nelson Nery. Código Civil Comentado. São Paulo: RT, 2006. 4ª edição. p. 938.)

Conforme entendimento do mestre Rodrigo da Cunha Pereira:

> *"O delineamento do conceito de união estável deve ser feito buscando os elementos caracterizadores de um núcleo familiar. É preciso saber se daquela relação nasceu uma entidade familiar. Os ingredientes são aqueles já demarcados principalmente pela jurisprudência e doutrina pós-constituição de 1988: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica. Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e a formatar o conceito de família. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família, repita-se."* (DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha: coordenadores. Direito de família e o novo Código Civil. Da União Estável. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 209).

Na hipótese vertente, os elementos de convicção carreados aos autos pelas partes e colhidos em instrução probatória afastam, de forma peremptória, a possibilidade de reconhecimento de uma união estável havida entre o requerente e a requerida, isso após a separação judicial do casal, por faltar os elementos mínimos de sua constituição, a exemplo da existência de publicidade da pretensa convivência conjugal, de fidelidade recíproca, ou mesmo de conjugação de esforços para a formação e continuação de um núcleo familiar.

A propósito, os argumentos despendidos pelo apelante, visando evidenciar a propalada existência de união estável, não se apresentam convincentes.

As imagens fotográficas acostadas aos autos (f. 224-243), que estariam a representar evidência da união do casal, como sustenta o apelante, não conduzem à formação de uma mínima convicção acerca da existência de união estável.

Isso porque, além de não serem datadas, apresentam-se, em sua grande maioria, como registros de datas festivas, ocasiões estas em que se apresenta habitual a permanência de ambos os pais com a filha menor, especialmente quando o encerramento do laço conjugal não precede de maiores beligerâncias, como parece ter ocorrido entre as partes. Logo, tais elementos não servem para a comprovação do direito reclamado.

A circunstância de constar do contrato de f. 53 a qualificação da requerida como "casada", sem qualquer intervenção efetiva do requerente em sua subscrição, não traz qualquer presunção da existência de uma união afetiva entre os litigantes, sendo seguramente fruto de equívoco.

Saliente-se que a justificativa do requerente-apelante, no sentido de não ter participado da contratação apenas porque se encontrava com o nome negativado, não veio acompanhada de documento comprobatório, como impõe o art. 333, I, do CPC, tudo a impossibilitar o acolhimento de tal tese como um fato constitutivo do direito afirmado.

Nem se diga, como pretende sustentar o requerente-apelante, que o fato de o imóvel acima citado ter sido adquirido com parte do numerário advindo da venda da casa em Bataguassu, no valor de R$ 44.000,00, seria indicativo da existência de uma união estável.

Ora, encontra-se documentado nos autos a partilha dos bens do casal, quando da separação judicial no ano de 2007 (f. 32-37), sendo que o requerente teria ficado com o imóvel e a motocicleta, mas se comprometido a compensar financeiramente a requerida em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), em quarenta parcelas de R$ 500,00 (quinhentos reais).

No depoimento pessoal das partes, restou evidenciado que o imóvel em Bataguassu teria sido vendido e parte do numerário teria sido depositado na conta corrente da requerida.

Tal perspectiva, ao que consta dos depoimentos, foram por mera liberalidade do requerente, bem intencionado com o futuro da filha em comum, mas jamais representando uma mostra de conjunção de esforços para o desenvolvimento de um núcleo familiar.

O terceiro fundamento invocado pelo apelante, de que teria transferido dinheiro para a requerida durante todo o período da união, igualmente não possibilita firmar um juízo de plausibilidade acerca da existência de união estável, visto que, além do compromisso firmado em juízo (f. 32-37), quando da partilha amigável, de pagar mensalmente R$ 500,00 a título de compensação financeira à requerida, é de ordem legal a obrigação de ambos os genitores financiarem as necessidades da filha em comum, tudo a demonstrar a fragilidade do argumento.

Quanto às provas orais, nada obstante o requerente-apelante afirme que elas estão a corroborar com a tese da existência de união estável, certo é que a conclusão após a apreciação de todos os depoimentos segue caminho diverso do alegado.

Ficou esclarecido pelo depoimento pessoal da demandada e pela oitiva da testemunha Rosimeire Maria do Amaral, que as partes, juntamente com o irmão e cunhada da requerida, foram morar em residência cedida pela empresa empregadora do requerente (Perfilados MS), por exclusiva conveniência de todos, visto que tal imóvel era cedido gratuitamente, com todas as despesas pagas, apenas a empregados que detivessem família.

Segundo a requerida, esta mudança afigurou-se interessante do ponto de vista econômico, porque já estava pagando aluguel para morar com sua filha na cidade.

Tal perspectiva explica, à saciedade, o porquê de as partes terem morado juntos por certo período, não representando qualquer evidência de que a proposição era manter uma união conjugal.

Outro esclarecimento trazido pelo depoimento pessoal da requerida foi no sentido de que, eventualmente, admitia que o requerente pernoitasse em sua residência, apenas porque o genitor de sua filha não detinha outro local para ficar (segundo 0:40 a 0:50), mas jamais na proposta de permanecerem unidos em matrimônio.

Conforme depoimento do Sr. Marcio Shiniti Ohashi, apesar de afirmar que tinha como de marido e mulher a convivência dos litigantes (0:36), foi categórico ao esclarecer que, em reuniões (churrascos) realizadas na casa cedida pela empresa, jamais presenciou qualquer tratamento carinhoso entre as partes (1:26), a demonstrar que o conceito formado sobre a união das partes representava consequência lógica de terem tido, no passado, um relacionamento conjugal, onde conceberam uma filha, e por estarem residindo sobre a mesma moradia. Logo, tal testemunha ratifica a convicção de que o tempo residindo na mesma casa foi por conveniência financeira, jamais para o fomento de uma relação conjugal.

O Sr. Helio Nunes Muchon, por seu turno, não contribuiu com maiores informações acerca do fato controvertido (existência de união estável), tendo apenas aclarado que fora a requerida M. S. da S. que negociou a venda e recebeu em seu nome o valor correspectivo.

Por sua vez, o Sr. Sérgio Roberto de Souza apenas declarou sua percepção sobre o convívio das partes, afirmando que os dois moravam na mesma casa, logrou vê-los em público juntamente com a filha e teria deixado certa vez o requerente em frente da casa da requerida.

Nada obstante a percepção desta testemunha sobre a relação das partes, restou induvidoso que, após a separação judicial, os litigantes passaram a deter uma relação amistosa, certamente em razão da existência da filha em comum, justificando a confusão de certas testemunhas acerca da existência de uma união conjugal.

Entretanto, como bem asseverado pelo Juízo singular, restou evidenciado por meio da oitiva da Sra. R. M. do A. que, no período de 24.04.2007 até o dia 28.03.2013, onde supostamente as partes teriam vivido em união estável, a requerida possuiu alguns relacionamentos públicos com outros homens, tudo a afastar por completo a tese de que a fama das partes ora litigantes era na qualidade de companheiros.

Até porque, C. P. J. e M. P. F. se propuseram a comparecem em juízo para ratificar as afirmações da requerida, tendo aquele sido namorado desta pelo período de 2007 a 2011, em Bataguassu, e este sido namorado da demandada em Três Lagoas, pelo menos no ano de 2011.

A propósito, a fim de evitar tautologia, colaciono a deliberação do Juízo singular sobre a questão, que bem sintetizou o porquê da improcedência do pedido de reconhecimento de união estável:

> *"Com efeito, em que pese a afirmação do autor da convivência marital para o período de 2007 a 2013, e negado pela requerida, chama a atenção durante a instrução os depoimentos das testemunhas R. M. do A., C. P. J. e M. P. F. Estes dois últimos que disseram terem sido namorados da autora para o período de 2007 a 2011 e 2010 a 2011, respectivamente. A outra testemunha, companheira de "balada" da requerida, afirma que a requerida tinha vários namorados, citando C. P. J., e, que esteve em locais públicos com a requerida, estando esta na companhia do namorado, acrescentando, ainda, que mesmo no período em que a requerida morou na casa cedida para o autor pela empresa Perfilados*

> *MS (que segundo a requerida e a testemunha R. M. do A. foi exclusivamente para a ré não pagar aluguel na cidade, e, reservar sua renda para investir na atividade comercial que desenvolvia), a requerida saia à noite na companhia de referida testemunha para "baladas" e a filha ficava na companhia da tia materna.*
>
> *O depoimento da testemunha M. P. F. é elucidativo, pois, afirma que frequentava locais públicos desta cidade (vira-copus, pousada do tucunaré, campo verde), sem se preocupar com o autor, pois, tinha para si que entre a requerente e a requerida nada havia.*
>
> *Ora, por mais esforço que se faça, não se pode conceber que a convivência de 2007 até 2013 entre o autor e a requerida possa configurar união estável, na forma definida pela legislação, doutrina e jurisprudência pátria.*
>
> *Em sendo assim, a improcedência do pedido de reconhecimento de união estável se impõe."*

Assim, diante das provas colhidas, tenho que os fatos ocorridos no período de 2007 a 2011 não ultrapassou uma relação amistosa entre ex-cônjuges, cunhada na consideração e respeito mútuos angariados no período em que efetivamente estiveram casados e lograram conceber uma filha, cuja relação não pode ser qualificada como união estável nos termos da lei, porque não demonstrada a "*convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*".

Por valer o registro, esta também foi a percepção da Procuradoria-Geral de Justiça, que assim opinou sobre a questão (f. 398):

> *"Não houve por parte da requerida a intenção de constituir família com o Apelante R. A. de S., tendo afirmado que somente teria permanecido numa casa junto com o Apelante porque a empresa para a qual ele trabalhava oferecia moradia e demais despesas pagas, podendo ela assim, economizar o dinheiro do aluguel, ou seja, o intuito não era morar junto com o recorrente, mas sim poupar dinheiro.*
>
> *Demais disso, os próprios vizinhos das partes afirmaram em juízo que apenas presumiram que eles eram um casal por morarem juntos, pois nunca presenciaram qualquer demonstração de carinho entre os dois.*
>
> *Assim, não houve a notoriedade e publicidade na relação das partes como casal, mesmo porque a recorrida, afirmou que após a separação nunca conviveu maritalmente com Roberto, ao contrário, esclareceu que nesse período teve vários outros relacionamentos."*

Logo, não comprovada a existência de união estável, impõe-se negar provimento ao recurso de apelação, neste particular.

Por seu turno, não se afigura possível determinar a partilha dos bens reclamados com base em suposta sociedade de fato.

Como já adiantado em linhas atrás, restou evidenciado que parte do numerário advindo da venda do imóvel de Bataguassu, adquirido ainda quando da constância do casamento havido entre as partes, teria sido depositado na conta corrente da requerida.

Asseverou-se, ademais, que a recepção de tal numerário pela requerida teria sido fruto de mera liberalidade do requerente, bem intencionado com o futuro da filha em comum, jamais representando a intenção de formar uma sociedade para a formação de um patrimônio comum, ou fomento de uma atividade empresária.

Até porque, muito conveniente seria ao requerente pretender a metade do patrimônio alheio, igualmente conquistado pelo esforço de terceiro, apenas porque teria cedido à empreendedora, seja por mútuo ou por doação, uma certa quantia em dinheiro.

Se assim o é, evidentemente que não cabe ao requerente pleitear a divisão dos bens adquiridos exclusivamente pela requerida, com base na pretensa existência de sociedade de fato, cabendo ao requerente, se entender possível e cabível, ajuizar ação autônoma para reclamar o ressarcimento de eventual valor que entenda ser de sua propriedade, onde deverá demonstrar o fato constitutivo de seu direito.

Por isso, no que tange à partilha de bens com base na tese de sociedade de fato, o recurso também não merece guarida.

III. Ônus sucumbenciais

E face ao êxito do recurso da requerida, que logrou o reconhecimento da nulidade da sentença na parcela em que a condenou ao pagamento de indenização, a consequência lógica do julgamento é reconhecer a sucumbência integral do requerente, com novo arbitramento dos honorários advocatícios, agora com fundamento no art. 20, §4º, do CPC.

Sendo certo que o arbitramento deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional liberal, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, assim como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 20, § 4º, combinado com §3º, 'a', 'b' e 'c', do Código de Processo Civil), passo a verificar tais balizas.

No caso, a demanda durou, desde seu ajuizamento até a presente data, aproximadamente um ano e quatro meses (vide protocolo digital de f. 01 e data desta decisão); a causa demandou uma análise pormenorizada dos fatos e fundamentos jurídicos, aumentando consideravelmente o trabalho dos advogados; os profissionais da advocacia, ademais, atuaram com zelo durante a tramitação do feito, apresentando tempestivamente as peças processuais essenciais; conforme se dessume das procurações, os serviços foram prestados em Três Lagoas; apesar de estipulado em R$ 678,00 o valor da causa na inicial, o valor econômico em discussão e o proveito econômico da requerida foi muito maior, já que afastou sua condenação no valor de R$ 22.000,00.

Desta forma, considerando-se tais premissas, tenho que os honorários advocatícios devem ser arbitrados em R$ 3.000,00 (três mil reais), cujo valor não onera em demasia a parte vencida, mas representa uma boa remuneração pelo trabalho desenvolvido pelos profissionais do direito.

Todavia, em razão de o requerente ser beneficiário da justiça gratuita, impõe-se suspender a cobrança das verbas sucumbenciais (custas processuais e honorários advocatícios), nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Em razão desta deliberação, como já antecipado no juízo de admissibilidade do recurso do requerente, fica prejudicada a análise do pleito recursal deste, na parte em que pretendia exatamente a fixação dos ônus sucumbenciais.

IV. Dispositivo

Pelo exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, defiro à requerida os benefícios da justiça gratuita e, com isso, rejeito a preliminar de deserção suscitado em contrarrazões para conhecer do recurso de apelação interposto por M. S. da S. e lhe dar provimento para, com fundamento no artigo 5º, LV, da Constituição Federal e artigos 2º, 128, 286 e 460, todos do Código de Processo Civil, declarar a nulidade parcial da sentença em razão do julgamento *extra petita* e, por consequência, decotar do *decisum*

o excesso nele contido, relativamente à condenação da requerida no pagamento, em favor do requerente, de R$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais).

Outrossim, defiro ao requerente as benesses da gratuidade judiciária e, por isso, conheço em parte do recurso manejado por R. A. de S. (exceto no que se refere aos ônus sucumbenciais), mas, nesta extensão, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego-lhe provimento.

Por consequência lógica do êxito do recurso da requerida, tendo o requerente sucumbido integralmente na ação, condeno-o no pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios que, com fundamento no art. 20, §4º, do CPC, arbitro em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Contudo, tratando-se o requerente de beneficiário da justiça gratuita, mantenho suspensa a cobrança das verbas sucumbenciais (custas processuais e honorários advocatícios), nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, rejeitaram a preliminar de deserção, deram provimento ao apelo de M.S. da S., para declarar a nulidade parcial da sentença, conheceram em parte do apelo de R.A.S. e negaram-lhe provimento, 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, 12 de agosto de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1409754-83.2014.8.12.0000 – Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – INCIDÊNCIA DE ITCD SOBRE ALIENAÇÕES DE LOTES DE TERRENO REALIZADAS EM VIDA PELO *DE CUJUS* MEDIANTE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA SEM REGISTRO AFASTADA – EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ JUDICIAL QUE SE IMPÕE – INCIDÊNCIA DE ITBI – COMPETÊNCIA MUNICIPAL – CONTRATOS QUE SE MOSTRAM VEROSSÍMEIS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I - O imposto *causa mortis* tem como fato gerador a transmissão da herança do *de cujus* aos herdeiros. O que se tributa são os acréscimos patrimoniais obtidos pelos herdeiros.

II - As parcelas do imóvel objeto de contratos de promessa de compra e venda firmados com terceiros pelo *de cujus* em vida, não pode integrar o monte partilhável entre os herdeiros do autor da herança, motivo pelo qual não incide o imposto de transmissão *causa mortis.*

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, 16 de setembro de 2014.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Estado de Mato Grosso do Sul inconformado com a decisão proferida nos autos da ação de inventário n. 0014166-98.1998.8.12.0001, em trâmite perante o juízo da Vara de Sucessões da Comarca de Campo Grande, MS, que indeferiu a incidência de imposto de transmissão *causa mortis* sobre os contratos particulares de venda de imóvel juntados nos autos de origem, que, supostamente, teriam sido firmados em vida pelos inventariados.

Mencionou que todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, deve respeitar os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica, alegando que a validade do negócio jurídico deve respaldar-se nos pressupostos estabelecidos no art. 104 do C.C. (agente capaz, objeto lícito, possível, determino ou determinável e, por fim, forma prescrita ou não defesa em lei).

Sustentou que na hipótese os negócios jurídicos informados no processo de origem não possuem qualquer indício de veracidade. Tratam-se de contratos de promessa de compra e venda de lotes de imóveis

localizados no loteamento Dois Irmãos do Buriti, cujo pagamento seria realizado de forma parcelada, sem, todavia, qualquer assinatura ou mesmo comprovante de quitação.

Concluiu, por isso, que ausente a manifestação de vontade do inventariado, Sr. Dedulque Ferreira Paes, no sentido de vender os imóveis descritos nos mencionados contratos.

Argumentou que falecendo de assinatura e formalização via escritura pública, não há como considerar o negócio jurídico dotado de validade para produção de efeitos no mundo fenomênico, a fim de obstar a aplicação da regra-matriz de incidência do ITCD face a demonstração de que aquele fato apontado pelo Espólio se perfez antes do falecimento do *de cujus*.

Invocou, ainda, a ausência de demonstração do recolhimento de ITBI, a comprovar a efetiva alienação dos imóveis em vida pelos inventariados.

Concluiu que, ausente qualquer documento hábil a comprovar que as alienações foram realizadas em vida pelos inventariados, por falecer de assinatura para fins de demonstração de manifestação de vontade por parte dos falecidos, a decisão recorrida merece reforma.

Pleiteia seja determinado o pagamento do ITCD incidente sobre os referidos bens imóveis, sob o argumento de que os contratos acostados na origem (f. 387-490) não atendem aos requisitos legais para serem considerados como existentes e válidos.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, com a reforma da decisão recorrida, a fim de que seja determinado que para a transmissão dos bens imóveis lotes de terreno constantes no Loteamento Dois Irmãos do Buriti, localizados na cidade de Dois Irmãos do Buriti/MS, proceda-se o recolhimento do ITCD devido.

O juízo *a quo* prestou informações (f. 534-535), oportunidade em que mencionou que inexiste prova nos autos de que houve pagamento de ITBI ou ITCD sobre as vendas noticiadas no feito, esclarecendo, outrossim, que a decisão agravada renovou alvará já deferido em 20/12/2000 (f. 228), em sentença que convalidou partilha com expressa menção à venda em vida dos bens e contra a qual a Fazenda Estadual não apresentou insurgência (f. 291).

Esclareceu-se, ainda, que apesar de no caso tenha sido afastada a incidência do ITCD, a decisão agravada não exonera a parte quanto ao recolhimento do ITBI, de competência municipal, argumentando que os contratos de f. 387-490 mostram-se verossímeis quanto à venda em vida.

Ao final, mencionou que o agravante cumpriu o disposto no art. 526 do CPC e que a decisão agravada mantinha-se como proferida.

Não obstante terem sido intimados (f. 531), os agravados deixaram de apresentar resposta ao recurso (f. 536).

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator).

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul inconformado com a decisão proferida nos autos da ação de inventário n. 0014166-98.1998.8.12.0001, em trâmite perante o juízo da Vara de Sucessões da Comarca de Campo Grande, MS, que indeferiu a incidência de imposto de

transmissão *causa mortis* sobre os contratos particulares de venda de imóvel juntados nos autos de origem, que, supostamente, teriam sido firmados em vida pelos inventariados (f. 11/TJMS).

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste agravo de instrumento e passo à análise de seus fundamentos.

Preambularmente consigno que, apesar de o juízo *a quo* ter mencionado que a presente irresignação da fazenda pública estadual mostra-se tardia, em função de decisão proferida no curso do processo de origem, sobre a qual deixou de apresentar qualquer insurgência (f. 534-535), impõe-se analisar a controvérsia devolvida a este Tribunal por persistir à recorrente o interesse no reconhecimento da incidência do ITCD sobre cada uma das alienações citadas pela inventariante.

Não fosse isso, a parte *ex adversa* interessada no reconhecimento de eventual preclusão do direito do agravante de rediscutir matéria decidida em primeira instância, deixou de apresentar resposta ao recurso, apesar de devidamente intimada para tanto (f. 536).

Passo, pois, ao exame da controvérsia.

Como cediço, o imposto *causa mortis* tem como fato gerador a transmissão da herança do *de cujus* aos herdeiros.

No processo de origem, dentre os bens deixados pelo Sr. Dedulque Ferreira Paes, encontra-se o Loteamento "Dois Irmãos", situado no Município de Dois Irmãos, MS, Comarca de Aquidauana, MS, com área remanescente de 528.314,11 m², contendo 96 (noventa e seis) quadras incompletas e 1.151 lotes de terreno, objeto da matrícula n. 5164, do C.R.I. do 4º Ofício de Aquidauana, MS, cuja cópia restou juntada neste recurso à f. 83-137.

Conforme se infere da relação de bens, apresentada nas primeiras declarações (f. 40), mencionou-se que todos os referidos lotes de terreno haviam sido vendidos por intermédio de contrato particular de venda e compra de imóvel urbano, cujas escrituras seriam posteriormente outorgadas.

Portanto, o que se vê é que parte dos bens deixados pelo *de cujos* foi vendida a terceiras pessoas, pelo proprietário, antes do seu falecimento, mediante contrato particular de compromisso de compra e venda, que não se configura o fato gerador da obrigação tributária supracitada (ITCD), mormente porque "o que se tributa são os acréscimos patrimoniais obtidos pelos donatários, herdeiros e legatários" (COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro* . 9 ed. Rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 524-525).

Em verdade, as parcelas do imóvel objeto de contratos de promessa de compra e venda firmados com terceiros pelo *de cujus* em vida, não pode integrar o monte partilhável entre os herdeiros do autor da herança, motivo pelo qual não incide o imposto de transmissão *causa mortis* sobre as vendas de partes da área loteada pelo falecido Sr. Dedulque Ferreira Paes, ainda que sem o respectivo registro.

Neste sentido é a orientação do STJ

> *"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE TRANSMISSÃO 'CAUSA MORTIS' - IMÓVEL ALIENADO PELO 'DE CUJUS' MEDIANTE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. 1. No direito brasileiro somente a transcrição transfere juridicamente a propriedade. A promessa particular de compra e venda não transfere o domínio senão quando devidamente registrada. 2. O imposto de transmissão 'mortis causa', entretanto, findo o enfoque eminentemente civil, grava o benefício econômico deixado aos herdeiros, guiando-se*

> *pelo critério do fenômeno econômico. 3. Imóvel vendido por compromisso de compra e venda não registrado, com pagamento do preço fixado pelo 'de cujus', não gera imposto de transmissão 'mortis causa'. 4. Recurso Especial provido.* (REsp. n. 177.453/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03/04/2001, DJ 27/08/2001, p. 300).

E que não destoa de precedentes dos Tribunais pátrios:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS (ITCM). VENDA DE IMÓVEL, EM VIDA, PELO AUTOR DA HERANÇA, MEDIANTE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. FATO GERADOR NÃO VERIFICADO. RECURSO PROVIDO. A promessa de compra e venda firmada pelo autor da herança, em vida, não é fato gerador do imposto de transmissão causa mortis, ainda que a transferência imobiliária no cartório de registro de imóveis venha a ocorrer depois de sua morte, pois "o que se tributa são os acréscimos patrimoniais obtidos pelos herdeiros" (Sacha Calmon Navarro Coêlho).* (TJSC. AI: 359505 SC 2011.035950-5. Relator: Luiz Carlos Freyesleben. Data de Julgamento: 05/10/2011. Segunda Câmara de Direito Civil)

> *INVENTARIO. EXCLUSÃO DE BEM PROMETIDO VENDER EM VIDA. Não é de se incluir, no monte-mor, bem que o inventariado e cônjuge prometeram vender, ainda em vida do falecido, e cujo numerário foi devidamente recebido. Cabível a expedição de alvará, autorizando o inventariante a honrar o compromisso de compra e venda* (TJRS. AI n. 592068647. Rel. Des. Waldemar Luiz de Freitas Filho. J. 02/09/1992).

Sob outro enfoque, cumpre analisar a verossimilhança dos contratos firmados pelo falecido, vez que o agravante afirma que estes não são documentos hábeis a comprovar que as alienações foram realizadas em vida pelos inventariados, por falecer de assinatura para fins de demonstração de manifestação de vontade por parte dos falecidos.

Analisando as cópias do processo de origem, infere-se o falecido, Sr. Dedulque, em vida, procedeu a alienação dos lotes de terreno que guarnecem o loteamento "Dois Irmãos" e esses atos judiciais surtem todos os efeitos legais, no plano da existência, validade e eficácia, até prova em contrário.

Verifica-se que, pelos documentos juntados neste recurso, que resta evidenciada a alienação dos imóveis a terceiros (f. 167-169 e 415-518), tanto que vários alvarás já foram expedidos a favor do inventariante (f. 310, 352, 355, 376, 379, 383, 388, 396, 398, 402, 406 e 522), que se mostra o meio adequado para tal intento.

Sobre o tema segue o seguinte julgado:

> *APELAÇÃO CÍVEL. ALVARÁ JUDICIAL. TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEL. ÓBITO DE UM DOS CÔNJUGES. POSSIBILIDADE JURÍDICA. O alvará judicial é meio juridicamente possível e idôneo para autorizar o cônjuge supérstite à celebração de escrituras públicas destinadas à mera regularização da transferência da propriedade de imóvel, adquirido e vendido mediante instrumentos particulares enquanto em vida o de cujus. Integralmente recebido o preço antes do óbito, desnecessário o ajuizamento de inventário, porque o imóvel já não integrava o patrimônio do falecido. Provada a concordância do titular do domínio com a outorga da escritura, descabe remeter às partes à via da adjudicação compulsória. Por ser meramente autorizativo, o alvará não submete terceiros, tornando dispensável sua integração ao processo visto que as escrituras celebrar-se-ão somente se manifesta e espontânea a vontade de todas as partes. Apelação improvida.* (TJRS. Ap. Cív. n. 70006725378. Rel. Des. Leoberto Narciso Brancher. J. 16/09/2003).

Cumpre registrar, por fim, que este *decisum* não exonera a parte quanto ao recolhimento do ITBI, de competência municipal, limitando-se a afastar, entretanto, a incidência do ITCD.

Ante o exposto, conheço deste agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, mas nego-lhe provimento, para manter inalterada a decisão agravada.

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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, MS, 16 de setembro de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0039872-92.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – CLÁUSULA SURPRESA – INOCORRÊNCIA – PARCELAS QUE DEVEM SER ATUALIZADAS ANUALMENTE – ART. 28 DA LEI 9.069/95 – SALDO RESIDUAL – LEGALIDADE DA COBRANÇA PROPAGANDA ENGANOSA – INOCORRÊNCIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Caracteriza-se como propaganda enganosa aquela que contém informação falsa ou capaz de induzir o consumidor em erro a respeito das características do produto ou do serviço oferecido. Se o contrato de promessa de compra e venda prevê expressamente a possibilidade da cobrança de saldo residual ao final do financiamento, não se há falar em propaganda enganosa.

2. Não é considerada cláusula surpresa aquela que prevê expressamente, de forma clara e de fácil compreensão e verificação, a cobrança do saldo residual.

3. É legal a cobrança de saldo residual nos contratos de compra e venda de bem imóvel, desde que a correção das parcelas ocorra em periodicidade anual e haja expressa previsão contratual, como no caso concreto. Precedentes do STJ.

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, 8 de julho de 2014.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Esdras Queiroz Fogaça, nos autos de ação de cobrança de n. 0039872-92.2012.8.12.0001 em que contende com Progemix - Programas Gerais de Engenharia e Construção Ltda, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

1. preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa ante a necessidade de produção de prova pericial para demonstrar a ilegalidade na forma de cálculo para atualização do crédito exigido pela apelada;

2. no mérito, afirma que a recorrida ajuizou a presente ação de cobrança visando receber os valores referentes a um resíduo inflacionário que entende ser devido, mesmo após o pagamento das 100 (cem) prestações previstas tanto no pedido de reserva quanto no instrumento particular de compromisso de compra e venda de imóvel, firmado entre as partes;

3. o juízo singular deixou de analisar a existência ou não de publicidade enganosa, tendo em vista que não considerou as provas concretas de que a abusividade se deu desde o momento da celebração do pré-contrato, conforme se observa do documento de fls. 327/8;

4. no ato da celebração do pré-contrato (pedido de reserva de imóvel) a apelada informou à apelante que a aquisição do imóvel se daria única e exclusivamente por meio do pagamento de 100 (cem) prestações, as quais não ultrapassariam o limite de 03 (três) salários mínimos;

5. o instrumento particular de compromisso de compra e venda foi elaborado sem a participação e prévio conhecimento do apelante e, por esta razão não tem o condão de vinculá-lo ao seu conteúdo, donde resulta ser ilegal a cobrança de quaisquer outros valores além das 100 (cem) prestações fixadas no item III - Condições de Venda e Forma de Pagamento do saldo, constante do pedido de reserva de imóvel;

6. é ilegal e abusiva a cobrança do resíduo inflacionário por violação ao art. 28 da Lei 9.069/95, o qual permite periodicidade apenas anual, sendo nula a correção monetária inferior a um ano.

Requer o conhecimento do recurso a fim de que sejam acolhidas as alegações preliminares e anulada a sentença em razão do cerceamento do direito de defesa. No mérito, seja dado provimento ao recurso, anulando a cláusula quarta do instrumento particular de compromisso de compra e venda.

O recurso foi respondido batendo-se a recorrida pelo improvimento do mesmo.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (Relator).

Trata-se de apelação interposta por Esdras Queiroz Fogaça contra a sentença do juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Progemix - Programas Gerais de Engenharia e Construções Ltda., julgou procedentes os pedidos contidos na inicial para condenar o apelante ao pagamento de R$ 52.441,31.

Passo à análise do apelo, por ordem de prejudicialidade.

Preliminar de cerceamento de defesa

Assevera o recorrente que postulou a produção de prova pericial para demonstrar a ilegalidade na forma de cálculo para atualização do crédito cobrado pela recorrida, e o magistrado, ao julgar antecipadamente o feito, incorreu em cerceamento de defesa.

Nos termos do art. 130, do Código de Processo Civil, o juiz é o destinatário das provas, de modo que cabe a ele a instrução do processo e, em razão dessa função, o indeferimento de diligências inúteis, desnecessárias ou meramente protelatórias.

Cabe ao Julgador, no intuito de formar o seu livre convencimento, decidir sobre a necessidade de produção de provas. E, nessa senda, o magistrado entendeu que a perícia seria desnecessária para o deslinde da lide e que, se for o caso, poderá ser realizada em liquidação de sentença.

Com efeito, incumbe ao magistrado a averiguação da necessidade de produção de provas, exatamente como procedeu o julgador no caso em tela. Colha-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *"IV - Não consubstancia cerceamento de defesa o indeferimento de produção de determinada prova, na hipótese do magistrado, destinatário desta, a considerar despicienda para o deslinde da controvérsia sendo que, ademais, o entendimento esposado*

> *pelo Tribunal de origem baseou-se na análise do conjunto probatório carreado aos autos (Súmula 7/STJ);"* (REsp 1037819/MT, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 10/03/2010)

Consoante disposição do art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, o juiz conhecerá diretamente do pedido, quando a questão de mérito for de direito e de fato e não houver necessidade de produzir provas em audiência.

Este é o entendimento da Corte de Estrito Direito:

> *"3. Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide.*
>
> *4. Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, 'a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide' e que 'o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento'* (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99)" (AgRg no Ag 939737/MG - Ministro José Delgado - Primeira Turma - DJ 03.04.2008 p. 1) Destacamos

Entretanto, no caso dos autos, o requerido limitou-se a postular a prova pericial sem sequer indicar quais seriam as ilegalidades do cálculo objeto de perícia, ou seja, não elencou os supostos encargos abusivos e ilegais e a razão de o serem, ou seja, não se desincumbiu de seu ônus de impugnação específica.

Nesse sentido:

> *E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO MONITÓRIA - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO - PROPOSITURA SEM O RECOLHIMENTO PRÉVIO DAS CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A QUE SE REFERE O ART. 268 DO CPC - RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL DIVERSA - INEXIGIBILIDADE - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA - POSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO CRÉDITO EM LIQÜIDAÇÃO DE SENTENÇA - JUROS DE MORA - TERMO A QUO - CITAÇÃO VÁLIDA - CORREÇÃO MONETÁRIA - INCIDÊNCIA A PARTIR DO VENCIMENTO DE CADA UMA DAS PRESTAÇÕES - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *A outra ação mencionada no caput do art. 268 do CPC diz respeito à instauração de nova demanda abordando a mesma relação jurídica processual, de modo que, sendo diverso o objeto tratado nesta última, não incide a exigência pecuniária prévia.*
>
> *Dispensada a realização de prova pericial, ante a possibilidade de se apurar o valor do crédito em liqüidação de sentença, rejeita-se a alegação de cerceamento de defesa.*
>
> *A fim de evitar que o credor seja injustamente beneficiado, em detrimento do devedor, os juros de mora incidem sobre o montante devido a contar da citação válida.*

> *A correção monetária incide sobre a dívida a partir da data de vencimento de cada uma das prestações do contrato, haja vista sua finalidade de recomposição da perda do valor aquisitivo da moeda.* (TJMS - Apelação Cível - Execução - N. 2007.026933-7/0000-00 - Campo Grande, Relator Designado -Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto, Segunda Turma Cível, 23.10.2007) Destacado

Por conseguinte, inexiste de cerceamento de defesa no caso em tela em razão de estar o feito apto a julgamento pelos motivos aqui elencados.

Mérito

1. Da propaganda enganosa saldo residual

A recorrente afirma que deve ser anulada a cláusula que prevê a cobrança do saldo residual, visto que a construtora omitiu esta informação na divulgação de sua campanha promocional de venda do imóvel, realizando, dessa forma, propaganda enganosa contrariando as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Dentre outras normas do Código de Defesa do Consumidor, atinentes à matéria, importante trazer a baila aquela constante do § 1º do artigo 37, *in verbis*:

> *"É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços".*

Da simples leitura do dispositivo supracitado, conclui-se que propaganda enganosa é aquela que contém informação falsa ou é capaz de induzir o consumidor em erro a respeito das características do produto ou do serviço oferecido.

Não foi o que ocorreu no caso dos autos. A informação de possível cobrança de saldo residual, conforme já mencionado, está expressamente prevista no parágrafo quinto da cláusula quarta do contrato de promessa de compra e venda, o que afasta a alegação de ocorrência de propaganda enganosa.

E mais. A construtora, em sua campanha promocional, não tem o dever de anunciar todas as cláusulas do contrato; compete ao consumidor, antes de assinar o instrumento, analisar detidamente as cláusulas e condições do contrato. No caso havia cláusula estabelecendo a cobrança do saldo residual, o que, aliás, é comum em contrato dessa natureza. Logo, não se há falar na existência de propaganda enganosa.

2. Desnecessidade da cláusula em destaque - conhecimento prévio do consumidor

A apelante sustenta que a cláusula que prevê a cobrança do saldo residual se mostra ilegal e abusiva diante das disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois além de não estar escrita com destaque, dela não foi dado conhecimento prévio ao comprador, nos termos do artigo 54, § 3º do CDC, o que caracteriza a cláusula surpresa.

O instrumento particular de promessa de compra e venda pactuado pelas partes prevê a cobrança do saldo residual nos seguintes termos:

> *"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, a favor da vendedora, nas seguintes condições: (...)" (f. 11).

Pela leitura da cláusula supracitada percebe-se que a cobrança do saldo residual está expressamente prevista de forma clara e de fácil compreensão e verificação na cláusula quarta parágrafo quinto, do contrato e por isso não constitui cláusula surpresa.

Ademais, a finalidade precípua da referida norma é permitir que aquele que edifica o imóvel e o coloca a venda, seja devidamente remunerado pelo seu investimento, garantindo, assim, o equilíbrio contratual entre as partes.

3. Da atualização das prestações e da possibilidade da cobrança do saldo residual

O apelante aduz que deve ser aplicado o artigo 28 da Lei 9.069/95, para determinar que os reajustes sejam feitos anualmente, e não mensalmente, como consta no parágrafo primeiro da cláusula quarta.

Reconheço a legalidade da previsão de pagamento de saldo residual nos casos em que esta cobrança decorre de correção monetária baseada em índices legais, cuja aplicação respeite a periodicidade anual exigida pelo artigo 28, da Lei n. 9.069/1995, bem como seja calculada em fórmulas compatíveis com a legislação em vigor.

A título de exemplo, confira-se arestos do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESÍDUO INFLACIONÁRIO. PERIODICIDADE MENSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL DISSOCIADAS DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. INÉPCIA.

1. A decisão agravada afirmou claramente que a jurisprudência desta Corte admite a cobrança do resíduo inflacionário na forma anual, e não na forma mensal. Assim, como o Tribunal local decidiu que "não se pode admitir a cobrança de resíduo inflacionário mensalmente, como estabelece o artigo 28 da Lei 9.069/95, sob pena de ser considerada abusiva [a cláusula]", negou-se provimento ao recurso especial, visto que tal decisão está em conformidade com o entendimento do STJ.

2. A interposição de recurso manifestamente inadmissível ou infundado autoriza a imposição de multa com fundamento no art. 557, § 2º, do CPC.

3. Agravo regimental a que se nega provimento, com a condenação da agravante ao pagamento de multa no percentual de 1% (um por cento) sobre o valor corrigido da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do respectivo valor (art. 557, § 2º, do CPC). (AgRg no REsp 1186761/MS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 04/06/2013, DJe 10/06/2013)

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, 3ª Turma, j. 06.08.2013, DJe 29.08.2013).

Sobre o tema, este Sodalício vem se pronunciando reiteradamente:

> *E M E N T A APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE COBRANÇA CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COBRANÇA DE SALDO RESIDUAL COM REAJUSTE ANUAL LEGALIDADE PRECEDENTES DO STJ APLICAÇÃO DO ART. 28 DA LEI 9.069/95 SENTENÇA REFORMADA INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJMS - Apelação Cível n. 0051482-57.2012.8.12.0001, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 5ª Câmara, j. 05.12.2013).*
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – SALDO RESIDUAL – AFASTADO – PROPAGANDA – VINCULAÇÃO AO PRODUTO – RECURSO PROVIDO.*
>
> *Nos contratos de compra e venda de bem imóvel, a cobrança do saldo residual é admitida somente quando à correção monetária incidir em periodicidade anual.*
>
> *A teor dos artigos 30 e 37 do CDC, a propaganda obriga o proponente e o vincula ao contrato que dela se originar.* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.037798-1/0000-00 - Campo Grande - Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade – 31.01.2012 – 2ª Câmara Cível TJMS)

Aliás, ao examinar noutras oportunidades contratos como o que ora se encontra em evidência, o eminente Desembargador Sideni Soncini Pimentel por reiteradas vezes bem observou que:

> *"Uma vez aplicados indexadores legais, no período e forma legais, para a atualização do saldo devedor, de modo que da diferença apurada entre o valor corrigido e os valores pagos segundo o limite máximo estabelecido para pagamento (salário mínimo) gere um resíduo, para quitação futura, não há se falar em ilegalidade da sua cobrança".* (TJMS - Apelação n. 0102122-11.2005.8.12.0001, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, 5ª Câmara, j. 01.08.2013).

Na hipótese em tela, percebe-se que o parágrafo segundo da cláusula quarta (f. 11) prevê que as parcelas seriam atualizadas mensalmente.

Para melhor esclarecer, transcrevo o parágrafo mencionado: *"Parágrafo Segundo: O saldo devedor será reajustado mensalmente conforme o índice pactuado, mas será aplicado nos termos do parágrafo primeiro desta cláusula."*

Nesta ordem de ideias, à luz dos precedentes acima invocados, comungo do entendimento de que a atualização das parcelas deve ocorrer em periodicidade anual, conforme determina o artigo 28, da citada Lei 9.069/95 e, diante dessa correção, deve ser declarada a legalidade da cobrança do saldo residual previsto no parágrafo quarto da cláusula quarta do presente contrato.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial para determinar que a atualização das parcelas ocorra em periodicidade anual. Em consequência disso, fica declarada a legalidade da cobrança do saldo residual previsto no parágrafo quinto da cláusula quarta do contrato de compra e venda pactuado entre as partes.

Com a reforma parcial da sentença, restou caracterizada a sucumbência recíproca (art. 21, caput, do CPC), devendo as custas e honorários serem suportados em 80% (oitenta por cento) pela ré e 20% (vinte por cento) pelo autor, nos valores fixados pelo juiz de piso, ficando sobrestada a condenação do autor nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50, em face dos benefícios da justiça gratuita que ora lhe defiro.

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 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, 08 de julho de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0119889-57.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – USUCAPIÃO ALEGADA NA RECONVENÇÃO – INADMISSIBILIDADE – DIVERSIDADE DE RITOS E IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO SUBJETIVA DA RELAÇÃO PROCESSUAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Em reivindicatória a usucapião somente pode ser manejada exclusivamente como matéria de defesa, em razão da impossibilidade de ampliação subjetiva da relação processual, com a inclusão de terceiros como litisconsortes necessários e a participação do Ministério Público, além de possuir rito especial, com a necessidade de observação de requisitos específicos.

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, 8 de julho de 2014.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Manoel Augusto de Menezes, nos autos de ação reivindicatória de n. 0119889-57.2008.8.12.0001 movida por Dirceu Vicente Botura, oferece recurso de apelação.

Em suas razões, o apelante alega que:

1- sua insurgência limita-se à ação reconvencional, posto que a sentença que a extinguiu não deve prevalecer, uma vez que, ao contrário do que restou afirmado, o réu-reconvinte incluiu a esposa do apelado no polo passivo da reconvenção e requereu a citação de ambos;

2- o fato da esposa do apelado não ter integrado a lide principal, por ter a julgadora entendido que ninguém pode ser obrigado a compor o polo ativo, não pode ser óbice ao provimento da pretensão reconvencional, contrariando o entendimento jurisprudencial;

3- o artigo 315, do CPC, não determina de forma expressa que somente quem fora autor ou réu da ação principal poderá integrar a reconvenção, possibilitando, com isso, interpretação extensiva da norma que permita o ingresso na demanda, do litisconsórcio necessário, seja no polo ativo como no polo passivo, mormente pelo fato de as demandas serem conexas;

4- por homenagem ao princípio da celeridade e economia processual, deve-se permitir que o réu-reconvinte, através da presente reconvenção, formule pedido de usucapião na presente ação reivindicatória tanto quanto ao autor-reconvindo, como quanto a seu cônjuge, nos termos do artigo 10, do CPC;

5- a falta de citação do cônjuge do autor-reconvindo se deu por inércia do juízo *a quo*, o qual entendeu que isso era descabido na espécie, porém, na peça reconvencional, foi expressamente requerida a sua inclusão no presente feito, o que enseja a reforma da sentença para anulá-la e determinar o retorno dos autos à vara de origem para que seja regularizada a relação processual com a expedição do mandado de citação pessoal à Sra. Nilza Ávila Botura.

Pelo exposto, pugna pelo conhecimento e provimento do reclamo para que regularizada a citação de Nila Ávila Botura e, após, seja declarado o domínio do imóvel *usucapiendo* em favor do apelante, expedindo-se o competente mandado para registro na matrícula do imóvel.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (Relator).

Manoel Augusto de Menezes, nos autos de ação reivindicatória de n. 0119889-57.2008.8.12.0001 movida por Dirceu Vicente Botura, oferece recurso de apelação cível.

Conforme pode ser observado os autos, Dirceu Vicente Botura ajuizou ação reivindicatória em desfavor de Manoel Augusto de Menezes, pretendendo ser reintegrado em seu imóvel, alegando ter recebido o bem pela divisão da herança de seu genitor, o qual teria autorizado o requerido a residir no bem sem qualquer ônus, porém, não haveria mais interesse em manter com o requerido do contrato de comodato verbal.

Em defesa, o réu contestou a inexistência de comodato, eis que a natureza da posse decorreu de contrato locatício, extinto a partir de abril de 1996 e sem qualquer reivindicação por parte do então proprietário.

Ainda, em pedido reconvencional, Manoel Augusto de Menezes, em resumo, alegou ter preenchidos os requisitos necessários à usucapião, pretendendo a aplicação do disposto no artigo 1.238, do Código Civil de 2002.

Na sentença, a magistrada de primeira instância acolheu a tese de defesa do requerido para julgar improcedente o pedido reivindicatório. E julgou extinta, sem exame do mérito, a súplica reconvencional, pois concluiu não ser possível o seu exame, já que a cônjuge do autor-reconvindo não teria integrado a lide principal e, dessa forma, também não participou da lide secundária, até porque não seria possível incluir nesta demanda quem não foi parte naquela.

No caso, o apelo limita-se tão somente à extinção do pedido formulado pelo réu-reconvinte, sob a alegação de que não há impedimentos para que o pedido de usucapião seja apreciado na segunda demanda, tendo o requerido incluído a esposa do apelado no polo passivo da reconvenção e expressamente requerido a sua situação.

Todavia, examinando-se os autos, não há razões para modificar o provimento judicial impugnado.

Como é sabido, a propriedade é direito garantido na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXII), sendo assegurado ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seu bem, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente o possua, nos termos do artigo 1.228, do Código Civil.

Com efeito, o remédio processual específico para a defesa da propriedade é a chamada ação reivindicatória. Oportuna a lição de Flávio Tartuce quando assevera que o direito de reivindicar a coisa será

exercido por meio de ação petitória, fundada na propriedade. Nessa demanda, o autor deve provar o seu domínio, oferecendo a prova de sua propriedade, com o respectivo registro e descrevendo o imóvel com sua confrontações. A ação petitória não se confunde com as ações possessórias, sendo certo que nestas últimas não se discute a propriedade do bem, mas a sua posse. (Manual de Direito Civil, Ed. Método, São Paulo, 2011, p. 792).

Em outras palavras, a faculdade de reivindicar é a prerrogativa do proprietário de excluir a ingerência alheia injusta sobre coisa sua. É o poder do proprietário de buscar a coisa em mãos alheias, para que possa usar, fruir e dispor, desde que o possuidor ou detentor a conserve sem causa jurídica. Esta ação se funda não no direito de posse, mas no direito à posse, como efeito da relação jurídica preexistente.

A reconvenção, por seu passo, é a forma de o demandado pretender, na mesma relação jurídica iniciada pelo demandante, tutela jurisdicional em seu favor, ampliando o objeto da lide originária, estando prevista no artigo 315, do Código de Processo Civil. Não se pode olvidar que a reconvenção possui natureza de ação e, como tal, o cúmulo da pretensão deduzida nela com a do autor-reconvindo exige o concurso dos requisitos previstos no artigo 292, do Estatuto Processual. Destarte, não só o julgador tem de ser o competente para conhecer as demandas, como ser adequado o procedimento delas.

No caso em tela, a ação originária é reivindicatória, de procedimento ordinário, enquanto a reconvenção deduz pedido de usucapião, que é regulado por procedimento especial (artigos 941 a 945, ambos do Código de Processo Civil). Como se observa, os procedimentos são incompatíveis, notadamente pela ampliação subjetiva da lide para cumprir a exigência de formação de litisconsórcio necessário com a citação de todos os confrontantes da área, as Fazendas Públicas e a intervenção do Ministério Público.

Não parece crível que o atendimento dessas imposições da lei não venha a tumultuar o feito e, consequentemente, desviar o propósito da reconvenção: celeridade e economia processual.

Assim, se a cônjuge do autor, legítimo interessado, não integrou a lide principal, não há como formar convicção do pedido de usucapião em reconvenção, pois não é possível incluir determinada pessoa no processo secundário sem que esta tenha feito parte da ação primeira.

Ademais, ainda que o réu-reconvinte tenha requerido a citação da Sra. Nilza Ávila Botura, o seu pedido foi indeferido, decisão da qual não apresentou nenhum recurso, sendo certo que, neste momento, não é possível rever os motivos pelo qual a juíza singular assim conclui.

Se o apelante entendeu que era possível a inclusão da cônjuge do autor no polo passivo da ação reconvencional, deveria ter apresentado recurso adequado no momento oportuno.

Logo, é de ser mantida a sentença.

Por oportuno, destaco os seguintes julgados:

> *REIVINDICATÓRIA. USUCAPIÃO QUE PODE SER ALEGADA COMO MATÉRIA DE DEFESA. Impossibilidade, contudo, de que o seja por meio de reconvenção porque a ação de usucapião tem rito próprio e não prescinde da citação dos confrontantes e da perfeita identificação do imóvel para posterior registro imobiliário. Jurisprudência deste TJSP. Requeridos que entraram no imóvel para dele cuidarem a mando do corretor responsável pela venda. Possibilidade de usucapião desde que haja inequívoca inversão do ânimo com que a posse é exercida. Inversão que deve ser comunicada ao proprietário para que só então se inicie a contagem da prescrição aquisitiva. Fato que ocorreu em 2003.*

*Interrupção da prescrição aquisitiva no ano seguinte com a citação dos requeridos em ação possessória. Ajuizamento de ação possessória, ainda que extinta sem análise do mérito, constitui ato de oposição hábil a interromper o curso da prescrição aquisitiva. Jurisprudência do STJ. Inexistência de danos morais. Recurso provido em parte (*TJSP, Apelação nº. 9187792-66.2008.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Maia da Cunha, j. 12/02/2009).

AÇÃO REIVINDICATÓRIA. USUCAPIÃO EM RECONVENÇÃO. INADMISSIBILIDADE. O USUCAPIÃO SOMENTE PODE SER ARGÜIDO COMO MATÉRIA DE DEFESA ESPECIALIDADE DO RITO E NECESSIDADE DE CERTOS REQUISITOS ESPECÍFICOS QUE DIFICULTAM O TRÂMITE DE UMA RECONVENÇÃO. Em reivindicatória o usucapião somente pode ser manejado exclusivamente como matéria de defesa, em razão da impossibilidade de ampliação subjetiva da relação processual, com a inclusão de terceiros como litisconsortes necessários e a participação do Ministério Público, além de possuir rito especial, com a necessidade de observação de requisitos específicos (TJSP, Agravo de Instrumento nº. 7205408-7, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Pedro Ablas, j. 12/03/2008).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REIVINDICATÓRIA CUMULADA COM DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÃO E PERDAS E DANOS - PRETENSÃO RECONVENCIONAL DE USUCAPIÃO - IMPOSSIBILIDADE - NÃO PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS DO ARTIGO 282 DO CPC - INCOMPATIBILIDADE DE RITOS - ARTIGO 923 DO CPC - NÃO DEFERIMENTO "POR ORA" DA PROVA TESTEMUNHAL - AUSÊNCIA DE LESIVIDADE - INOCORRÊNCIA DE INDEFERIMENTO DA PRETENSÃO DO AGRAVANTE - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJPR - 18ª C.Cível - AI - 988962-9 - Clevelândia - Rel.: Renato Lopes de Paiva - Unânime - J. 16.10.2013)

EMENTA: JUSTIÇA GRATUITA - COMPROVAÇÃO DA ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA - DEFERIMENTO EM GRAU RECURSAL AÇÃO REIVINDICATÓRIA - ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO EM RECONVENÇÃO - DESCABIMENTO. Em que pese o fato de a usucapião poder ser alegada como matéria de defesa na Ação Reivindicatória, a fim de obstar a reivindicação, ela não pode ser alegada em pedido reconvencional, verdadeira ação, tendo em vista o rito especial que lhe é adjetivo. (TJMG – Agravo de Instrumento n. 10079120041334001 – Des. Paulo Roberto Pereira da Silva).

Ante o exposto, conheço do presente 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. 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, 08 de julho de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0807955-19.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – PARTO PREMATURO – URGÊNCIA – COBERTURA PARA A RECÉM-NASCIDA NEGADA – RECUSA INDEVIDA E NÃO FUNDAMENTADA – ATO ILÍCITO – DANOS MORAIS CARACTERIZADOS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – VALOR REDUZIDO – AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

A conduta da operadora do plano de saúde em negar a cobertura à filha da segurada de parto prematuro, decorrente do rompimento da bolsa gestacional, procedimento de urgência, portanto, mostra-se abusiva, caracterizando ato ilícito, o qual é capaz de gerar danos morais passíveis de serem indenizados; não se caracteriza como mero descumprimento contratual.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 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, 19 de agosto de 2014.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos de ação de indenização por danos morais de n 0807955-19.2012.8.12.0002 em que contende com Lilianne Baldan Porto Soares, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

1 – não houve ofensa moral da apelada, e muito menos prejuízo a mesma, o que descaracteriza a condenação, sendo equivocada a sentença, em face da análise de todo o conjunto legal;

2 – as provas testemunhais não foram acerca dos fatos, mas narraram em verdade o que ouviram dos autores da demanda;

3 – providenciou todo acompanhamento da recorrida, com pré-natal e todas as demais consultadas realizadas normalmente, sendo que o parto estava marcado para dia 16/07/2012, havendo intercorrência em

sua gestação que fez com que antecipasse 03 dias da data marcada, sendo que tal situação desnatura por si só, os argumentos contidos em sentença de negativa de atendimento, que em verdade não existiu já que o procedimento fora anteriormente agendado, sem qualquer tipo de condicionamento por parte da empresa CASSEMS;

4 – a necessidade de antecipação do parto, com a inexistência de médico de plantão naquele momento, não implica em negativa e sim em mero aborrecimento que não pode ser penalizado, valendo, nesse ponto, reforçar que conforme determina a Resolução do Conselho Federal de Medicina, o regime de plantão deve obedecer a certos critérios, não havendo, todavia determinação para que os hospitais mantenham em seu plantão médicos especialista, nem mesmo de obstetrícia, sendo a situação mero contratempo e que não ocasionou problemas de saúde ao recém nascido;

5 – não implica em dano o fato da apelante ter acessado o SUS para ter seu filho; e

6 – em mantendo o dano moral, pleiteia a revisão dos valores de condenação, uma vez que não havendo qualquer prejuízo o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) se apresenta desarrazoado, requerendo sua alteração.

Requer, desta feita, o conhecimento e o provimento do presente, a fim de reformar a sentença na forma apontada (f. 178-199)

O recurso foi respondido batendo-se a parte recorrida pelo improvimento do mesmo (f. 202-206).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto pela CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos de ação de indenização por danos morais de n 0807955-19.2012.8.12.0002 em que contende com Lilianne Baldan Porto Soares.

A apelante, em suma, sustenta não haver ofensa moral da apelada, e muito menos prejuízo a mesma, o que descaracteriza a condenação, sendo equivocada a sentença, em face da análise de todo o conjunto legal.

Ressalta, ainda, que as provas testemunhais não foram acerca dos fatos, mas narraram em verdade o que ouviram dos autores da demanda e que providenciou todo acompanhamento da recorrida, com pré-natal e todas as demais consultadas realizadas normalmente, sendo que o parto estava marcado para dia 16/07/2012, havendo intercorrência em sua gestação que fez com que antecipasse 03 dias da data marcada, sendo que tal situação desnatura por si só, os argumentos contidos em sentença de negativa de atendimento, que em verdade não existiu já que o procedimento fora anteriormente agendado, sem qualquer tipo de condicionamento por parte da empresa CASSEMS.

Aponta, ademais, que a necessidade de antecipação do parto, com a inexistência de médico de plantão naquele momento, não implica em negativa e sim em mero aborrecimento que não pode ser penalizado, ale nesse ponto reforçar que conforme determina a Resolução do Conselho Federal de Medicina, o regime de plantão deve obedecer a certos critérios, não havendo, todavia determinação para que os hospitais mantenham em seu plantão médicos especialista, nem mesmo de obstetrícia, sendo a situação mero contratempo e que não ocasionou problemas de saúde ao recém nascido, não implicando em dano o fato da apelante ter acessado o SUS para ter seu filho.

Por derradeiro, destaca que em se mantendo o dano moral, pleiteia a revisão dos valores de condenação, uma vez que não havendo qualquer prejuízo o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) se apresenta desarrazoado, requerendo sua alteração.

1 – Pois bem, o magistrado singular julgou procedente o pedido inicial para condenar a requerida no pagamento de indenização no valor de R$ 20.000,00 e, revendo os autos, tenho que deve ser provido apenas o apelo da ré para reduzir o montante arbitrado.

Como é sabido, para que haja a obrigação de indenizar os danos morais ocasionados à vítima, é necessário que se façam presentes três requisitos: a prática de um ato ilícito, um dano e o nexo de causalidade entre eles.

Considera-se dano moral quando uma pessoa se acha afetada em seu ânimo psíquico, moral e intelectual, seja por ofensa à sua honra, na sua privacidade, intimidade, imagem, nome ou em seu próprio corpo físico. O dano moral corresponderia às lesões sofridas pela pessoa, consistindo em violações de natureza não econômica. É quando um bem de ordem moral, como a honra, é maculado.

No caso em tela, é importante registrar que, diante da inércia da Cassems na assistência pretendida à gestante e ao recém nascido, a requerente ajuizou a presente ação.

Naquela oportunidade, na madrugada dia 13/07/2012, a ora agravada, ao procurar o Hospital Evangélico, sentido contrações, teve o seu atendimento recusado, em razão do médico plantonista, clínico geral, não realizar partos, o que lhe gerou danos de ordem imaterial passíveis de indenização, uma vez que embora tenha contratado plano de saúde para lhe assistir em momentos como aquele teve que se valer da rede pública de saúde, vindo a dar à luz no Hospital Universitário (f. 11), depois de, sem dúvida, ter passado por vários constrangimentos e aflições em momento único de sua vida.

Cumpre anotar que procurada a recorrente naquela madrugada para providenciar os profissionais necessários para o parto, a atendente informou à autora duas opções, a primeira que procurasse o Hospital Universitário, da rede de pública de saúde, e a segunda o Hospital Santa Rita, não conveniado a requerida, para atendimento sob regime particular (f. 151).

Ora, nenhuma das hipóteses propostas necessitaria que a então gestante estivesse vinculada a Cassems para ser atendida, pois o Sistema Único de Saúde - SUS está disponível a todos, indistintamente, assim como a possibilidade do serviço privado de médico se presta a quem possui condições de arcar com tais despesas.

Ademais, não resta razoável, portanto, as assertivas de que as testemunhas Andressa Cecília Almeida Bachega Casari, Carolina Casari da Silva e Cibely Tuana Nozu somente souberam através da parte da Sra. Lilianne o ocorrido, pois todas possuíam conhecimento, ou posteriormente tomaram ciência do vínculo da autora com o plano de saúde, o que é comprovado nos autos e sequer é negado pela ré (f. 15, 20 e 25-26). Assim, o atendimento por ente diverso do conveniado certamente causa estranheza a qualquer um, pois em sendo possuidora de plano de saúde e atendida no pré-natal por aquela, no momento do parto deliberadamente buscar outra opção de atendimento, quiçá colocando em risco a saúde da criança não faz sentido, salvo se houver negativa de atendimento, como ocorreu no caso.

Não se pode olvidar, que situação de emergência decorrente do rompimento prematuro da bolsa gestacional, conforme regra contida no artigo 35-C[1], II, da Lei n. 9.656/98, caracterizam situações de emergência e urgência, sendo o parto procedimento coberto pelo plano de saúde. Portanto, julgou-se procedente a súplica inaugural para compelir a requerida a arcar com danos morais em razão da negativa e, em função do atendimento ser realizado pelo Hospital Universitário, através do SUS, não houve pleito referente as despesas médicas e hospitalares da recém-nascida e da segurada.

Desta forma, ao contrário do que restou afirmado pela requerida Cassems, o parto da filha da requerente era coberto pelo contrato, sendo devida a assistência médica, ainda que em período diverso do estipulado pela médica através de cesariana (f. 13-14), de modo que, na hipótese dos autos, os danos morais restam configurados.

E, em análise ao caso dos autos, tenho que está demonstrado o ato lesivo, o dano moral experimentado pela autora, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo, através das testemunhas e documentos encartados nos autos. A conduta da requerida em negar a cobertura mostra-se abusiva e não caracteriza como mero descumprimento contratual.

Veja-se que, apesar de ter adimplido a mensalidade, na qualidade de beneficiária, não obteve a devida contraprestação, previamente ajustada, em momento delicado no qual precisou ser submetida à procedimento de urgência (parto prematuro) e com a necessidade de internação em data diversa da prevista pela médica que lhe acompanhava.

O abalo moral da requerente é evidente, diante da situação gestacional de emergência, sendo exposta a momento extremamente estressante, devido à conduta da ré, negando-se a cumprir com sua obrigação contratual, diante de evidente hipótese de urgência, escapando, completamente, do controle dos beneficiários.

Não há dúvidas de que a condição de extrema pressão vivenciada ultrapassa os meros dissabores ou transtornos, distanciando-se dos argumentos da requerida, implicando em verdadeiro desgaste emocional, impingido à genitora, já debilitada emocional e fisicamente, o fato de suportar questões administrativas do plano de saúde, quando se esperava tranquilidade.

A operadora de serviços de saúde demandada acabou por frustrar, completamente, a expectativa legítima da contratante de ver-se assistida pelo plano de saúde firmado.

Destarte, a situação cuida de danos decorrentes de negativa de cobertura, sem qualquer aparo contratual ou legal, que, pela evidente abusividade, implica conclusão de ilicitude da conduta da ré.

Tal atitude antijurídica, porque sequer amparada em contrato, diante das peculiaridades que o caso se reveste, inconteste, gerou efetivo abalo psicológico quando recebeu a notícia da falta de cobertura do plano, tendo a preocupação evitável de pensar em como contornar a situação e lançar mão do serviço público de saúde, haja vista o convênio não ter arcado com as despesas médicas e hospitalares.

Considero importante assentar que, a hipótese narrada nos autos está longe de ser classificada como simples descumprimento contratual ou, ainda, de que a recusa da operadora estaria amparada em cláusula contratual. Evidente que, como já demonstrado em linhas anteriores e nas transcrições dos depoimentos

1 Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos
I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;
II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;
III - de planejamento familiar.
Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35. (Destacado).

das testemunhas constantes na sentença (f. 164-165 e 167), a negativa da ré em prestar assistência por ocasião do parto de urgência da segurada representa ato ilícito e abusivo, gerador de danos morais a serem reparados, caracterizadora da má qualidade do serviço prestado, caracterizada, ainda, na ausência de profissional habilitado para prestar o atendimento a que fazia direito.

Desse modo, a negativa da ré deu-se em um momento delicado de vida da requerente, sem fundamento legítimo, agravando-lhe, por certo, o estado geral de saúde, causando-lhe preocupações e estresse extraordinários, ensejando seja acolhido o pedido indenizatório por danos morais.

Neste contexto, registro os seguintes precedentes:

> *APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS - PLANO DE SAÚDE - CASSEMS - APLICABILIDADE DO CDC - TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO INDICADO PELO MÉDICO ASSISTENTE CONVENIADO - NEGATIVA DE TRATAMENTO - DEVER DE COBRIR O TRATAMENTO DA DOENÇA - ATO ILEGAL DO PLANO DE SAÚDE - DANO MORAL - DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO DESPROVIDO. Nos termos da Súmula n. 469 do STJ: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde". 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.* (0801342-71.2012.8.12.0005 Apelação Relator(a): Des. Oswaldo Rodrigues de Melo Comarca: Aquidauana Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data do julgamento: 27/08/2013) Destacado

> *E M E N T A-APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO - OPERADORA PLANO DE SAÚDE - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - LIMITAÇÃO DE TRATAMENTO - COBERTURA DE ESPECIALIDADE ASSEGURADA NO CONTRATO - IMPOSSIBILIDADE - TRATAMENTO ADEQUADO ELEITO PELO MÉDICO - RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PARA PRESTAR O SERVIÇO DE SAÚDE ADEQUADO - EXCLUSÃO NÃO EXPRESSA - ARTIGO 54, § 4º, CDC - DANOS MORAIS - CABIMENTO - MONTANTE FIXADO DE ACORDO COM A RAZOABILIDADE - R$ 8.000,00 - PREQUESTIONAMENTO DESNECESSÁRIO - RECURSO NÃO PROVIDO. Evidencia-se abusiva a atitude da operadora de saúde que não autoriza o fornecimento do stent mais adequado para a realização de procedimento terapêutico de especialidade coberta pelo contrato e sem cláusula expressa excludente, findando por restringir direito fundamental inerente à natureza do contrato de modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, nos termos do artigo 51, IV, § 1º, II, e 54, § 4º, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). A negativa injustificada de cobertura pela operadora de plano de saúde, desvirtuando a natureza do contrato de prestação de serviços médicos-hospitalares, enseja a reparação por danos morais. Ponderando os fatores orientadores para a fixação do quantum indenizatório, há de se manter a quantia em R$ 8.000,00 (oito mil reais) de modo a atender o caráter compensatório e ao mesmo tempo punitivo a que se destina a indenização.* (0804189-89.2011.8.12.0002 Apelação Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran Comarca: Dourados Órgão julgador: 1ª Câmara Cível Data do julgamento: 03/09/2013) Destacado

> *E M E N T A-APELAÇÃO CÍVEL - DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CLÁUSULA LIMITATIVA DO TEMPO DE INTERNAÇÃO - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 51, INCISO IV, DO CÓDIDO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - ILEGALIDADE DA NEGATIVA DE COBERTURA SECURITÁRIA - DANO MORAL CONFIGURADO. 1- Por violar o artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado (Súmula 302 do STJ). 2- A negativa de cobertura do plano de saúde durante o período de vigência do contrato, independentemente da existência de cláusula limitativa de tempo de internação, configura ato ilícito passível de reparação Recurso conhecido e não provido.* (0077837-12.2009.8.12.0001 Apelação Relator(a): Juiz Vilson Bertelli Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 2ª Câmara Cível Data do julgamento: 01/04/2014) Destacado

2 - Estabelecida a presença do dano moral, resta quantificá-lo e, neste ponto, deve o julgador, atendendo-se às específicas condições do caso concreto, fixar o valor mais justo para o ressarcimento, lastreado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse propósito, impõe-se sejam observadas as condições do ofensor e do ofendido, assim como a intensidade do sofrimento, o grau de reprovação da atuação do agente ativo da ilicitude, bem como a finalidade de impor ao executor o caráter punitivo da condenação para que não seja reincidente nesta conduta. De outro lado, não se pode perder de vista que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

Assim, na ausência de critérios legais para fixar o valor da indenização por danos morais decorrente da indevida recusa de cobertura pelo plano de saúde, considerando o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, a potencialidade lesiva do dano, bem como a finalidade da responsabilização, tenho que o valor arbitrado na sentença (R$ 20.000,00) deve ser reduzido, para acompanhar a jurisprudência deste Tribunal de Justiça, conforme se infere do julgado supramencionado no item anterior, e estar em desconformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Nessa senda, colho o seguinte julgado de minha lavra:

> *E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – PARTO PREMATURO – URGÊNCIA – COBERTURA PARA OS GÊMEOS RECÉM-NASCIDOS NEGADA – RECUSA INDEVIDA E NÃO FUNDAMENTADA – ATO ILÍCITO – DANOS MORAIS CARACTERIZADOS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – VALOR MANTIDO – AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS - RECURSO NÃO PROVIDO. A conduta da operadora do plano de saúde em negar a cobertura aos filhos recém-nascidos da segurada de parto prematuro, decorrente do rompimento da bolsa gestacional, procedimento de urgência, portanto, mostra-se abusiva, caracterizando ato ilícito, o qual é capaz de gerar danos morais passíveis de serem indenizados; não se caracteriza como mero descumprimento contratual. Ponderando os fatores orientadores para a fixação do quantum indenizatório, deve a indenização ser fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos genitores, de modo a atender o caráter compensatório e ao mesmo tempo punitivo a que se destina a indenização.* (TJMS - 24 de junho de 2014 - 2ª Câmara Cível - Agravo Regimental - Nº 0802006-80.2013.8.12.0001/50000 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues)

Assim, fixo a indenização por danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais), mantendo-se os demais termos da sentença.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação, para reduzir os dano morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Campo Grande, 19 de agosto de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Reexame Necessário n. 0804698-04.2013.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO LIMINAR – RECUSA DE MATRÍCULA EM PRÉ-ESCOLA, NÍVEL 3 – DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA MANTIDA. Consoante artigo 205 da Constituição Federal e artigo 54 do ECA, a educação visa o pleno desenvolvimento da pessoa, sendo dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. Reexame necessário realizado. Sentença mantida.

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, ratificar a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 12 de agosto de 2014.

Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

O Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina-MS., em observância ao art. 475[1] do Código de Processo Civil, encaminhou os autos a este Tribunal, para que seja exercido o reexame necessário da sentença (f. 34-37), que concedeu a segurança pleiteada por P. S. M., menor impúbere, representado por seu genitor, Maurílio Souza Bezerra, no mandado de segurança com pedido liminar, para se matricular na pré-escola, nível 3.

Embora notificada a prestar informações (f. 25) a Diretora da Escola Adventista, Gabriela Wolff não prestou informações (f. 27).

O Juiz *a quo* entendeu que o impetrante demonstrou sua capacidade física e psíquica, sendo inquestionável a sua aptidão para o ingresso no Infantil III.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou pela ratificação da sentença (f. 49-54).

Sem recurso voluntário.

Os autos vieram a este Tribunal para reexame necessário.

1 Art. 475 - Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;
II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).
III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (Art. 585, VI).

VOTO

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa (Relator).

Trata-se de reexame necessário da sentença proferida pela Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina-MS, nos autos do mandado de segurança promovido por P. S. M., menor impúbere, representado por seu genitor, Maurílio Souza Bezerra contra ato da Diretora da Escola Adventista, Gabriela Wolff, com o objetivo de ser matriculado na pré-escola, nível 3.

A Juíza *a quo* concedeu a segurança pleiteada e confirmou a liminar deferida a f. 18-20, reconhecendo o direito do menor Pedro Souza Moratelli a matricular-se na Escola Adventista, no nível 3, da pré-escola.

Confira as seguintes partes da sentença:

> *"(...).*
>
> *No caso sub examem,* ***o direito à educação, qualificado no art. 205 da Constituição Federal como direito de todos e dever do Estado e da família, que objetiva o pleno desenvolvimento da pessoa,*** *preparando-a para o exercício da cidadania, não está sendo observado, já que a norma restritiva deixou de levar em consideração a aptidão e o potencial individual de cada criança e assim da menor Impetrante.*
>
> *Outro não é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça, que já teve oportunidade de se manifestar sobre casos semelhantes em diversas oportunidades,* ***sempre reconhecendo o acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a capacidade de cada um.***
>
> *(...)*
>
> ***Posto isso, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, torno definitiva a liminar deferida, e concedo a segurança pleiteada para declarar ilegal o ato noticiado na petição inicial, determinando que a autoridade impetrada matricule o(a) Impetrante na pré-escola nível 3.***
>
> *(...)*
>
> *Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 14, § 2º, da Lei nº 12.016/2009, de modo que, decorrido o prazo para recurso voluntário, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra."*
>
> *(Destaquei)*

Tenho que a sentença não merece qualquer reparo.

Certo é que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1°, inc. III, da CF) e dela resulta o mínimo existencial (educação, saúde e moradia).

Por outro lado, a Constituição Federal, em seu art. 205, garante que "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.", de modo que a educação, no Brasil, deve ser assegurada, em níveis mais elevados de ensino, segundo o mérito de cada um, como no caso dos autos, em que o laudo pedagógico de f. 15-17, atesta que o menor P. S. M., desde o ano letivo de 2013, acompanha satisfatoriamente a proposta pedagógica e o sistema de ensino na Escola Adventista, com boa preparação para estar no jardim II e prosseguir no jardim III no ano letivo de 2014, independentemente da idade em que se encontra.

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

De acordo com o inciso I, do art. 208, da Constituição Federal, e seu § 1º "o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; sendo direito público subjetivo da pessoa o acesso à educação", de modo que não é possível haver ato normativo inferior, que reduza ou condicione àquela garantia constitucional, ou, ainda, que discrimine os destinatários da norma.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve nos artigos 4º e 54:

> *"Art. 4º* ***É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade,*** *a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação,* ***à educação****, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."*
>
> *(Destaquei)*
>
> ***"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:***
>
> *I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;*
>
> *II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;*
>
> *III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;*
>
> ***IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;***
>
> ***V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;***
>
> *VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;*
>
> *VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.*
>
> ***§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.***
>
> *§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.*
>
> *§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela freqüência à escola."*
>
> (Destaquei)

E a Lei n.º 9.394/96 no art. 4º estabelece que o dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade.

Assim, não havendo idade mínima, para ingresso nos níveis do ensino infantil, estabelecida pela Constituição Federal, nem a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n.º 9.394/1996) e não podendo os atos administrativos, tal qual a Deliberação CME/NS/MS n.º 61, de 25 de outubro de 2010 (f. 14), ainda que de conteúdo normativo, estabelecer critérios restritivos, em afronta ao direito à educação garantido constitucionalmente, deve-se assegurar ao impetrante matrícula para frequentar o nível 3 do ensino infantil, na Escola Adventista, até porque restou demonstrada a capacidade intelectual de aproveitamento curricular do menor, suficiente para a concessão da progressão nos níveis de ensino.

Confira-se julgados da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul:

> *"EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO COM BASE NO EXAME NACIONAL DE ENSINO MÉDIO - CANDIDATO MENOR DE 18 ANOS APROVADO EM VESTIBULAR DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR - CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO APONTAM DÚVIDAS ACERCA DA CAPACIDADE PARA AVANÇAR NOS ESTUDOS - ARTIGOS 205 E 208, V AMBOS DA CF/88 E ARTIGO 54, V, DO ECA - EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA, COM O PARECER. Em regra, a certificação no nível de conclusão do Ensino Médio ou Declaração de proficiência com base no ENEM são emitidas em favor do aluno que detém 18 anos de idade;* ***excepcionalmente, demonstrada a capacidade excepcional de aproveitamento curricular, devem ser concedidas a certificação e a declaração de proficiência independentemente da idade cronológica****. O critério relacionado à idade do aluno se encontra superado por meio de inúmeros precedentes desta Egrégia Seção, nos quais se entendeu que o fator biológico não representa óbice para o acesso à educação, devendo ser priorizada acapacidade intelectual."*(TJMS. Mandado de Segurança n.º 1400036-62.2014.8.12.0000. Relator(a):Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Data de registro: 21/03/2014 (Destaquei)

> *EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - NEGATIVA DE FORNECIMENTO DO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO - CRITÉRIO BIOLÓGICO - ELEVADA NOTA NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO - ENEM - APROVAÇÃO NO NO CURSO DE PEDAGOGIA NA UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À EDUCAÇÃO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE - CR, ART. 208 - SEGURANÇA CONCEDIDA CONTRA O PARECER. O artigo 208 da Constituição da República assegura o direito à educação e ainda estabelece que o Estado "deverá efetivar o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um" (inciso V).* ***A expressão "segundo a capacidade de cada um" é recorrente na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente, motivo pelo qual é possível inferir que será considerado o nível intelectual do aluno para facultar-lhe a progressão nos níveis de ensino.*** *Há de se considerar, ainda, que o objetivo do Ensino Médio é preparar o aluno para acesso ao Ensino Superior, com a finalidade maior de torná-lo apto à inserção no mercado de trabalho e garantir o sustento de uma vida digna. No caso em apreço, a impetrante, menor de idade, em razão do excelente resultado obtido no Exame Nacional do Ensino Médio ENEM, foi aprovada no curso de Pedagogia na Universidade Católica Dom Bosco, pelo que não lhe pode ser tolhido o direito líquido e certo à educação.* (TJ/MS. Mandado de Segurança n.º 4006270-11.2013.8.12.0000. Relator: Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran. Data de registro: 10/12/2013) (Destaquei)

Não fosse isto, a intervenção do Poder Judiciário se faz necessária, para assegurar o direito constitucional à educação ao ser humano, toda vez que for injustamente recusada, principalmente quando norma infraconstitucional fere garantias constitucionais.

Dispositivo

Posto isso, em sede de reexame necessário, verifica-se que o douto Juiz *a quo* julgou bem a demanda e de forma justa, porquanto garantiu ao menor direito constitucional e fundamental à educação, razão porque, com o parecer, mantenho a sentença pelos seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, ratificaram a sentença, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, MS, 12 de agosto de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0805084-22.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – PAGAMENTO PARCIAL – MORA NÃO AFASTADA – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA ANULADA.

Conforme entendimento pacificado do STJ, em Incidente de Recurso Repetitivo, instaurado no Resp n. 1.418.593/MS, só o pagamento integral da dívida (parcelas vencidas e vincendas), no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar, afasta a mora e a consolidação da propriedade e posse plena do bem no patrimônio do credor fiduciário.

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, 5 de agosto de 2014.

Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

O Banco Volkswagen S/A interpôs recurso de apelação em face de sentença que julgou procedente a ação de busca e apreensão promovida em desfavor de Anibal Batista da Silveira, nos seguintes termos:

> *"(...) Do exposto, julgo procedente a presente ação e, com resolução de mérito, extingo o processo, nos termos do artigo 269, II, do Código de Processo Civil (reconhecimento da procedência do pedido).*
>
> *Condeno o Requerido ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor dado a causa, bem como ao pagamento da diferença entre o que foi depositado como purgação e o valor devido, qual seja as prestações vencidas até a data do depósito, acrescida dos encargos contratuais, o que deverá ser objeto de cumprimento de sentença mediante cálculo aritmético.*
>
> *Determino a devolução imediata do veículo apreendido ao Requerido. Expeça-se mandado. Autorizo o levantamento das verbas depositadas e seus acréscimos em favor do Autor, expedindo-se o competente alvará. (...)"*

Sustenta que por não concordar com o julgado interpõe o "*presente recurso para cassar a referida sentença*", vez que o apelado "*ainda se encontra em débito*" conforme demonstrativo de f. 75-78 e documentos de f. 79-80, determinando o regular prosseguimento do feito, concedendo novamente a liminar

de busca e apreensão para efetivação da medida constitutiva ou caso assim não entenda, que seja o apelado intimado a complementar a purgação da mora no valor de 5.169,87 (cinco mil cento e sessenta e nove reais e oitenta e sete centavos)".

Contrarrazões pela manutenção da sentença (f. 115-118).

VOTO

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa (Relator).

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Banco Wolkswagen S/A em face de sentença que julgou procedente a ação de busca e apreensão, intentada em desfavor de Aníbal Batista da Silveira e extinguiu o feito sem que tenha ocorrido o pagamento do valor integral da dívida e, até mesmo das parcelas vencidas no curso da demanda.

Confira-se o dispositivo:

> *"(...) Do exposto, julgo procedente a presente ação e, com resolução de mérito, extingo o processo, nos termos do artigo 269, II, do Código de Processo Civil (reconhecimento da procedência do pedido).*
>
> *Condeno o Requerido ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor dado a causa, bem como ao pagamento da diferença entre o que foi depositado como purgação e o valor devido, qual seja as prestações vencidas até a data do depósito, acrescida dos encargos contratuais, o que deverá ser objeto de cumprimento de sentença mediante cálculo aritmético. (...)"*

Decido.

Tenho que assiste razão ao recorrente.

Quando detinha competência para julgamento, no primeiro grau, em feitos desta natureza, sempre entendi que bastava, para purgar a mora, o pagamento das parcelas vencidas até o julgamento da demanda.

Alguma controvérsia ainda, continuou a existir na jurisprudência deste Estado, mesmo após a edição da Lei n. 10.931/2004, que deu nova redação aos §§ 1º e 2º, do art. 3º, do Decreto-Lei n. 911/69. Confira-se:

> *Art 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.*
>
> *§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)*
>
> *§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004).*

Ocorre que tais divergências não encontram mais razão de existir, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, em Incidente de Recurso Repetitivo, instaurado no Resp n. 1.418.593, da Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, estabeleceu, para efeito do art. 543-C do CPC, a seguinte tese:

> *"Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credo na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária".*

Como registrado pelo relator em seu voto:

> *"O texto atual do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 é de clareza solar no tocante à necessidade de quitação de todo o débito, inclusive as prestações vincendas.*
>
> *Realizando o cotejo entre a redação originária e a atual, fica límpido que a Lei não faculta mais ao devedor a purgação de mora, expressão inclusive suprimida das disposições atuais, não se extraindo do texto legal a interpretação de que é possível o pagamento apenas da dívida vencida.*
>
> *Dessarte, a redação vigente do art. 3º, parágrafos 1] e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, segundo entendo, não apenas estabelece que o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, como dispõe que, nessa hipótese, o bem será restituído livre de ônus - não havendo, pois, margem à dúvida acerca de se tratar de pagamento de toda a dívida, isto é, de extinção da obrigação, relativa à relação jurídica de direito material (contratual).*
>
> *Esse é também, por todos, o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:*
>
> *e) Purga da mora: era admissível ao devedor escapar da busca e apreensão, no sistema do Dec.-Lei nº 911/69, recolhendo apenas as prestações vencidas, mas isto só se permitir caso já tivessem sido pagos pelo menos 40% da dívida. Pela nova sistemática implantada pela Lei nº 10.931/2004, não existe mais a antiga purga da mora. O devedor executado só escapa da busca e apreensão pagando o valor integral do saldo do contrato, e isto haverá de acontecer nos primeiros 5 dias após a execução da liminar.* (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: procedimento especiais. 43 ed. Rio de janeiro: Forense, 2010, vol. 3, p. 575)"
>
> *No mesmo sentido os julgados na 4ª câmara Cível do TJMS:*
>
> *E M E N T A - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. ARTIGO 3º, §2º, DECRETO-LEI 91/69, COM ALTERAÇÕES DA LEI 10.931/04.*
>
> *PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE ARGUMENTO CAPAZ DE INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Conforme disposto no §2º, do artigo 3º, do Decreto-Lei n. 91/69, a partir da edição da Lei n. 10.931/04, não há mais como se falar em purgação da mora, uma vez que, sob o novo regime, cinco dias após a execução da liminar, a propriedade do bem fica consolidada com o credor fiduciário, devendo o devedor pagar a integralidade do débito remanescente para que o bem lhe seja restituído livre do ônus.*

Quando o agravante não apresenta qualquer argumento capaz de infirmar a decisão agravada, inviável a retratação do posicionamento exarado, devendo ser mantido o "decisum" que negou seguimento a recurso manifestamente improcedente. (TJMS - Agravo Regimental -Nº 1403205-57.2014.8.12.00/50000 – Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – 4ª Câmara Cível – julgamento 08/04/2014).

EMENTA- AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - DECISÃO QUE DEFERIU A PURGAÇÃO DA MORA PELO DEVEDOR COM O PAGAMENTO DAS PARCELAS VENCIDAS, E SEUS ACRÉSCIMOS LEGAIS - INTERPRETAÇÃO QUE DEVE SER DADA À EXPRESSÃO DÍVIDA PENDENTE PREVISTA NO § 2º DO ART. 3º DO DECRETO LEI N. 911/69 NA REDAÇÃO DA LEI 10.931/04 - IMPOSSIBILIDADE DE PURGAÇÃO DA MORA - MORA PASSÍVEL DE PURGAÇÃO, TÃO-SOMENTE, NO PRAZO DA NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL, QUANTO AINDA ÚTIL AO CREDOR - VENCIMENTO DO PRAZO SEM PAGAMENTO QUE TRANSFORMA A MORA EM INADIMPLEMENTO ABSOLUTO - RESOLUÇÃO DO CONTRATO - DIREITO DO CREDOR DE NÃO MAIS BUSCAR O VALOR DEVIDO, MAS O PRÓPRIO BEM FINANCIADO - RAZÃO JUSTIFICADORA DA IMPOSSIBILIDADE DA PURGAÇÃO DA MORA NA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - RECURSO IMPROVIDO. Com a edição da Lei10.931/04, a qual alterou a redação do § 2º do art. 3º do Dec-Lei 911/69, afastou-se a possibilidade de purgação da mora nas ações de busca e apreensão oriundas de contrato de mútuo garantido por alienação fiduciária, de sorte que compete ao devedor, no prazo de cinco dias da execução da liminar, pagar a integralidade da dívida pendente, assim considerada aquela constante dos valores apresentados pelo credor fiduciário em sua petição inicial e correspondente ao saldo devedor em aberto, segundo os termos do contrato celebrado entre as partes. A opção pela purgação da mora, presentemente, é uma faculdade concedida em benefício do credor, que pode aceitá-la, ou não, se feita com os encargos contratuais previstos. Mas nada há na lei de regência que confira ao devedor o direito de efetuar a purgação da mora em ações de tal natureza. A lei, na realidade, introduziu uma forma de resolução do contrato de financiamento, na hipótese de o devedor ser notificado para pagamento do débito em aberto (aí sim sobre as parcelas até então vencidas) e deixa escoar o prazo, para querer, depois, exercitar esse direito na esfera judicial. Esse direito deve ser exercitado quando da notificação extrajudicial promovida pelo credor, requisito essencial para a ação de busca e apreensão. Se o devedor deseja efetuar a purgação da mora, que o faça antes do ajuizamento da ação de busca e apreensão. Se pretende fazê-lo depois, assume o risco calculado de ter que efetuar o pagamento não mais das parcelas em atraso, mas da dívida pendente, a saber, aquela constante do contrato, porque o contrato já haverá de ser considerado como resolvido. Tanto que a lei estabelece que o credor não mais está obrigado a aceitar o pagamento apenas do valor das parcelas em atraso, mas da dívida pendente em si, daí a razão de não mais regulamentar a nova legislação a purgação da mora, antes admitida, agora não mais. Recurso conhecido, mas improvido. (TJMS - Agravo Regimental -Nº 408324-47.2013.8.12.00/500 - Relator – Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan - 4ª Câmara Cível – julgamento em 3/09/2013).

Confira-se outro julgado no Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO DE AUTOMÓVEL. PURGAÇÃO DA MORA. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DO DÉBITO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Após o advento da Lei nº 10.931/2004, que deu nova redação ao art. 3º do Decreto-lei nº 911/1969, não há mais que falar em purgação da mora, haja vista que, sob a nova sistemática, após decorrido o prazo de cinco dias contados da execução da liminar, a propriedade do bem fica consolidada com o credor fiduciário, devendo o devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito remanescente a fim de obter a restituição do bem livre de ônus. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp 1427010/MS – Ministro Luis Felipe Salomão – Quarta Turma – data do julgamento 27/5/2014).

Como sustentado pelo apelante, do valor devido (R$ 9.183,98) o apelado pagou apenas R$ 3.999,41 (três mil novecentos e noventa e nove reais e quarenta e um centavos), remanescendo saldo devedor de R$ 5.169,87 (cinco mil cento e sessenta e nove reais e oitenta e sete centavos), não havendo, portanto, falar-se em purgação da mora pelo só pagamento das parcelas vencidas até a data do depósito, como consignado na sentença.

Se assim é, impõe-se a procedência do recurso para cassar a sentença, como pretendido pelo recorrente.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou provimento, a fim de anular a sentença *a quo*, determinando o normal prosseguimento do feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 05 de agosto de 2014.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1407296-93.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PARA INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR - EXAME DE SAÚDE, ANTROPOMÉTRICO E CLÍNICO – CANDIDATA GESTANTE CONSIDERADA INAPTA – ELEMENTOS COMUNS DA GRAVIDEZ – MOTIVOS INIDÔNEOS – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE - ATO NULO – REMARCAÇÃO DO EXAME - POSSIBILIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA.

São inidôneos os motivos que consideram inapta candidata que apresenta, no exame de saúde, elementos comuns à gravidez.

Segurança concedida para declarar nulo o ato e garantir a remarcação do exame de saúde e, em caso de aprovação, sua participação nas demais fases do concurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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, 1 de setembro de 2014.

Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Ana Lúcia Carvalho da Silva, já qualificada, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelos Secretários de Estado de Administração e de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, que a considerou inapta no exame de saúde, antropométrico e clínico, consistente na Fase III do concurso público para ingresso no curso de formação de soldado da Polícia Militar.

Alega que não tomou conhecimento dos motivos de sua inaptidão, tendo apenas recebido resposta por telefone de que “alguns exames apresentaram alterações”, o que feriu os princípios de contraditório e ampla defesa, tornando o ato nulo.

Afirma que recorreu do ato administrativo que a considerou inapta, mas no Edital 54/2014 – SAD/SEJUSP/PMMS, que publicou o resultado do recurso administrativo referente ao exame de saúde, não constou seu nome na relação dos recorrentes, não tendo recebido resposta do recurso administrativo interposto.

Acrescenta que está no oitavo mês de gestação, não podendo participar da Fase IV – Exame de Capacitação Física do concurso.

Sustenta que o fato de estar grávida não constitui alteração patológica ou fisiológica assemelhada às elencadas como incapacitantes, não constando no edital que a gravidez seja motivo para eliminação do concurso.

Assim, requer a concessão liminar para que seja afastada sua reprovação do exame de saúde e realizado o exame de aptidão física em data posterior, bem como, em caso de aprovação, determinada sua matrícula no Curso de Formação de Soldado, abstendo-se os coatores de praticar atos de licenciamento ou exclusão da impetrante do curso, em decorrência de sua gravidez, com reposição de aulas e abono de faltas, permanecendo na condição de aluna soldado até o término do curso.

Ao final, requer a concessão da ordem para, reconhecendo sem efeito o exame de saúde realizado, validar a matrícula no curso de formação de soldado e conceder o direito de realizar exame de capacitação física e as provas do curso de formação, tão logo seja considerada apta a realizar exercícios físicos, abonando as faltas e repondo as aulas das disciplinas faltantes e, em sendo aprovada, seja elevado ao grau hierárquico de Soldado.

Juntou documentos à f. 40/254.

A liminar foi concedida à f. 257, para que não seja obstada a participação da impetrante nas demais fases do concurso em decorrência do resultado do exame de saúde, antropométrico e clínico.

O Estado de Mato Grosso do Sul, apresentou informações à f. 272/285, alegando: a) ausência de direito líquido e certo da impetrante, pois o edital do concurso, mais precisamente os subitens 10.2 a 10.4 e 10.7.1, elaborados com base na legislação estadual (artigo 12 da LC 53/1990, artigo 2º da lei 3.808/2009 e artigos 2º, 7º e 19 do Decreto n.º 9954/200) e no artigo 142, §3º, X da Constituição Federal, exige que antes da realização do teste de aptidão física, seja o candidato aprovado no exame de saúde, o que não ocorreu com a impetrante, sendo que modificação pelo Poder Judiciário afronta o princípio constitucional da separação dos poderes; b) a designação de nova data para a impetrante realizar o exame de aptidão física, fere o princípio da isonomia, bem como os subitens 7.2, 11.2 e 11.11 do edital do concurso; c) que o TJ/MS está vinculado ao entendimento de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de remarcação de teste de aptidão física em razão de modificações temporárias, o qual vem sendo aplicado no caso em que a candidata requer a redesignação de teste físico em virtude de gravidez; e d) requer manifestação expressa dos dispositivos constitucionais e federais apresentados, para fins de prequestionamento.

O laudo referente à Fase III - exame de saúde, antropométrico e clínico, contendo a inaptidão da impetrante no resultado da avaliação médica foi juntado à f. 287/288.

A Procuradoria-Geral de Justiça, opina pela concessão da segurança (f. 290/297).

VOTO

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa (Relator).

Ana Lúcia Carvalho da Silva, já qualificada, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelos Secretários de Estado de Administração e de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, que a considerou inapta no exame de saúde, antropométrico e clínico, do concurso público para ingresso no curso de formação de soldado da Polícia Militar**.**

De forma genérica, sobre o ingresso no serviço público, a Constituição Federal estabelece:

> *"Art. 37. (...):*
>
> *I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros* ***que preencham os requisitos estabelecidos em lei,*** *assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Negritei)*
>
> *II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego,* ***na forma prevista em lei****, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;" (Negritei)*
>
> *"Art. 39.*
>
> ***§ 3º*** *- Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no Art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX,* ***podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.****" (Negritei)*

Especificamente sobre os órgãos de segurança pública, a Constituição Federal, estabelece no § 7º, do art. 144:

> *"****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:*
>
> ***(...)***
>
> ***V*** *- polícias militares e corpos de bombeiros militares."*
>
> *§ 7º."A* ***lei disciplinará*** *a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades." (Negritei)*

No Estado de Mato Grosso do Sul, a Constituição Estadual, no § 7º, do art. 39, preceitua:

> *"Art. 39. São servidores públicos militares os integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar."*
>
> *"§ 7º. A* ***lei disporá*** *sobre os* ***limites de idade,*** *sobre a estabilidade e sobre outras condições de transferência do militar para inatividade." (Negritei)*

Por sua vez, a Lei Complementar n.º 53, de 30 de agosto de 1990, dispondo sobre o Estatuto dos Policiais Militares, estabelece:

> *"Art. 11. O ingresso na Polícia Militar é facultado a todos os brasileiros, após concurso público, mediante inclusão, matrícula ou nomeação, observadas as condições* ***previstas em lei*** *e nos regulamentos da Corporação." (Negritei)*
>
> *"Art. 12. Para matrícula nos estabelecimentos de ensino policial-militar, destinados à formação de policiais-militares, além das condições relativas à nacionalidade,* ***idade****, aptidão intelectual, capacidade física e idoneidade moral, é necessário que o candidato não exerça nem tenha exercido atividades prejudicais ou perigosas à Segurança Nacional."*

A Lei Estadual n.º 3.808, de 18 de dezembro de 2009, que dispõe sobre concurso público para o ingresso no Curso de Formação das Carreiras de Oficiais e Praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, estabelece:

Do exame de saúde

> *Art. 35.* ***Constatada a gravidez no exame de saúde, a candidata deverá apresentar na data marcada para a realização das provas de capacitação física****, parecer cardiológico e declaração médica, emitidos em prazo não superior a 15 (quinze) dias, assegurando que pode ser submetida aos exames de capacitação física. (negritei)*
>
> *Parágrafo único. Em caso de omissão da candidata quanto à sua condição de grávida ou de eventuais problemas decorrentes das informações constantes da declaração médica ou do parecer de que trata o "caput", fica o Estado de Mato Grosso do Sul e a comissão examinadora isentos de qualquer responsabilidade.*

Do exame de capacidade física

> *Art. 40.* ***O exame de capacidade física*** *(...).*
>
> *§ 2º* ***Os candidatos que não reunirem condições de realizar os exames e provas nos dias previstos, sejam quais forem os motivos,*** *ou que não obtiverem os índices mínimos estabelecidos nos Anexos II e III desta Lei****, serão considerados inaptos e desclassificados do certame."*** *(negritei)*

E o Decreto n.º 9.954/2000, que aprova o Regulamento de Ingresso para Oficiais e Praças na Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul - RIOP/PMMS, dispõe o seguinte sobre o exame médico e clínico:

> *"Art. 11. Os exames médico, clínico, antropométrico e de aptidão mental, visarão aferir se, no momento do concurso, o candidato goza de perfeita saúde física e psíquica, se ele guarda perfeitas as condições correlacionadas com sua idade, massa e altura e se poderá submeter-se a suportar os testes de aptidão física, os exercícios a que será submetido durante o curso e a fadiga física e mental próprias do serviço policial militar.*
>
> *§ 1º Os exames de que tratam este artigo serão realizados por Junta Médica constituída por oficiais do Quadro de Saúde da Corporação que formará o resultado final do exame de cada candidato, assinando nas respectivas planilhas ou prontuários, bem como ata resultado de todos dos candidatos com a menção "Apto" ou "Inapto".*
>
> *§ 2º Para formação dos resultados deste artigo, levar-se-á em conta a compatibilidade com as atividades policiais militares, leves variações de normalidade, não incapacitantes, para a profissão e alterações potencialmente incapacitantes de imediato ou a curto prazo, determinantes de absenteísmo freqüentes ou com iminente risco de se potencializar, e capaz de por em risco a segurança dos colegas de trabalho ou do usuário do serviço policial."*

Verifica-se do Edital 01/2013-SAD/SEJUSP/PMMS do concurso, no que interessa ao presente feito, que:

Das fases do concurso público

> *"7.1 - O Concurso Público de Provas para Ingresso no Curso de Formação de Soldados PM/2013 constará das seguintes fases:*
>
> *a) Fase I - Prova escrita objetiva, de caráter eliminatório e classificatório;*

b) Fase II - Exame de Aptidão Mental (Exame Psicotécnico), de caráter eliminatório;

*c) Fase III - **Exame de Saúde**, Antropométrico e Clínico, de caráter eliminatório;*

*d) Fase IV - **Exame de Capacitação Física**, de caráter eliminatório;*

e) Fase V - Investigação Social, de caráter eliminatório. (...)

*7.2 - **Não haverá 2ª chamada para nenhuma das fases e tampouco realização de prova ou exame fora da data, horário e local estabelecidos em edital.***

Da Fase III: Exame de Saúde, Antropométrico e Clínico

10.4 - Para a realização do Exame de Saúde, Antropométrico e Clínico o candidato deverá apresentar-se munido do documento de identidade e do resultado original dos seguintes exames, que correrão a suas expensas:

(...)

o) exame sanguíneo para gravidez para as candidatas, realizado nos últimos 15 (quinze) dias; (...)

*10.7.1 - **Constatada a gravidez no exame de saúde**, **a candidata deverá apresentar na data marcada para a realização das provas de capacitação física**, parecer cardiológico e declaração médica, emitidos em prazo não superior a 15 (quinze) dias, assegurando que pode ser submetida aos exames de capacitação física. (negritei e grifei)*

10.7.1.1 - Em caso de omissão da candidata quanto à sua condição de grávida ou de eventuais problemas decorrentes das informações constantes da declaração médica ou do parecer de que trata o "caput", fica o Estado de Mato Grosso do Sul e a comissão examinadora isentos de qualquer responsabilidade.

(...)

10.7.3 - Além das condições previstas nas "Normas Técnicas sobre as Doenças que motivam a exclusão do serviço ativo do Exército", Portaria n. 113-DGP, de 7 de dezembro de 2001, constituem condições incapacitantes para o ingresso no Quadro de Praças da Polícia Militar/QPPM, os seguintes diagnósticos, apurados por meio dos exames clínicos, que abrangem anamnese, ectoscopia e exame físico, quando o candidato for julgado inapto ou não recomendável:

*10.7.3.1 - **São consideradas incapacitantes** para o ingresso no QPPM, **as seguintes condições**:*

a) (...)

*m) sangue e órgãos hematopoiéticos: sangue e órgãos hematopoiéticos: alterações do sangue e órgãos hematopoiéticos significativas, varizes; presença de doença in-fecto contagiosa detectada por meio de exames de sangue e avaliação clínica; anemia, **com nível de hemoglobina inferior a 12 g%** e ou hematócrito inferior a 34%; número de leucócitos inferior a 3.500/mm3 ou superior a 13.000/mm3; glicemia de jejum para homens de 70 a100 mg/dl, e de jejum para mulheres de 60 a 100 mg/dl, ALT superior a 2 (duas) vezes o valor máximo de re-ferência da normalidade; (...)(negritei)*

10.7.3.5 - Na análise de sangue e de órgãos hematopoiéticos as alterações hematológicas consideradas significativas poderão ser submetidas a parecer especializado.

Exame de Capacitação Física

"11.2 - O Exame de Capacitação Física, de caráter eliminatório, tem por finalidade avaliar a capacidade do candidato para suportar física e organicamente (biologicamente) o trei-namento físico a que será submetido no desenvolvimento do Curso de Formação de Oficiais BM, assim como às exigências para o exercício do cargo. (...)

11.6 – ***Os casos de alteração psicológica e/ou fisiológica temporários (estados menstruais, luxações, fraturas, dentre outros) que impossibilitem a realização das provas ou diminuam a capacidade física do candidato não serão levados em consideração, não sendo concedido qualquer tratamento privilegiado.****(...)*

11.11 – ***Não será permitida a realização do Exame de Capacitação Física fora da data, horário e local estabelecidos no edital de convocação****." (negritei).*

Se a teor do art. 41 da Lei n.º 8.666/93 "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada", maior vinculação ocorrerá se os requisitos estabelecidos estiverem fundamentados em lei.

Sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (edital) e da legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

"13. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art. 41 da Lei 8.666." (Curso de direito administrativo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 548).

"Assim, 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. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104).

Pois bem.

No resultado do exame de saúde da impetrante, juntado à f. 288 pela Procuradoria do Estado, verifica-se que foi considerada inapta, por apresentar:

"1) Hemoglobina abaixo do limite;

2) Beta-HCG positivo;

3) Laudo cardiológico contra indicando exercício de alto impacto devido à gestação."

Conforme verifica-se, os motivos utilizados para considerar a impetrante inapta no exame de saúde, são circunstância decorrentes de seu estado gravídico[1].

Da legislação acima, principalmente no artigo 35 da Lei 3.808/2009 e no subitem 10.7.1 do Edital do Concurso, consta que, se, no exame de saúde, fase III do certame, for constatada gravidez da candidata, esta deverá apresentar, na data marcada para realização da prova de capacitação física, fase IV do concurso, parecer cardiológico e declaração médica, emitidos em prazo não superior a quinze dias, assegurando que pode ser submetida aos exames de capacitação física.

1 Em: http://labtestsonline.Org.Br/understanding/analytes/hemoglobin/tab/test/

Como se vê, a gravidez, nem mesmo pelo edital, é considerada incapacitante, tampouco elimina a candidata do certame, e, no entanto, a Junta Médica do concurso, em razão de a impetrante apresentar sintomas característicos do seu estado gravídico, considerou-a inapta.

Assim, considerando que a administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada[2], e que os motivos utilizados pela Junta Médica para indicar a inaptidão da impetrante estão em desacordo com o artigo 35 da Lei 3.808/2009 e o subitem 10.7.1 do edital, os quais indicam que a gravidez não é causa de inaptidão, tanto que, constatado esse estado, a candidata deverá apresentar, na data da prova de capacitação física, parecer cardiológico, é nulo o resultado do exame de saúde que considerou a impetrante inapta na Fase III do concurso.

É que tem-se, na hipótese dos autos, situação que deve ser analisada não só à luz dos princípios da isonomia e da legalidade, mas também da proteção à maternidade.

Contrariamente ao que se verifica em relação às regras que só podem ser cumpridas ou não, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.[3]

Havendo uma colisão de princípios, como esta dos autos, em que sob a ótica de um é permitido e do outro é proibido, um deve ceder ante o outro.

Tal se dá pela necessidade de ponderar os princípios da isonomia, da igualdade e da proteção à maternidade, este constante do artigo 6º da Constituição Federal.

Confira-se:

> *"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social,* ***a proteção à maternidade*** *e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."(negritei).*

Não tenho dúvidas que, na colisão entre tais princípios, a proteção à maternidade há de preponderar sobre os demais, por se tratar, no caso dos autos, princípio de maior peso.

Declarado nulo o resultado do exame de saúde, a impetrante deverá ser submetida à nova avaliação médica e, em caso de ser considerada apta, assegurada fica sua participação nas demais fases do concurso, inclusive remarcação do exame de capacitação física, que ocorreu nos dias 09 a 19 de junho de 2014.

Sobre o assunto, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a gravidez não pode se motivo para fundamentar qualquer ato administrativo contrário ao interesse da gestante, considerando a proteção conferida no artigo 6º da Constituição Federal.

Veja-se:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. EXAME MÉDICO. CANDIDATA GESTANTE. REMARCAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRECEDENTE STF.*
>
> *1. Apesar de o entendimento desta Corte Superior - no sentido de garantir um tratamento diferenciado às gestantes - não alcançar os concursos cujos editais expressamente disponham sobre sua eliminação pela não participação em alguma fase,*

2 Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

3 ALEXY. Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales: Madrid. 2002, p. 87.

a gravidez não pode ser motivo para fundamentar nenhum ato administrativo contrário ao interesse da gestante, muito menos para impor-lhe qualquer prejuízo, tendo em conta a proteção conferida pela Carta Constitucional à maternidade (art. 6º, CF).

2. A solução da presente controvérsia deve se dar à luz da compreensão adotada pelo Pretório Excelso em casos análogos ao presente, envolvendo candidata gestante, em que se admite a

possibilidade de remarcação de data para avaliação, excepcionalmente para atender o princípio da isonomia, em face da peculiaridade (diferença) em que se encontra o candidato impossibilitado de realizar o exame, justamente por não se encontrar em igualdade de condições com os demais concorrentes.

3. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que não implica em ofensa ao princípio da isonomia a possibilidade de remarcação da data de teste físico, tendo em vista motivo de força maior (AgRg no AI n. 825.545/PE).

4. Recurso em mandado de segurança provido." (RMS 28400 / BA 2008/0270934-0 Relator(a) Ministro Sebastião Reis Júnior (1148) Órgão Julgador T6. Data do Julgamento 19/02/2013).

Por oportuno, transcrevo os seguintes trechos do voto condutor do referido acórdão:

"Não obstante isso, há no presente caso peculiaridade que enseja uma análise diversa, especialmente por se considerar a necessidade de ponderação entre os princípios da legalidade, da isonomia e da razoabilidade.

Em razão disso, a solução da presente controvérsia deve se dar à luz da compreensão adotada pelo Pretório Excelso nos casos análogos ao presente, envolvendo candidata gestante, em que se admite, excepcionalmente, a possibilidade de remarcação de data para avaliação, para atender o princípio da isonomia, em face da peculiaridade (diferença) em que se encontra o candidato impossibilitado de realizar o exame, justamente por não estar em igualdade de condições com os demais concorrentes."

E, ainda, há julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, se o edital não prevê segunda oportunidade para realização de novo teste de aptidão física, compete ao poder judiciário atribuir tal direito ao candidato em situações excepcionais, como o caso de gestante:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA - TAF. CANDIDATO CONSIDERADO INAPTO. PRETENSÃO DE REALIZAÇÃO DE NOVO TAF. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL, O QUAL CONTEMPLA EXCEÇÃO APENAS PARA GESTANTES. INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NAS REGRAS EDITALÍCIAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Não cabe falar em ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido se pronuncia de modo inequívoco e suficiente sobre a questão posta nos autos.

2. A Corte de origem concluiu que o candidato não se desincumbiu de provar as alegações atinentes à irregularidade de sua reprovação no teste de aptidão física. Insuscetível de revisão o referido entendimento, por demandar reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

3. Quando o edital não prevê segunda oportunidade para realização de outro

teste de aptidão física, não compete ao Poder Judiciário atribuir tal direito ao candidato, ressalvadas situações excepcionalíssimas, como o caso de gestantes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1414991 / DF. Relator(a) Ministro Humberto Martins (1130) Órgão Julgador T2. Data do Julgamento 11/02/2014.

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR ESTADUAL. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA (TAF). REMARCAÇÃO POR FORÇA MAIOR. GRAVIDEZ. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que, por maioria, denegou a segurança em pleito para remarcação de teste de aptidão física em razão da comprovada gravidez da candidata.

2. A fase denominada teste de aptidão e avaliação física foi iniciada após dois anos do transcurso das inscrições, configurando razoável identificar a situação da candidata como imprevista e de força maior; o edital de convocação dos candidatos não previu essa possibilidade, apenas indicando que gestantes deveriam comparecer às provas munidas de atestado médico para realizar os testes, em igualdade com as demais candidatas, após a firma de termo de responsabilidade pessoal por eventual dano físico.

3. O Tribunal de origem considerou que a violação versava sobre o não comparecimento, quando resta claro que a impetração deu-se contra a norma do edital concretizada pelo afastamento da candidata gestante do certame.

4. O Supremo Tribunal Federal pacificou o tema no sentido de que é possível a remarcação dos testes de aptidão física sem que isto implique qualquer violação do princípio constitucional da isonomia.

Precedentes: AgRg no AI 825.545/PE, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, publicado no DJe 084 em 6.5.2011 e no Ementário vol. 2516-03, p. 623; AgRg no RE 598.759/AL, Relatora Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, publicado no DJe 223 em 27.11.2009 e no Ementário vol. 2384-06, p. 1145; AgRg no AI 630.487/DF, Relatora Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, publicado no DJe 030 em 13.2.2009, no Ementário vol. 2348-06, p. 1168 e no LEXSTF v. 31, n. 362, 2009, p. 114-119; e AgRg no RE 376.607/DF, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, publicado no DJ em 5.5.2006, p. 35 e no Ementário vol. 2231-03, p. 589.

5. A jurisprudência da Sexta Turma do STJ tem acompanhado o entendimento do STF, no sentido da possibilidade de remarcação dos testes de aptidão física sem que isto induza violação do edital ou do princípio da isonomia. Precedentes: RMS 28.400/BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 27.2.2013; e RMS 31.505/CE, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27.8.2012. Recurso ordinário provido."(RMS 37328 / AP. Relator(a) Ministro Humberto Martins (1130) Órgão Julgador T2. Data do Julgamento 21/03/2013).

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PERDA DE OBJETO. NÃO OCORRÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. GRAVIDEZ. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. CAPACIDADE FÍSICA. REMARCAÇÃO. AUSÊNCIA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. É entendimento firmado neste Tribunal que o exame da legalidade do ato apontado como coator em concurso público não pode ser subtraído do Poder Judiciário em decorrência pura do encerramento do certame, o que tornaria definitiva a ilegalidade ou abuso de poder alegados, coartável pela via do Mandado de Segurança.

> *2. A proteção constitucional à maternidade e à gestante não somente autoriza mas até impõe a dispensa de tratamento diferenciado à candidata gestante sem que isso importe em violação ao princípio da isonomia, máxime se inexiste expressa previsão editalícia proibitiva referente à gravidez.*
>
> *3. O Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência no sentido de que a gestação constitui motivo de força maior que impede a realização da prova física, cuja remarcação não implica em ofensa ao princípio da isonomia.*
>
> *4. Recurso provido."* (RMS 31505 / CE. Relator(a) Ministra Maria Thereza De Assis Moura (1131) Órgão Julgador T6. Data do Julgamento 16/08/2012).

Os Desembargadores da 2ª e 4ª Seção Cível deste Tribunal de Justiça assim também já decidiram:

> *"E M E N T A - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PARA INGRESSO NO CARGO DE TÉCNICO PENITENCIÁRIO - TESTE DE APTIDÃO FÍSICA - CANDIDATA GESTANTE QUE FOI CONSIDERADA INAPTA POR NÃO PODER SE SUBMETER AO TESTE - REMARCAÇÃO DO TESTE E PROSSEGUIMENTO NO CERTAME - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - SEGURANÇA CONCEDIDA. Segundo precedentes dos Tribunais Superiores, não ofende os princípios constitucionais de isonomia a remarcação de teste de aptidão física para candidata que se encontra gestante, ofendendo direito líquido e certo seu ser considerada inapta única e exclusivamente pela condição de grávida. Segurança concedida, contra o parecer."* (MS 1403053-09.2014.8.12.0000. Relator(a): Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Órgão julgador: 2ª Seção Cível. Data do julgamento: 09/06/2014).
>
> *"MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - ADMINISTRADOR DA EMPRESA PÚBLICA DE MATO GROSSO DO SUL - SANESUL - CANDIDATA GESTANTE - EXAME DE APTIDÃO FÍSICA - PROVAS PRÁTICAS DE EDUCAÇÃO FÍSICA - IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO ENQUANTO EM ESTADO GRAVÍDICO - REALIZAÇÃO EM DATA DIFERENCIADA DOS DEMAIS CANDIDATOS - POSSIBILIDADE - SEGURANÇA CONCEDIDA."* (MS 0014033-39.2010.8.12.0000. Relator(a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Órgão julgador: 4ª Seção Cível. Data do julgamento: 29/11/2010).

Nesse sentido, também são os julgados no Tribunal de Justiça de Minas Gerais e São Paulo:

> *EMENTA: AÇÃO ORIGINÁRIA DE MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO DE MINAS GERAIS. PARTE PASSIVA LEGÍTIMA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIO. TESTE DE CONDICIONAMENTO FÍSICO. CANDIDADA GESTANTE. REMARCAÇÃO DO EXAME. FORÇA MAIOR. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ENTENDIMENTO DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO LESADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. a Secretária de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais é parte passiva legítima para o mandado de segurança por ser uma das autoridades que expediu o edital de concurso público. 2. Segundo o entendimento consolidado no egrégio Supremo Tribunal Federal, a gravidez de candidata em concurso público é força maior para submissão a teste de condicionamento físico. Assim, a negativa de remarcação do teste lesa o princípio da isonomia. 3. Comprovada a gravidez da impetrante na data designada para o teste, deve ser feita a remarcação. 4. Segurança concedida, rejeitada uma preliminar.* (TJMG. MS. 1.0000.13.023552-6/000. Relator Des. Caetano Levi Lopes. Data de Julgamento: 25/03/2014).

> *"MANDADO DE SEGURANÇA Concurso Público Médico legista Polícia Civil Prova de Aptidão Física Candidata grávida Pedido de realização da prova em outra data Possibilidade Princípio da igualdade preservado Respeito ao princípio da dignidade humana Precedentes dos Tribunais Superiores Sentença concessiva de segurança - Recursos improvidos."* (TJSP 0050591-84.2012.8.26.0053. Relator(a): Maria Laura Tavares. Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 16/06/2014).

A título de aplicação analógica, tem-se o §1º, do artigo 2º da Lei n. 12.705/2008, que dispõe sobre os requisitos para ingresso nos cursos de formação de militares de carreira do Exército:

> *"Art. 2º A matrícula para o ingresso nos cursos de formação de oficiais e sargentos de carreira do Exército depende de aprovação prévia em concurso público, atendidos os seguintes requisitos, dentre outros estabelecidos na legislação vigente: (...)*
>
> *IV - ser aprovado em exame de aptidão física, realizado segundo critérios e padrões objetivos que levem em conta as especificidades dos cursos de formação e das atividades a serem desempenhadas; (...)*
>
> *§ 1º A candidata grávida ou com filho nascido há menos de 6 (seis) meses não poderá realizar o exame de aptidão física referido no inciso IV do caput do art. 2º, sendo resguardado seu direito de adiamento desse exame por um ano, contado a partir do término da gravidez, mediante requerimento da candidata, desde que respeitados os demais requisitos no momento da matrícula no curso de formação."*

Ressalto que ao caso não é aplicável a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em sede de repercussão geral, no RE 630733/DF assentou:

> *"Reconhecer a inexistência de direito de candidatos à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, salvo contrária disposição editalícia."*(RE 630733/DF. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 15/05/2013).

É que a decisão proferida em sede de repercussão geral aplica-se a casos de alterações corriqueiras de saúde, não citando a hipótese de candidata grávida, e nem poderia, dada a proteção constitucional à maternidade constante do artigo 6º da CF, limitando-se a reconhecer a inexistência de direito de candidatos à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, nas quais entendo não pode ser enquadrada a gestação.

Por todo o exposto, creio não ter agido com o costumeiro acerto, a Ministra Carmem Lúcia, do STF, quando, monocraticamente, nos autos de Agravo de Instrumento de n. 860601, decidiu pela impossibilidade de remarcação de teste de aptidão física a candidata grávida, ao fundamento de que aquela Corte, em sede de repercussão geral, nos autos de RE 630.733, assentou não ser possível a remarcação de teste de aptidão física para data diversa da estabelecida em edital de concurso público em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos.

Transcrevo ementa da referida decisão monocrática:

> *"DECISÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REMARCAÇÃO DE TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA: INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS." (AI 8606601/RJ. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 11/04/2014).*

Assim, confirmo a medida liminar concedida (f. 257), com os acréscimos constantes dos embargos de declaração (f. 15/16), e concedo a segurança para: a) declarar a nulidade do ato que considerou a impetrante inapta na terceira etapa do concurso, que compreende o exame de saúde, antropométrico e clínico; b) determinar seja designada nova data para o exame da impetrante; c) em caso de aprovação nessa fase, assegurar a participação da impetrante nas fases seguintes do certame, com remarcação da data para realização do exame de capacitação física, em momento que seja considerada pela Junta de Saúde da PMMS apta a realizar exercícios físicos.

Sem honorários, porque incabíveis na espécie (art. 25[4] da Lei 12.016/09 e Súmulas 105[5] do STJ e 512[6] do STF).

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. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, MS, 01 de setembro de 2014.

***

4 Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

5 Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.

6 Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0011351-47.2006.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – REJEITADA – MÉRITO – DEMONSTRAÇÃO DA PROPRIEDADE E POSSE MOLESTADA – EXERCÍCIO DA POSSE INJUSTA – CONTRATO DE COMPRA E VENDA REALIZADO COM TERCEIRO – CIÊNCIA DA IRREGULARIDADE – DIREITO DE RETENÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE BOA-FÉ – BENFEITORIAS NECESSÁRIAS – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O magistrado está restrito à sua própria consciência, pois analisará as provas segundo sua convicção. É isto o que prega o princípio da livre convicção estampado no artigo 131, do Código de Processo Civil. Assim, se o processo está maduro para o julgamento, acerta o julgador ao proferir sentença sem produção de provas desnecessárias à solução da lide.

A propositura da ação reivindicatória depende da existência de prova da propriedade sobre o bem e da privação da posse. Logo, se ficar comprovada a propriedade bem como o despojamento da sua posse, deve ser acolhido o pleito reivindicatório.

Inexiste o direito de retenção nos casos em que houver o reconhecimento da posse de má-fé, bem como à indenização quando não comprovada a existência de benfeitorias necessárias no imóvel possuído injustamente.

Quando a questão for suficientemente debatida torna-se desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais e constitucionais discutidos.

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, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 15 de julho de 2014.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Ivonete Alves de Morais, irresignada com a sentença que julgou procedentes os pedidos contidos na *ação reivindicatória* ajuizada por Valdomiro Pereira de Carvalho, Rosa Lopes de Carvalho, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 183-194, a recorrente argui preliminar de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, uma vez que houve o indeferimento do pedido de produção de provas com o julgamento antecipado da lide.

Destaca que *"em que pese o entendimento do juízo monocrático de que a prova necessária nos autos é essencialmente documental, este pensamento é equivocado, afinal, a apelante não discute aqui somente a propriedade do imóvel, mas também o seu direito de retenção"*.

No mérito, alega que é incontroverso o fato de que os apelados firmaram uma procuração por instrumento público em 08/01/2003 para a filha Michele Cristina Carvalho, um mês antes da venda do imóvel pelo Sr. André à apelante, autorizando a alienação, oneração ou transferência do bem.

Afirma que as benfeitorias realizadas em 2003 nunca foram embargadas ou resistidas pelos apelados ou pela filha, fato ignorado pelo juiz *a quo*.

Esclarece a desnecessidade de documento para comprovar o justo título, bem como que agiu de boa-fé, pois tinha plena convicção de que o Sr. André era o proprietário do bem.

Ressalta que *"tomou posse (mansa e pacífica) do imóvel sem qualquer resistência dos apelados ou de sua filha, tendo inclusive iniciado reforma logo após a sua aquisição, em julho de 2003, ou seja, a posse quando da aquisição do imóvel e até ser colocada sub judice, foi justa e de boa-fé, art. 1.200 e 1.201, CC."*

Enfatiza que possui direito à indenização das benfeitorias realizadas em 2003 no referido imóvel, evitando-se o enriquecimento sem causa.

Pugna pelo prequestionamento expresso de dispositivos legais e constitucionais.

Por fim, pede o conhecimento e provimento do apelo para acolher a preliminar de nulidade da sentença. No mérito, pugna pela reforma da sentença para julgar improcedente a ação, ou, ainda, deferir o direito de retenção.

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões às f. 205-211.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator).

Ivonete Alves de Morais, irresignada com a sentença que julgou procedentes os pedidos contidos na *ação reivindicatória* ajuizada por Valdomiro Pereira de Carvalho, Rosa Lopes de Carvalho, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 183-194, a recorrente argui preliminar de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, uma vez que houve o indeferimento do pedido de produção de provas com o julgamento antecipado da lide.

Destaca que *"em que pese o entendimento do juízo monocrático de que a prova necessária nos autos é essencialmente documental, este pensamento é equivocado, afinal, a apelante não discute aqui somente a propriedade do imóvel, mas também o seu direito de retenção"*.

Menciona que existe prova documental e testemunhal acerca da venda do imóvel pelos apelados ao Sr. André, de quem adquiriu o mesmo.

No mérito, alega que é incontroverso o fato de que os apelados firmaram uma procuração por instrumento público em 08/01/2003 para a filha Michele Cristina Carvalho, um mês antes da venda do imóvel pelo Sr. André à apelante, autorizando a alienação, oneração ou transferência do bem.

Afirma que as benfeitorias realizadas em 2003 nunca foram embargos ou resistidas pelos apelados ou pela filha, fato ignorado pelo juiz *a quo*.

Esclarece a desnecessidade de documento para comprovar o justo título, bem como que agiu de boa-fé, pois tinha plena convicção de que o Sr. André era o proprietário do bem.

Ressalta que *"tomou posse (mansa e pacífica) do imóvel sem qualquer resistência dos apelados ou de sua filha, tendo inclusive iniciado reforma logo após a sua aquisição, em julho de 2003, ou seja, a posse quando da aquisição do imóvel e até ser colocada sub judice, foi justa e de boa-fé, art. 1.200 e 1.201, CC."*

Enfatiza que possui direito à indenização das benfeitorias realizadas em 2003 no referido imóvel, evitando-se o enriquecimento sem causa.

Pugna pelo prequestionamento expresso de dispositivos legais e constitucionais.

Por fim, pede o conhecimento e provimento do apelo para acolher a preliminar de nulidade da sentença. No mérito, pugna pela reforma da sentença para julgar improcedente a ação, ou, ainda, deferir o direito de retenção.

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões às f. 205-211.

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela análise da preliminar de nulidade da sentença arguida pela recorrente.

Da nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa

Reclama a requerida que o juiz singular não poderia julgar o feito antecipadamente, sem a produção das provas pleiteadas.

Sabe-se que o juiz tem o poder de ponderar sobre a necessidade da dilação probatória. Entendendo ele que os documentos constantes nos autos não são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá conceder às partes a oportunidade para que especifiquem as provas a serem produzidas. Caso contrário, ou seja, se o juiz já tiver formado seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão.

Nos termos do Código de Processo Civil, temos que:

> *"Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:*
>
> *I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência."*

Ainda, pode o juiz entender que as provas requeridas não serão úteis ao processo. Nesse sentido leciona Antonio Carlos Marcato:

> *"Constatado ser o caso de julgamento do pedido (art. 269, I), o juiz avaliará a necessidade, ou não, de produção de provas tendentes à formação de seu convencimento sobre a pertinência da pretensão deduzida em juízo, provas essas respeitantes, exclusivamente, às questões de fato (da mihi facto, dabo tibi ius). Concluindo pela negativa, conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença de mérito, dispensada, assim, a fase instrutória, sem dúvida alguma a mais demorada e onerosa de todas as demais fases processuais."* (Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas. 2004, p. 983.)

No mesmo sentido é o ensinamento de Vicente Greco Filho:

> *"O julgamento antecipado da lide, para Calmon de Passos, não é mais do que julgamento feito após a fase postulatória, por motivo de se haver colhido, nessa fase, todo o material necessário para formar a convicção do magistrado (art. 330, I), ou ocorrendo a revelia* (art. 330, II)". (Direito Processual Civil Brasileiro. 14ª ed. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 169.

E continua dizendo:

> *"O objeto da prova é sempre o fato controvertido, pertinente e relevante. Se for incontroverso, não há necessidade de prova; tampouco se for irrelevante ou impertinente, pois então não alterará em nada o resultado da causa". (Op. Cit.*. p. 170*)*

Ora, se o douto magistrado entendeu que os fatos relevantes para o deslinde da causa já estavam suficientemente comprovados por meio de documentos, tornando-se desnecessária a produção de mais provas, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Aliás, como bem destacado pelo douto magistrado *a quo*, *"se trata de pedido reivindicatório amparado em propriedade, que somente se comprova pelo registro imobiliário, não se admitindo a prova oral para demonstrar que a ré adquiriu o imóvel de terceira pessoa, como alega, que não tinha a propriedade do imóvel (venda a non domino)."*

Desse modo, rejeito a preliminar.

Passo, então, à analisar o mérito recursal.

Do mérito

No mérito, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se os autores fazem *jus* à restituição do imóvel determinado pelo lote n. 08, da quadra n.º 160 (cento e sessenta), com área de 360m^2 (trezentos e sessenta metros quadrados), registrado na matrícula n.º 41.649.

Cumpre-me registrar que a ação reivindicatória tem a finalidade específica de restituir a coisa ao proprietário que detinha a posse, mas que a perdeu. Cuida-se, portanto, de uma ação através da qual o proprietário vai buscar a coisa nas mãos alheias, retirando-a do injusto possuidor e recuperando-a para si.

Nos termos do que dispõe o Código Civil, temos que:

> *"Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".*

Discorrendo sobre o tema, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, conceituam a ação reivindicatória como sendo uma *"ação real que visa a restituição da coisa, portanto, a posse. Mas o fundamento desse pedido é a propriedade. Ação de quem tinha posse de proprietário e a perdeu"* (Código Civil Anotado e Legislação Extravagante. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 591).

Do excerto supratranscrito, conclui-se que a propositura da ação reivindicatória depende da existência da propriedade sobre o bem e da privação da posse. Assim, se não houver a comprovação da propriedade bem como do despojamento da sua posse, não há que se falar em reivindicação.

No presente caso, tanto a propriedade quanto a privação da posse foram efetivamente comprovadas nos autos.

Infere-se dos autos que os autores, ora apelados, possuem a titularidade da propriedade em questão, conforme a cópia da matrícula imobiliária de n.º 41.649 (f. 10), fato incontroverso nos autos.

Além disso, constata-se estar efetivamente comprovada a posse injusta da apelante no referido bem, vale dizer, a inexistência de amparo em título jurídico quanto à alegada aquisição da propriedade.

Ora, em que pese a alegação da recorrente de que os autores firmaram uma procuração outorgando poderes à filha, Michele Cristina Carvalho, quanto ao imóvel supradescrito (f. 36-37), insta registrar que no contrato de compra e venda, não consta o nome de tal pessoa como vendedora do imóvel. Aliás, o contrato de compra e venda colacionado aos autos foi realizado com terceiro (André Rambado Ximendes), que não era proprietário e sequer possuía qualquer poder para deliberar acerca da suposta venda (f. 120).

Como bem afirmado pelo douto magistrado *a quo*, *"o contrato de f. 120 não possui eficácia alguma contra a propriedade dos Autores, por se tratar de negócio jurídico inter partes, valendo tão-somente como prova da transação ocorrida entre a Ré e a pessoa de Andre Rambado Ximendes."*

Nesse sentido, confira-se os seguintes julgados:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – TÍTULO DE DOMÍNIO – MATRÍCULA DO IMÓVEL – AUSÊNCIA DE PROVA DE TRANSFERÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1. Na espécie, O autor/apelado provou que possui título de domínio do imóvel, designado apartamento nº 23, Bloco D-02, do Residencial Vale do Sol II, situado na Rua 14 de julho, nº 5.147, Centro, matriculado sob o nº 169.638, ficha 01, do livro 02, do Serviço de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Capital.*
>
> *2. Ante a existência do título de domínio em nome autor/apelado, restou evidente que a requerida/apelante não possui o jus possidendi, ou seja, encontra-se na posse injusta de imóvel de propriedade do autor/apelado."* (TJMS; Apelação - Nº 0054881-65.2010.8.12.0001 - Campo Grande; 4ª Câmara Cível; Relator Des. Josué de Oliveira; julgado em 24.09.2013)
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – JUSTO TÍTULO – ESCRITURA PÚBLICA GOZA DE FÉ-PÚBLICA – PROVAS TESTEMUNHAIS QUE NÃO POSSUEM O CONDÃO DE INVALIDAR O TÍTULO – CONTRATO DE COMPRA E VENDA SEM REGISTRO – NÃO COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1. O título de propriedade autorizaria a propositura da ação reivindicatória.*

> *2. O debate promovido pela prova testemunhal sobre a posse não basta para afastar a veracidade da escritura pública devidamente registrada, sendo que o documento goza de fé pública e não foi declarado inválido. A ação reivindicatória, por sua natureza discute a propriedade e não a posse, de maneira que, não havendo elementos que indiquem a nulidade da escritura pública, a propriedade é da pessoa que a registrou.*
>
> *3. O contrato particular de compra de venda não é oponível erga omnes certo que, apenas é título aquisitivo constituído quando feita Escritura Pública de Compra e Venda devidamente registrado no cartório de Registro de Imóveis, o que não ocorreu no caso dos autos." (*TJMS; Apelação - Nº 0001770-60.2006.8.12.0017 - Nova Andradina; 1ª Câmara Cível; Relator Des. Divoncir Schreiner Maran; julgado em 7.11.2012)

Assim, agiu acertadamente o julgador ao proferir sentença de procedência do pedido.

Do direito de retenção e indenização por benfeitorias

Por derradeiro, resta saber se a recorrente tem direito à retenção das benfeitorias.

A solução da questão é encontrada com a simples leitura dos artigos 1.219 e 1.220, ambos do Código Civil:

> *"Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis."*
>
> *"Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias."*

Desse modo, ao possuidor de má-fé serão ressarcidas as benfeitorias necessárias, apenas, não possuindo direito à retenção pela importância destas.

In casu, como visto, a posse da requerida, ora apelante, é injusta e de má-fé, porquanto foi firmada em contrato de compra e venda com pessoa que sabia não ser proprietário do imóvel e sequer possuir qualquer autorização legal para vendê-lo.

Em razão disso, não há que se falar em direito de retenção pela realização de qualquer benfeitoria realizada no imóvel.

E nem há que se falar em direito de indenização. Isto porque, o possuidor de má-fé tem direito apenas à indenização pelas benfeitorias necessárias realizadas no imóvel, as quais têm por finalidade conservar a coisa ou evitar que se deteriore. Contudo, a recorrente não demonstrou a realização de qualquer benfeitoria necessária no referido imóvel possuído injustamente.

Aliás, como bem destacado pelo juiz sentenciante:

> *"(...) incabível, portanto, a indenização, até porque, os documentos de fls. 125/145 fazem alusão, em sua grande maioria, à materiais de construção e mão-de-obra para construção de uma casa, o que não pode ser considerada como necessária, diante de um contrato de compra e venda todo irregular, conforme fls. 107 e 120, que continha inclusive prazo de validade de 40 dias."*

Nesse sentido, *verbis*:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – PRELIMINARES DE INTEMPESTIVIDADE E DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADAS – MÉRITO – OCUPAÇÃO INDEVIDA DE LOTE DE TERRENO URBANO – EDIFICAÇÃO DE RESIDÊNCIA SOBRE TERRENO ALHEIO – MÁ-FÉ DEMONSTRADA – CIÊNCIA DA IRREGULARIDADE – INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS NÃO RECONHECIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Não se reconhece direito à indenização por benfeitorias àquele que, agindo de má-fé, com a consciência de que praticava ato ilícito, constrói conscientemente sobre terreno alheio e ainda o aliena, buscando extrair vantagem indevida. (...)"* (TJMS; Apelação Cível - Ordinário - N. 2005.017620-1/0000-00 - Campo Grande; Terceira Turma Cível; Relator Des. Hamilton Carli; julgado em 6.2.2006)

Logo, não assiste razão à apelante quanto ao alegado direito de retenção e benfeitorias, devendo ser mantida, *in totum*, a sentença vergastada.

Do prequestionamento

Por fim, quanto ao prequestionamento, faz-se mister destacar que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, cabendo-lhe a incidência do brocardo da *mihi factum dabo tibi jus*. Nesse sentido, adverte Rui Portanova:

> *"No princípio em estudo está contido o brocardo narra mihi factum, narro tibi ius, que também demonstra bem o quanto de público se encerra no processo e na atividade jurisdicional: do fato dispõem as partes, mas do direito dispõe o Estado-juiz."* [1]

Assim, se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da seguinte ementa, transcrita apenas na parte que interessa:

> *"O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais"* (Embargos de Declaração nº 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, J./12/1998, DJ-MS. 24/02/1999).

A propósito, eis o escólio de Nelson Nery Júnior:

> *"Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida."* [2]

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento.

1 *Princípios do Processo Civil*. Livraria do Advogado, Editora Porto Alegre, 1995, p. 240.

2 *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais*. São Paulo: RT, 2001, p. 859.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e 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, 15 de julho de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0800122-14.2013.8.12.0034 - Glória de Dourados
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO A PRESOS - MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA – RECURSO PROVIDO.

Nos termos da Lei 7.347, o Ministério Público Estadual tem legitimidade para propor ação civil pública quando da defesa de qualquer direito difuso ou coletivo.

A Lei Federal 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), em concordância com a Constituição Federal, prevê em seu artigo 25 que, além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público a ação civil pública para exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais, inclusive quanto a alimentação dos presos.

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 e com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 15 de julho de 2014.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ministério Público Estadual contra a sentença prolatada nos autos da ação civil pública ajuizada em face de Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega possuir legitimidade ativa para propositura da presente ação civil pública, porquanto atua na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, atuação albergada pela Lei da ACP e pela Lei Orgânica do MP.

Adentra a questão de fundo debatida na ACP, argumenta que o "*não fornecimento integral da alimentação necessária ao preso constitui flagrante ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, preceito constitucionalizado no inciso III do artigo 1.º da Lei Fundamental*." (f. 290).

Sustenta que não se podem confundir as diligências que podem ser empreendidas pelo Conselho da Comunidade com o dever legal de arcar com as despesas em análise, afinal esta última obrigação somente pode exigir-se do Estado.

Remata requerendo o conhecimento e provimento do recurso.

Em sede de contrarrazões, o apelado requer o não provimento do recurso.

Em seu parecer, a PGJ opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ministério Público Estadual contra a sentença prolatada nos autos da ação civil pública ajuizada em face de Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega possuir legitimidade ativa para propositura da presente ação civil pública, porquanto atua na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, atuação albergada pela Lei da ACP e pela Lei Orgânica do MP.

Adentra a questão de fundo debatida na ACP, argumentando que o "*não fornecimento integral da alimentação necessária ao preso constitui flagrante ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, preceito constitucionalizado no inciso III do artigo 1.º da Lei Fundamental*." (f. 290).

Sustenta que não se podem confundir as diligências que podem ser empreendidas pelo Conselho da Comunidade com o dever legal de arcar com as despesas em análise, afinal esta última obrigação somente pode exigir-se do Estado.

Remata requerendo o conhecimento e provimento do recurso.

Em sede de contrarrazões, o apelado requer o não provimento do recurso.

Em seu parecer, a PGJ opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório. Passo a decidir.

Sabe-se bem que a tutela jurisdicional não pode ser alcançada mediante qualquer manifestação de vontade perante o órgão judicante, sendo de fundamental importância que sejam observados os requisitos de estabelecimento e desenvolvimento válidos da relação processual.

No entanto, para que o processo seja eficaz para atingir o fim buscado pela parte, não basta tão somente a simples validade da relação processual regularmente estabelecida entre os interessados e o juiz, fazendo-se mister que a lide seja deduzida em juízo com observância de alguns requisitos básicos denominados de condições da ação.

Conforme leciona Giuseppe Chiovenda:

> *"(...) as condições da ação são as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável"* (Instituições de Direito Processual Civil. 2 ed., Campinas: Bookseller, v. I, 2000, p. 89).

Deve-se anotar, ainda, a lição do nunca assaz citado Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, que sustentam ser o mérito (pedido), via de regra, a última questão a ser examinada pelo juiz, tanto do ponto de vista lógico quanto do cronológico, devendo, preliminarmente, o juiz examinar as questões preliminares, "*que dizem respeito ao próprio direito de ação (condições da ação) e à existência e regularidade da relação*

jurídica processual (pressupostos processuais)" (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 6ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 593).

Dessa forma, o exame do pedido depende da análise das condições da ação que, presentes ou ausentes, possibilitam ou impedem o seu exame, visto que a ausência de uma ou mais das condições da ação implica a ocorrência do fenômeno da carência da ação, ficando o juiz impedido de examinar o mérito e, por conseguinte, devendo extinguir o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC.

Logo, a razão de ser das condições da ação é de que dão a oportunidade ao juiz de matar o processo desde o nascimento. A condição da ação é uma técnica processual para se afastar os processos que fatalmente não teriam chance de prosperar ante a presença de alguma irregularidade. Ela funciona como uma peneira de modo a afastar ações sem sucesso de mérito.

Nesse sentido, leciona Ada Pellegrine Grinover:

> *"(...) as condições da ação são elementos ou requisitos que limitam o exercício do direito de ação, em cada caso concreto; elementos e requisitos estes para que se exerça, de maneira concreta, na espécie, o direito de se obter o provimento jurisdicional: a sentença de mérito, no processo de conhecimento, e o provimento satisfativo, no processo de execução". Convém, também, registrar as palavras precisas de Sérgio Shimura (Título executivo. São Paulo. Editora Saraiva, 1997; p. 20): "Condições da ação servem de limite à prestação integral do serviço jurisdicional, em cada caso concreto, evitando o desperdício de atividades inúteis e desnecessárias"* (As condições da ação penal. São Paulo: José Bushatsky, 1977; p. 26).

São três as condições que permitem a regular admissibilidade da ação, quais sejam, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade das partes.

No tocante à legitimidade *ad causam*, para que o autor e o réu sejam partes legítimas é fundamental que, quanto ao primeiro, haja uma ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo, ou seja, em princípio deve ser titular da situação jurídica afirmada em juízo, conforme disposto no artigo 6º, do CPC, enquanto ao réu é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor.

Logo, como regra, parte legítima para exercer o direito de ação é aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional como aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito, ou seja, são os titulares dos interesses em conflito.

Merece destaque o escólio de Cândido Rangel Dinamarco:

> *"Legitimidade ad causam é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa" (Instituições de Direito Processual Civil. 4ª ed., vol. II, São Paulo: RT, 2004, p. 306).*

No caso dos autos, o Ministério Público Estadual possui legitimidade ativa para propositura da presente Ação Civil Pública.

Com efeito, nos termos da Lei 7.347, o MPE tem legitimidade para propor ACP quando da defesa de qualquer direito difuso ou coletivo, *in verbis:*

> *"Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).*
>
> *I - o Ministério Público; (*Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).
>
> *Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).*
>
> *(...)*
>
> *IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo."* (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)

Pois bem, na hipótese em apreço, afigura-se presente a existência da legitimidade ativa do MP, porquanto presente a defesa do interesse público, consubstanciado na defesa dos interesses da coletividade, seja quanto a lisura do do procedimento para fornecimento de alimentação aos presos, seja no tocante as condições de dignidade dos presos.

A propósito, consoante se infere do julgado abaixo, o STJ já vislumbrou existir a legitimidade ativa do MP para causas como a dos autos, senão vejamos:

> *"PROCESSUAL CIVIL. ASTREINTES. ART. 461, § 4º, DO CPC.*
>
> *REDIRECIONAMENTO A QUEM NÃO FOI PARTE NO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *PRECEDENTES.*
>
> *1. **Na origem, foi ajuizada Ação Civil Pública para compelir o Estado de Sergipe ao fornecimento de alimentação a presos provisórios recolhidos em Delegacias**, tendo sido deferida antecipação de tutela com fixação de multa diária ao Secretário de Estado da Justiça e Cidadania, tutela essa confirmada na sentença e na Apelação Cível, que foi provida apenas para redirecionar as astreintes ao Secretário de Segurança Pública.*
>
> *2. Na esteira do entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, admite-se a aplicação da sanção prevista no art. 461, § 4º do CPC à Fazenda Pública para assegurar o cumprimento da obrigação, não sendo possível, todavia, estendê-la ao agente político que não participara do processo e, portanto, não exercitara seu constitucional direito de ampla defesa. Precedentes.*
>
> *3. In casu, a Ação Civil Pública fora movida contra o Estado de Sergipe - e não contra o Secretário de Estado -, de modo que, nesse contexto, apenas o ente público demandado está legitimado a responder pela multa cominatória.*
>
> *4. Recurso Especial provido."* (REsp 1315719/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 18/09/2013) – destaquei.

Nesse contexto, presente a legitimidade do Ministério Público para atuar no presente feito, deve ser tornada insubsistente a sentença recorrida, para o fim de se determinar o regular processamento do feito.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso e, de plano, dou-lhe provimento para reconhecer a legitimidade do Ministério Público para a presente demanda. Com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 15 de julho de 2014.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1407869-34.2014.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – MÉRITO – PROMOTOR DE JUSTIÇA ESTADUAL – RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO COMO ADVOGADO PARA FINS DE APOSENTADORIA – PERÍODO ANTERIOR A EC 20 – INEXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO À ÉPOCA – ORDEM CONCEDIDA.

Não há ilegitimidade passiva da autoridade impetrada após esta ter contestado o mérito do *mandamus,* em observância à teoria da encampação.

O reconhecimento do tempo de serviço na atividade de advogado privado desempenhada antes da EC 20/98 independe de contribuição previdenciária.

Segurança concedida.

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, rejeitar as preliminares e, no mérito, conceder a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 8 de setembro de 2014.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por José Antônio Alencar contra ato praticado pelo(a) Procurador-geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Diretor Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul.

Sustenta o impetrante, em síntese, ter direito adquirido ao reconhecimento da contagem para fins de aposentadoria e disponibilidade, do tempo exercido como advogado quanto aos períodos de 12.7.1990 a 31.8.1993, 01.4.1995 a 30.4.1995, 01.11.1995 a 29.02.1996 e 01.06.1996 a 19.06.1996.

Garante ter o direito independentemente do recolhimento de contribuições previdenciárias, porquanto a redação constitucional, antes da EC 20/98, não fazia tal exigência.

Defende a ilegalidade do indeferimento de seu pedido na seara administrativa, notadamente porque "*não há que falar em necessidade na comprovação da inscrição e dos recolhimentos das contribuições frente ao órgão previdenciário anteriormente a vigência da EC n. 20/98, bastando apenas e tão somente*

à apresentação de Certidão emitida pela Ordem dos Advogados do Brasil e Certidões de Objeto e Pé dos processos em que atuou para demonstração do interstício." (f. 20)

Assevera estarem presentes os requisitos autorizadores da concessão da liminar.

Por fim, pugna pela concessão de liminar e, no mérito, pede a concessão da ordem, confirmando a liminar.

Foi indeferido o pedido liminar (f. 80-83).

Notificada a autoridade impetrada prestou informações (f. 96-130), aventando preliminar de inadequação da via eleita e ilegitimidade passiva. No mérito, pugna pela denegação da segurança. O PGJ apresentou informações às f. 132-137 requerendo a denegação da ordem.

Em parecer (f. 139-147), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator).

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por José Antônio Alencar contra ato praticado pelo(a) Procurador-geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Diretor Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul.

Sustenta o impetrante, em síntese, ter direito adquirido ao reconhecimento da contagem para fins de aposentadoria e disponibilidade, do tempo exercido como advogado quanto aos períodos de 12.7.1990 a 31.8.1993, 01.4.1995 a 30.4.1995, 01.11.1995 a 29.02.1996 e 01.06.1996 a 19.06.1996.

Garante ter o direito independentemente do recolhimento de contribuições previdenciárias, porquanto a redação constitucional, antes da EC 20/98, não fazia tal exigência.

Defende a ilegalidade do indeferimento de seu pedido na seara administrativa, notadamente porque "não há que falar em necessidade na comprovação da inscrição e dos recolhimentos das contribuições frente ao órgão previdenciário anteriormente a vigência da EC n. 20/98, bastando apenas e tão somente à apresentação de Certidão emitida pela Ordem dos Advogados do Brasil e Certidões de Objeto e Pé dos processos em que atuou para demonstração do interstício." (f. 20)

Assevera estarem presentes os requisitos autorizadores da concessão da liminar.

Por fim, pugna pela concessão de liminar e, no mérito, pede a concessão da ordem, confirmando a liminar.

Foi indeferido o pedido liminar (f. 80-83).

Notificada a autoridade impetrada prestou informações (f. 96-130), aventando preliminar de inadequação da via eleita e ilegitimidade passiva. No mérito, pugna pela denegação da segurança. O PGJ apresentou informações às f. 132-137 requerendo a denegação da ordem.

Em parecer (f. 139-147), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança.

Da preliminar de falta de direito líquido e certo

Confunde-se com o mérito e com ele será examinado.

Da preliminar de ilegitimidade

No que se refere à alegada ilegitimidade passiva *ad causam*, tem-se que a Ageprev, além de reconhecer que é responsável pela homologação do pagamento, defendeu a legalidade do ato impugnado, incidindo, no caso, a Teoria da Encampação.

O Superior tribunal de Justiça,a propósito, já sedimentou:

> *"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, aplicase 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 29378/RJ, Rel. Min. Feliz Fischer, 5ª Turma, j. 03.09.09).

Por tais razões, afasto a referida preliminar.

Como é cediço, o mandado de segurança será sempre pertinente contra ilegalidade ou abuso de poder praticado pelo agente público ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições de Poder Público, nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da CF, *in verbis*:

> *"LXIX. conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público";*

Por direito líquido e certo se entende aquele determinado em seus contornos, comprovável de plano, que não exige dilação probatória. Conforme leciona Hely Lopes Meirelles:

> *"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais"* (Mandado de Segurança. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36-37).

Segundo inteligência do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 117.936-8, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgado em 20 de novembro de 1990 – RT 687/214), o direito líquido e certo, pressuposto constitucional da admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova manifesta dos fatos onde se assenta a pretensão do impetrante.

A controvérsia trazida a lume cinge-se em examinar se o impetrante faz jus a contar o tempo de serviço que prestou como advogado para fins de aposentadoria, mesmo sem ter efetuado contribuições sobre esse período.

Com o advento da EC 20/98, o tempo de serviço prestado em qualquer atividade profissional só poderá ser computado se acompanhado das respectivas contribuições, em face da introdução explícita dessa nova sistemática no campo previdenciário.

Como o tempo que o impetrante pretende averbar refere-se ao exercício da advocacia ocorrido antes da vigência da referida emenda constitucional e da Lei estadual nº 3.150/05, estes comandos legais não albergam o caso em epígrafe, sendo questão pacífica na jurisprudência que o reconhecimento do tempo de serviço na atividade de advogado privado desempenhada antes da EC 20/98 independe de contribuição previdenciária.

Contudo, cabe ressaltar que no direito previdenciário vige o princípio do *tempus regit actum* e, ademais, devem ser preservados os direito adquiridos.

Nesse sentir, cabível destacar que as alterações do diploma legal regulamentador dos benefícios previdenciários, que impossibilitaram tal reconhecimento sem as devidas contribuições não podem negar o direto adquirido dos segurados que à época foram isentados, em respeito ao princípio do *tempus regit actum.*

Sobre o tema, veja-se o julgado do STJ:

> *PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. MAGISTRADA FEDERAL. ATIVIDADE DE SOLICITADORA ACADÊMICA. CONTRIBUIÇÃO. RECOLHIMENTO. DESNECESSIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98.*
>
> *- Admite-se o cômputo do tempo de serviço em favor de magistrados que exerceram antes da investidura a advocacia ou atuaram como solicitadores sem a obrigatoriedade do recolhimento das contribuições exigidas pelo INSS para fins de averbação do referido tempo laboral.*
>
> *- Com o advento da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, o sistema previdenciário tornou obrigatório o recolhimento das contribuições para fins de contagem de tempo de serviço, resguardando, entretanto, as situações já consolidadas.*
>
> *- As alterações na Lei Previdenciária não podem retroagir para alcançar fatos anteriores a ela, em face do princípio do tempus regit actum.*
>
> *- Recurso Especial improvido.* (REsp 627472/RS, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 26/05/2004, DJ 01/07/2004, p. 282).

Cumpre ponderar, ainda, que a Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) também previu a possibilidade da contagem do tempo de exercício da advocacia para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, *in verbis*:

> *"Art. 50. Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas, a membro do Ministério*
>
> *Público, nos termos da lei, as seguintes vantagens:*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Computar-se-á, para efeito de aposentadoria, disponibilidade e adicionais por tempo de serviço, o tempo de exercício da advocacia, até o máximo de quinze anos."*

Possível perceber, pois, que antes da vigência da EC nº 20/98, a Lei Nacional do Parquet previa a contagem do tempo de atuação na advocacia privada para fins de aposentadoria e, além do mais, não exigia a comprovação do recolhimento de contribuição previdenciária.

Desta feita, diante do advento da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, o sistema previdenciário tornou obrigatório recolhimento das contribuições para fins de contagem de tempo de serviço, no entanto, devem ser resguardadas as situações já consolidadas à época.

In casu, consoante bem assinalado pelo parece da PGJ: "por meio da documentação carreada aos autos (f. 43-51), o impetrante demonstrou que de fato atuou ativamente na advocacia privada pelo período de 17.12.1987 a 26.05.97, tanto que este período já foi reconhecido em seu assentamento funcional por força da Decisão do Conselho Superior deste Ministério Público, de 22/10/1997 Processo nº 10/0866/PGJ/97, publicada no D.J. nº 4.654, de 14/11/1997, ainda que, apenas, para fins de gratificação adicional por tempo de serviço (f. 52)." (f. 144)

Dessarte, o impetrante deve ter seu direito líquido e certo reconhecido, porquanto os períodos em que exerceu a advocacia e que visa averbar sem o respectivo recolhimento das contribuições previdenciárias, realmente foram exercidos antes da EC 20 e da lei estadual que também exige a contribuição previdenciária.

Em outras palavras: embora a EC nº 20/98 e a Lei estadual nº 3.150/05 terem tornado obrigatório no sistema previdenciário o recolhimento das contribuições para fins de contagem de tempo de serviço, a ordem aqui deve ser concedida para assegurar uma situação já consolidada antes de sua entrada em vigor, seja porque a legislação do Ministério Público prevê como tempo de serviço para fins de averbação e aposentadoria a atividade na advocacia, seja porque à época em que o impetrante a exerceu a contribuição à Previdência Social não era obrigatória.

Conclusão.

Ante o exposto, concedo a segurança, para ser reconhecido ao impetrante o direito à averbação em sua ficha funcional do tempo de serviço prestado à advocacia privada, períodos de 12.07.90 a 31.08.93; 01.04.95 a 30.04.95; 01.11.95 a 29.02.96 e 01.06.96 a 19.06.96, para fins de aposentadoria e disponibilidade. Com o parecer. Sem custas e/ou honorários advocatícios.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, 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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 08 de setembro de 2014.

***

Vice Presidência
Agravo Regimental n. 0000002-77.2011.8.12.0000/50001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – PROVENTOS DE APOSENTADORIA DE DEFENSOR PÚBLICO DE 2ª INSTÂNCIA EQUIVALENTE AOS DOS MINISTROS DO STF – LEI ESTADUAL N. 4445/13 – POSTERIOR – NÃO INCIDÊNCIA – DIREITO ADQUIRIDO – IMPROVIMENTO.

Ficando decidido em mandado de segurança o direito do impetrante de perceber o valor que recebia antes da sua aposentadoria, equivalente ao subsídio dos ministros do STF, vedando-se, ainda, a redução do provento ao patamar de 90,25%, há direito adquirido que não pode ser atingido por lei estadual posterior.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Vice Presidência do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 13 de agosto de 2014.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

O Estado de Mato Grosso do Sul, incoformado com a decisão que determinou o pagamento dos proventos de aposentadoria ao agravado, com valor equivalente ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, interpõe o presente agravo regimental.

Alega que a decisão objurgada extrapolou os limites do acórdão concessivo da segurança, que apenas afastou dos proventos do impetrante a redução intitulada “dedução de limite constitucional”, para assegurar que, acaso tenha o subsídio fixado nos mesmos patamares que os Ministros do STF, tal valor lhe será pago, e não somente 90,25% deste.

Fundamenta, entretanto, que há de se verificar o valor especificado na lei estadual que institui o montante do subsídio, pois o acórdão não fixou um aumento automático nos proventos do agravado.

Diz, ainda, que a remuneração atual de um Defensor Público de 2ª Instância é de R$ 26.589,68, de acordo com a Lei 4.445/2013, valor a ser pago ao impetrante, sob pena de violação à coisa julgada.

Argui também a ofensa ao princípio da separação dos poderes e da iniciativa legislativa do chefe do poder executivo, pois não cabe ao Poder Judiciário aumentar os vencimentos dos servidores públicos, ante a ausência de função legislativa.

Aponta, outrossim, que o reajuste automático é incompatível com o regime jurídico dos servidores públicos, pois o pagamento destes depende de dotação orçamentária suficiente para atendê-la, ferindo o disposto no art. 37, VI, da CF, que a decisão atacada equiparou o subsídio do recorrido ao dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que é vedado constitucionalmente e que a garantia à irredutibilidade da remuneração dos servidores não é absoluta.

Refere, por fim, que o decidido aumenta benefício previdenciário sem contribuição ou previsão orçamentária para tanto, violando o sistema previdenciário constitucional.

Por tudo, requer a reconsideração da decisão prolatada, ou não sendo o caso, a remessa do recurso ao órgão competente, para provimento.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

O Estado de Mato Grosso do Sul, incoformado com a decisão que determinou o pagamento dos proventos de aposentadoria ao agravado, com valor equivalente ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, interpõe o presente agravo regimental.

O acórdão concessivo da segurança restou assim ementado:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SUBSÍDIO DE DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL APOSENTADO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PRELIMINAR REJEITADA – ISONOMIA COM O SUBSÍDIO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SEGURANÇA CONCEDIDA.*
>
> *1. A incidência ou não do subteto constitucional sobre a soma total dos proventos da inatividade de Defensor Público constitui o próprio mérito do mandamus, e é evidente o interesse processual do impetrante afastá-lo, se for reconhecido sua inaplicabilidade, razões pelas quais fica rejeitada a preliminar de inadequação da via eleita.*
>
> *2. "Se o Supremo Tribunal Federal excluiu o subteto dos Magistrados Estaduais, igual direito assiste aos Defensores Públicos, já que estão, de igual modo, vinculados ao subsídio percebido pelos Desembargadores dos Tribunais de Justiça, consoante dispõe a parte final do art. 37, XI, da CF, impõe-se a concessão da ordem." (TJMS, Mandado de Segurança n. 2007.007436-7)*
>
> *Assegurada ao Defensor Público Estadual a isonomia com o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, infere-se a incidência da rubrica "dedução de limite constitucional" sobre os proventos de sua aposentadoria, para reduzi-los a 90,25% do aludido subsídio, caracteriza ato abusivo e violador do direito líquido e certo de receber na íntegra a remuneração.*

Veja que no *mandamus*, afastou-se dos proventos do impetrante a redução intitulada "dedução de limite constitucional", para garantir a ele o direito de perceber o valor que recebia antes da sua aposentadoria, equivalente ao subsídio dos Ministros do STF.

E assim, conferiu ao agravado direito adquirido, o qual não pode ser reduzido por lei posterior, sob pena de flagrante ofensa ao princípio constitucional em voga, afinal, os proventos da inatividade do servidor público regulam-se pela lei vigente à época do fato, seguindo a máxima do *tempus regit actum*.

Além disso, no remédio heróico, ficou expressamente vedada a redução do subsídio do impetrante ao patamar de 90,25% do referido.

E é justamente isso que a novel lei estadual n. 4.445/13 fez, submetendo, por forma transversa, os membros da Defensoria Pública Estadual ao subteto da remuneração, com a roupagem de nova fixação de vencimentos.

E desse modo, a decisão ora atacada em momento algum extrapolou os limites do acórdão concessivo da segurança ou feriu a coisa julgada, ao contrário, garantiu que o correto implemento da ordem não fosse posto de lado em detrimento das ilegalidades praticadas pelo impetrado.

Não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal decidiu em sede de Medida Cautelar na ADI 3854, excluir a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto remuneratório, porque uno é o Poder Judiciário, não permitindo a distinção entre a magistratura federal e a magistratura estadual (ADI n° 3854 MC-DF, Rel. Min. César Peluso, DJ de 29-6-2007, p. 22).

Dessa forma, consagrando o princípio da isonomia, a decisão de efeito *erga omnes* foi estendida aos Defensores Públicos, assegurando a eles, em igualdade de condições, os subsídios percebidos pelos membros da Magistratura.

Nesse diapasão, aos Defensores Públicos de 2ª Instância aplica-se o teto remuneratório dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, que por sua vez, é o mesmo conferido aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, *ex vi* do art. 37, XI, da CF, direito este líquido e certo.

E mais, havendo majoração do subsídio dos primeiros, aos segundos automaticamente também deverão incidir o aumento.

Conclusão disso, é que o subsídio mensal do agravado deve corresponder ao subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sem que isso acarrete qualquer ofensa à preceito constitucional.

Ao contrário, trata-se de aplicação do princípio da isonomia e cumprimento de ordem mandamental que está sendo descumprida, e não de ofensa ao princípio da separação dos poderes e da iniciativa legislativa do chefe do poder executivo, pois não há falar em atuação legislativa por parte do Poder Judiciário, para aumento de vencimentos.

Da mesma forma, não se está transgredindo o disposto no art. 37, VI, da CF, tampouco violando o sistema previdenciário constitucional.

Por tudo, tenho que os argumentos lançados pelo Estado de Mato Grosso do Sul não rescidem os fundamentos lançados na decisão atacada, os quais mantenho.

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. Joenildo de Sousa Chaves

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 13 de agosto de 2014.

***

Órgão Especial
Agravo Regimental n. 0007792-54.2007.8.12.0000/50001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM PRECATÓRIO DE REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO – ATUALIZAÇÃO DO CRÉDITO – ART. 100, § 12 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – JUROS MORATÓRIOS – SÚMULA VINCULANTE Nº 17 STF.

Se a decisão que originou o precatório tiver trânsito em julgado anterior à Súmula Vinculante n. 17, os juros de mora devem incidir no período orçamentário, haja vista que as súmulas vinculantes possuem efeitos "*ex nunc*", salvo se houver ressalvas quanto aos seus efeitos.

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 negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Declarou-se seu impedimento o Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 16 de julho de 2014.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo regimental contra a decisão de f. 98-101.

Aduz o agravante que permanecem em vigência os parâmetros definidos no § 12 do art. 100 da Constituição Federal, ante a falta de modulação de efeitos das decisões proferidas nas ADIs n. 4425 e n. 4357, que declararam inconstitucional parte da EC 62/2009. Alega ainda que a decisão vergastada afronta à Lei 9.868/99 e à Resolução n. 115 do CNJ.

Por fim, sustenta que os juros de mora devem ser excluídos dos cálculos em razão da dicção da Súmula Vinculante do STF n. 17. Levantou que a edição desta súmula se deu em razão da repercussão geral sobre a matéria confirmando o posicionamento consagrado pela Corte Suprema e por isso seus efeitos alcançam as decisões proferidas em data anterior à sua publicação.

Considerando a retratação nos autos principais no que tange aos parâmetros de cálculo definidos pela Emenda Constitucional 62/2009, submeta-se o recurso a apreciação do Colegiado quanto aos argumentos afetos aos juros moratórios.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão de f. 98-101 que indeferiu a impugnação apresentada pelo recorrente. O agravante sustenta que permanecem em vigência os parâmetros definidos no § 12 do art. 100 da Constituição Federal, ante a falta de modulação de efeitos das decisões proferidas nas ADIs 4425 e 4357 que declararam inconstitucional parte da EC 62/2009. Aduz ainda que os juros de mora devem ser excluídos dos cálculos em razão da dicção da Súmula Vinculante do STF n. 17. Levantou que a edição desta súmula se deu em razão da repercussão geral sobre a matéria confirmando o posicionamento consagrado pela Corte Suprema e por isso seus efeitos alcançam as decisões proferidas em data anterior à sua publicação.

Após bem ver e ponderar o caso, com esteio no art. 779 do Regimento Interno deste Tribunal reconsiderei o entendimento no que tange a modulação de efeitos da EC 62/2009, acolhendo os argumentos do agravante nessa parte.

Em razão disso, passa-se à análise do pedido de exclusão dos juros moratórios.

Primeiramente registre-se que o presente recurso é tempestivo, motivo porque passo a conhecê-lo.

Aduz a fazenda pública estadual que os juros moratórios devem ser excluídos do período orçamentário em vista do enunciado da Súmula Vinculante n. 17 do STF. Afirma que a edição desta súmula advém do posicionamento reiterado da Corte Suprema de que os juros moratórios não incidem no "período de graça" previsto no § 1º do art. 100 da CF, razão pela qual seus efeitos podem alcançar decisões pretéritas à sua publicação.

Evidentemente, as súmulas vinculantes originam-se de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional questionada, contudo tal argumento não se mostra robusto o bastante para abarcar o entendimento de que possui eficácia retroativa.

Diga-se que as súmulas vinculantes têm por escopo sanar as controvérsias quanto à matéria constitucional que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

No que se refere à eficácia no tempo, em regra seus efeitos são imediatos podendo ser restringidos por decisão de 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, sendo publicada súmula de conteúdo vinculante automaticamente vincula o Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, observando-se o trânsito em julgado das decisões.

Quanto ao tema, vale trazer à baila a explicação dada pelos Ministros Ayres Britto e Celso de Mello em entrevista após a publicação das primeiras súmulas vinculantes:

> *"Decisões ainda não proferidas (em instâncias inferiores) terão que instantaneamente se amoldar, se afeiçoar ao que decidido por cada súmula", afirmou o ministro Carlos Ayres Britto. Ele ressaltou que se algum tribunal não seguir o entendimento da súmula caberá então uma reclamação ao STF, "por que diz respeito à autoridade da nossa decisão". O ministro ressaltou, no entanto, que se houver alguma decisão com trânsito em julgado, não há o que se fazer. "Mas se houver algum recurso pendente, a decisão do recurso já seguirá o conteúdo da súmula". [...]*
>
> *Celso de Mello confirmou o que havia dito o ministro Carlos Ayres Britto, de que as súmulas vinculantes não têm efeito retroativo. Segundo Celso de Mello, os verbetes passam a vigorar – considerada a matéria nela veiculada – a partir da data da sua publicação em dois órgãos oficiais, no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União. "A partir desta publicação, os efeitos vinculantes passam a obrigar", concluiu. "*

Outrossim, observa-se que não houve ressalva na Proposta de Súmula Vinculante n. 32, que deu origem ao enunciado 17, quanto aos efeitos retroativos ou futuros da súmula, motivo pelo qual aplica-se a regra geral. Logo, considera-se os efeitos a partir da data da publicação, isto é, 10/11/2009.

O agravante levanta em seu expediente o argumento de que é aplicável no caso os precedentes utilizados para elaboração da SV n. 17, porém olvidou-se quanto aos efeitos do trânsito em julgado da decisão exequenda.

Observa-se que a decisão que originou o presente precatório transitou em julgado em data anterior à publicação da súmula n. 17 (10/11/2009) e portanto seu verbete não pode afetar este feito, em vista da superioridade da coisa julgada.

De outro vértice, o teor da súmula 17 não é claro quanto à não incidência dos juros moratórios no período da graça, caso não haja o pagamento nesse período, tanto é que por razões lógicas o Governo do Estado de São Paulo apresentou no Supremo Tribunal Federal a proposta de Súmula Vinculante n. 59, a fim de revisar os termos da PSV n. 17, que versa sobre a não incidência de juros de mora no período previsto no art. artigo 100, § 1.º da Constituição Federal, de maneira a sepultar dúvidas quanto à aplicação da Súmula nas hipóteses em que o pagamento extrapola o prazo constitucional.

Posto isso, nego provimento ao Agravo Regimental em apreço.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Declarou-se o impedimento do Des. Carlos Eduardo Contar.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 16 de julho de 2014.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1402902-43.2014.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NO CARGO DE TÉCNICO PENITENCIÁRIO – CANDIDATA PORTADORA DE ESCOLIOSE NA COLUNA GRAU "LEVE" – PROBLEMA DE SAÚDE QUE NÃO A INCAPACITA PARA AS FUNÇÕES INERENTES AO CARGO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE CONTINUAR REALIZANDO TODAS AS ETAPAS DO CERTAME – ORDEM CONCEDIDA.

Possui direito líquido e certo de continuar no certame, quando verifica-se que a exclusão da impetrante se deu por motivo que não a incapacita para o exercício das atividades inerentes ao cargo almejado, de modo que se o problema físico verificado (escoliose de grau leve) não afeta sua capacidade física e laborativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 7 de julho de 2014.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Carla Gameiro Alves impetra mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato que a considerou inapta no exame de saúde, antropométrico e clínico para permanecer no concurso público de provas e títulos para o cargo de técnico penitenciário, apontando como autoridades coatoras a Secretária de Estado de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul e outros.

Afirma que o desvio em sua coluna vertebral é considerado de grau leve, não reduzindo a sua capacidade ortopédica e de resistência física, não a impedindo de exercer a função de técnico penitenciário do quadro de pessoal da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN).

Argumenta que a Lei Estadual n° 2.518, de 25 de setembro de 2002 não definiu expressamente qual ou quais as condições que seriam consideradas como incapacitantes na fase de Exame de Saúde, Antropométrico e Clínico.

Salienta que foi avaliada por ortopedista e fisioterapeuta (Laudos - DOC. 12) e, pelas constatações no exame de Raio-X total da coluna provaram o desvio na coluna vertebral de grau leve, fato este que não compromete o desempenho da função a consolidação óssea e a normalidade dos movimentos e articulações.

Roga pela concessão da segurança.

A liminar foi deferida às fls.195-196.

Nas informações prestadas às fls. 210-231, o Estado de Mato Grosso do Sul suscitou, em preliminar, ausência de interesse de agir, por ausência de prova pré-constituída. No mérito, roga pela denegação da segurança, sob o fundamento de ausência de direito líquido e certo que ampare a pretensão da impetrante. Assevera que a Lei Estadual n.º 2.518/02 estabelece que o candidato ao cargo de técnico penitenciário tenha boa saúde física, para que seja avaliado e suporte o teste de aptidão física. Sustenta que a impetrante foi considerada inapta em decorrência de ter apresentado, no exame clínico, sintomas de escoliose, razão pela qual foi solicitado exame de Raio X de coluna, o qual não foi apresentado no prazo que lhe foi concedido.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da segurança.

VOTO (EM 02.06.2014)

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Carla Gameiro Alves impetra mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato que a considerou inapta no exame de saúde, antropométrico e clínico para permanecer no concurso público de provas e títulos para o cargo de técnico penitenciário, apontando como autoridades coatoras a Secretária de Estado de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul e outros.

Afirma que o desvio em sua coluna vertebral é considerado de grau leve, não reduzindo a sua capacidade ortopédica e de resistência física, não a impedindo de exercer a função de técnico penitenciário do quadro de pessoal da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen).

Argumenta que a Lei Estadual n° 2.518, de 25 de setembro de 2002 não definiu expressamente qual ou quais as condições que seriam consideradas como incapacitantes na fase de Exame de Saúde, Antropométrico e Clínico.

Salienta que foi avaliada por ortopedista e fisioterapeuta (Laudos - DOC. 12) e, pelas constatações no exame de Raio-X total da coluna provaram o desvio na coluna vertebral de grau leve, fato este que não compromete o desempenho da função a consolidação óssea e a normalidade dos movimentos e articulações.

Roga pela concessão da segurança.

A liminar foi deferida às fls.195-196.

Nas informações prestadas às fls. 210-231, o Estado de Mato Grosso do Sul suscitou, em preliminar, ausência de interesse de agir, por ausência de prova pré-constituída. No mérito, roga pela denegação da segurança, sob o fundamento de ausência de direito líquido e certo que ampare a pretensão da impetrante. Assevera que a Lei Estadual n.º 2.518/02 estabelece que o candidato ao cargo de técnico penitenciário tenha boa saúde física, para que seja avaliado e suporte o teste de aptidão física. Sustenta que a impetrante foi considerada inapta em decorrência de ter apresentado, no exame clínico, sintomas de escoliose, razão pela qual foi solicitado exame de Raio X de coluna, o qual não foi apresentado no prazo que lhe foi concedido.

A preliminar arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul, por se confundir com o mérito do *mandamus,* será com este analisada.

Ao que se extrai dos autos, a impetrante se inscreveu no concurso público estadual de provas e títulos, aberto através do Edital nº 001/2013 SAD/SEJUSP/AGEPEN, para concorrer ao cargo de Técnico Penitenciário. No certame, a impetrante obteve êxito na prova objetiva (1ª fase) e restou habilitada no exame psicotécnico (2ª fase), porém foi considerada inapta no exame de saúde (3ª fase), em virtude da constatação de que é portadora de "escoliose", razão pela qual foi excluída do certame.

A Lei n. 2.518/2002, com nova redação dada pela Lei n. 3.869/2010 prevê, *verbis:*

> *"Art. 10. O candidato habilitado nas fases que antecedem o Curso de formação, somente será matriculado, quando atendidos os seguintes requisitos:*
>
> *I - ser brasileiro;*
>
> *II - ter no mínimo vinte e um anos e no máximo quarenta completos;*
>
> *III - estar em gozo do direito público;*
>
> *IV - estar quites com as obrigações militares;*
>
> *V - ter procedimento pessoal irrepreensível e idoneidade moral inatacável;*
>
> *VI - ter boa saúde física e mental, comprovada em exame medico pericial oficial;*
>
> *VII - ter altura mínima de um metro e sessenta centímetros;*
>
> *VIII - satisfazer a habilitação exigida para exercício da respectiva função."*

Na mesma linha, o edital n. 1/2013- SAD/SEJUSPAGEPEN, também previu todos os critérios de admissão, em consonância com as disposições legais supracitadas, estipulando quais os exames que seriam realizados e quais as doenças que seriam consideradas incompatíveis com as funções desempenhadas pelos técnicos penitenciários.

O edital do certame em comento dispõe, em seu item 11.7.3.1, que são consideradas incapacitantes para o ingresso no cargo de Técnico Penitenciário, as seguintes condições:

> *(...)*
>
> *k) aparelho osteo-mio-articular: doença e anormalidades dos ossos e articulações, congênitas ou adquiridas, inflamatórias, infecciosas, neoplásicas e traumáticas; desvio ou curvaturas anormais e significativas da coluna vertebral; deformidades ou qualquer alteração na estrutura normal das mãos, e dos pé; próteses cirúrgicas e sequelas de cirurgia; e, ainda, no caso de pé plano e curvatura discreta da coluna vertebral, poderá ser solicitado parecer especializado para avaliação de sintomas, distúrbios funcionais, orgânicos e vício postural; (...)".* (fl. 69) (grifei).

Como menciona a i. Procuradora de Justiça à f. 240, *"..não há falar que o ato combatido encontra-se respaldado pelo princípio da legalidade, uma vez que, embora as disposições normativas prevejam a realização de exames clínicos para a aferição das condições físicas e mentais do candidato, o edital, ao especificar quais doenças estariam aptas a desclassificar o candidato, previu, com relação ao desvio de coluna, apenas curvaturas anormais e significativas.*

In casu, através de laudo médico apresentado pela impetrante (f.174), bem como teste de avaliação física particular, denota-se que se trata escoliose de grau "leve", em nada a impedindo de exercer quaisquer atividades laborais ou físicas.

Assim, verifica-se que a exclusão da candidata se deu por motivo que não a incapacita para o exercício das atividades inerentes ao cargo almejado, de modo que se o problema físico verificado (escoliose de grau leve) não afeta sua capacidade física e laborativa, conclui-se que a declaração de inaptidão no exame de saúde foi equivocada e desarrazoada.

Em caso semelhante este relator já consignou:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – AFASTADA – MÉRITO – CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA O CARGO DE TÉCNICO PENITENCIÁRIO – CANDIDATO CONSIDERADO INAPTO NA TERCEIRA FASE – EXAME DE SAÚDE – PRESENÇA DE ESCOLIOSE CONSTATADA PELA JUNTA MÉDICA OFICIAL – PREVISÃO EDITALÍCIA CONSIDERANDO INAPTO TODOS OS CANDIDATOS PORTADORES DE DESVIO ACENTUADO DE COLUNA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – EXAME DE SAÚDE PARTICULAR QUE ATESTA SER DE GRAU LEVE A ESCOLIOSE DO AUTOR – APTIDÃO FÍSICA E MÉDICA PARA O CARGO AFERIDA – CANDIDATO APROVADO QUE JÁ TOMOU POSSE – AVALIAÇÕES EXCELENTES EM ESTÁGIO PROBATÓRIO – CONTROLE DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PELO JUDICIÁRIO – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.*
>
> *O inciso I do art. 330 da lei adjetiva autoriza o magistrado a julgar o mérito de forma antecipada, quando a matéria for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir novas provas, sob pena de prejuízo para a celeridade do processo.*
>
> *Quando a Constituição Federal estabelece que qualquer requisito que restrinja o acesso ao cargo público esteja estabelecido em lei, está se reportando à lei em sentido formal, não sendo suficiente, para tanto, mera previsão em norma infralegal ou mesmo no edital do certame. Assim, a simples previsão no edital do certame de norma restritiva de acesso ao cargo público, sem qualquer suporte legal, deve ser considerada como ofensiva ao princípio da legalidade.*
>
> *O Poder Judiciário exerce o controle judicial sobre os atos administrativos do Poder Executivo, porém a sua competência restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade, sem adentrar no mérito administrativo, ou seja, na conveniência, oportunidade ou eficiência do ato, constatação esta que somente cabe ao Poder Executivo."* (AP 0051392-25.2007.8.12.0001 - Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro).

No mesmo sentido:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE GOIÁS DE OFICIAIS DA SAÚDE. CANDIDATO INAPTO NA AVALIAÇÃO MÉDICA. PORTADOR DE ESCOLIOSE NA COLUNA. PROBLEMA DE SAÚDE QUE NÃO O INABILITARA PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE MÉRITO PSIQUIATRA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE CONTINUAR REALIZANDO TODAS AS ETAPAS DO CERTAME. 1. É ato ilegal e arbitrário da autoridade coatora a exclusão do impetrante do concurso por ser portador de desvio na coluna, quando as provas colacionadas no mandado de segurança conclui que a escoliose apresentada é de grau leve e não o impede de desempenhar as atribuições do cargo público pretendido de médico psiquiatra. 2. Tendo em vista que o impetrante já foi aprovado em várias etapas, inclusive avaliação de aptidão física e reúne todas as condições físicas*

compatíveis com as atribuições para o cargo de médico, tem o direito líquido e certo de continuar no certame, não devendo ser desclassificado por este motivo. Mandado de segurança concedido". (TJGO; MS 0375928-04.2013.8.09.0000; Goiânia; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Gilberto Marques Filho; DJGO 17/03/2014; Pág. 214)

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Diante do exposto, com o parecer, concedo a segurança pleiteada, a fim de ratificar a liminar concedida inicialmente, que permitiu à impetrante de prosseguir no Concurso Público de Provas e Títulos para o Provimento do Cargo de Técnico Penitenciário do Quadro de Pessoal da Agência estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN).

Sem sucumbência, nos termos legais e sumular.

Adiada a conclusão do julgamento em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sérgio), após o relator conceder a segurança. os demais aguardam.

VOTO (EM 07.07.2014)

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

Carla Gameiro Alves impetra mandado de segurança contra ato que a considerou inapta no Exame de Saúde, Antropométrico e Clínico para permanecer no concurso público de provas e títulos para o cargo de técnico penitenciário, apontando como autoridades coatoras a Secretária de Estado de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul e outros.

A impetrante afirma, em suma, que (I) o desvio em sua coluna vertebral é considerado de grau leve, não tendo, portanto, o condão de reduzir a sua capacidade ortopédica e de resistência física, razão pela qual está apta a exercer a função de Técnico Penitenciário do Quadro de Pessoal da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN); (II) a Lei Estadual n. 2.518, de 25 de setembro de 2002, não definiu expressamente qual ou quais as condições que seriam consideradas como incapacitantes na fase de Exame de Saúde, Antropométrico e Clínico; e (III) foi avaliada por ortopedista e fisioterapeuta (Laudos - DOC. 12) e as constatações do exame de Raio-X total da coluna provaram a ocorrência de desvio na coluna vertebral de grau leve, fato este que não compromete o desempenho da função pública pretendida.

Ao final, requer a concessão de segurança.

O relator, Des. Paschoal Carmello Leandro, concedeu a segurança, reconhecendo a ilegalidade do ato administrativo que eliminou a impetrante do certame para o cargo de Técnico Penitenciário.

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

Peço vênia ao relator para divergir e denegar a segurança impetrada.

De pronto, verifico que a declaração de inaptidão da candidata impetrante para o cargo de agente penitenciário encontra-se de pleno acordo com as regras previstas no Edital do certame e, ainda, amolda-se à legislação de regência da matéria.

Com efeito, não se afigura plausível, ao menos em sede de mandado de segurança, lançar qualquer afirmação em sentido contrário às conclusões da Junta Médica Admissional, em especial porque o tema versa exclusivamente sobre conhecimentos médicos de cunho eminentemente científico.

Ressalto, ademais, que, pela descrição das atividades a ser desempenhadas pela impetrante, evidente que as mesmas exigem grandes esforços físicos, próprios das funções de agente penitenciário.

O agente penitenciário tem funções abrangentes, as quais demandam plena capacidade física, decorrentes até mesmo do local da prestação do serviço, onde há indiscutivelmente riscos inerentes à atividade, tanto que, costumeiramente, recebem adicional de periculosidade.

O que importa é que a Administração, tendo em vista a admissão de servidores/empregados públicos, tem o dever de admitir no seu quadro aqueles que estejam absolutamente aptos para o trabalho exigido, evitando aposentadorias por invalidez precoce.

Por tais razões, denego a segurança impetrada.

Nesse sentido, eis a jurisprudência deste Tribunal, em caso análogo:

> *MANDADO DE SEGURANÇA INÉPCIA DA INICIAL INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA DECADÊNCIA CONCURSO PÚBLICO EXAME DE APTIDÃO FÍSICA PROVA PRÉ- CONSTITUÍDA.*
>
> *A petição inicial não pode ser considerada inepta mesmo que a parte a ela agregue fato incompatível com o pedido, mas, no conjunto, a este se amolda à causa de pedir.*
>
> *A necessidade da produção de provas para demonstração do direito líquido e certo leva à denegação da segurança e não à extinção do processo, pura e simplesmente.*
>
> *Ficando patenteado na inicial que a parte impetrante não se insurge contra a exigência do exame de aptidão física como requisito para a posse no cargo público, mas sim com o resultado deste, fica afastada a alegação de decadência tendo como marco inicial a divulgação do edital do concurso, devendo ser considerado o dia em que a perícia admissional foi realizada.*
>
> *Pondo-se as autoridades impetradas em termos com as normas do edital do concurso e, assim, agindo consoante as regras previamente estabelecidas, não há falar em violação de direito líquido e certo.*
>
> *Não se afigura plausível no âmbito do mandado de segurança lançar afirmação em sentido contrário às conclusões da Junta Médica Admissional, em especial por se referir a tema exclusivamente da Medicina, que requer conhecimento científico.*
>
> *A elucidação da controvérsia assim deflagrada reclama a intervenção de experts no assunto, na perspectiva do que contêm os arts. 145 a 147, do CPC*[1]. (Destaquei)

Ante o exposto, peço vênia ao relator para divergir e denegar a segurança impetrada.

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (3º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (4º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

1 Mandado de Segurança - N. 2006.010905-2/0000-00 - Capital. Relator - Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, concederam a segurança, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

Campo Grande, 07 de julho de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0003463-28.2010.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO – DETERMINAÇÃO DE DESBLOQUEIO DE MATRÍCULA – SERVIÇO NOTARIAL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – ACOLHIDA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – RECURSO PROVIDO.

A jurisprudência do STF e STJ encontra-se pacificada no sentido de que, em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do art. 236 da Constituição Federal, a responsabilidade do serventuário titular de cartório e registro extrajudicial é objetiva.

O Estado responde subsidiariamente tão somente em caso de insolvência do devedor principal, razão pela qual é evidente a sua ilegitimidade passiva para compor a lide.

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, 19 de agosto de 2014.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Cuida-se de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença (fls. 447-453) que julgou procedente a ação anulatória de ato jurídico com pedido de tutela antecipada ajuizada por Mauro Terracini e outro.

O apelante assevera, em suma, que:

> *Para a caracterização da responsabilidade extracontratual do Estado, imprescindível que o ato ou omissão causador do dano suportado pelo particular tenha sido praticado por agente público agindo nessa qualidade (f. 464).*
>
> *Levando-se em consideração essa idéia, não há que se falar em dano causado pelo Estado no caso sub examine, por conta de omissão praticada pela oficiala do registro de imóveis desta Comarca, já que, em nenhum momento houve a participação direta de servidores públicos (f. 464).*
>
> *(...) ainda que qualquer ato indenizável tenha sido praticado pelo serviço registral, o que não se vislumbra por hora, certo é que o Estado de Mato grosso do Sul não pode ser*

responsabilizado na forma como requerida pela autora, porquanto o tabelião e oficial de registro não podem ser considerados agentes ou servidores públicos, nem como per5tencente aos quadros da administração estatal. Seria possível, sim, falar-se em responsabilidade do próprio oficial de registro ou cartório, igualmente pleiteada nos presentes autos (f. 464).

(...) não se pode admitir que, ao delegar um serviço público ao particular em colaboração com o Estado, esteja-se privatizando os lucros decorrentes deste apenas ao particular e socializando os prejuízos inerentes a essa atividade entre o particular e o Poder Público (f. 467).

(...) sendo o registrador prestador de serviço público em razão de delegação do Poder Público, o legislador constitucional reservou-lhe dispositivo específico (art. 236), e, no que se refere à responsabilidade patrimonial, consta no art. 22 da Lei n. 8.935/1994 (lei regulamentadora dos serviços notariais e de registro) que ela será direta e objetiva, nos mesmos moldes dos demais prestadores de serviços públicos, já que não faria sentido a alteração do regime constitucional de responsabilidade adotado para o Estado (art. 37, § 6º, da CF) somente pelo fato de estar o serviço público sendo executado por particular (f. 469).

Em que pese a doutrina tradicional considerar a falta de uma condição da ação como uma questão somente processual, que resulta na extinção do processo sem resolução de mérito, a doutrina moderna, com base na teoria da asserção, tende a reconhecer que a inexistência de uma condição da ação também é uma questão de mérito e a consequência seria a extinção do processo com resolução de mérito, ou seja, a prolação de uma sentença de improcedência da ação (f. 470).

Apenas subsidiariamente poder-se-ia cogitar de responsabilidade do Estado. Vale dizer: somente haveria responsabilização do Estado, caso fosse esgotado o patrimônio e as forças da pessoa delegada sem que o particular lesado fosse integralmente reparado (f. 475).

Portanto, o dano foi causado unicamente pelo serviço registral, o que ainda depende de prova, o registrador ou notário deve ser o responsável direto e principal pelos danos causados aos usuários do serviço, tendo em vista que suas atividades são realizadas em caráter provado, por sua conta e risco (f. 476).

Sendo assim, não deve ser o Estado de Mato Grosso do Sul ser condenado ao pagamento de quaisquer verbas honorárias, não havendo que se falar em sucumbência do Estado, mas tão somente do CRI e até dos autores que, ao longo do processo, mudaram seu pleito inicial e para regularizar a matrícula, apresentaram escritura pública retificadora da área (f. 480).

Ao final, requer:

"(...) dignem-se Vossas Excelências de conhecer e dar provimento ao presente recurso, para o fim de: 1. Que seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul; 2. Que seja reformada a sentença se excluir Estado de Mato Grosso do Sul da lide, e julgar improcedentes os pedidos em face do Estado de Mato Grosso do Sul, e apenas subsidiariamente, requer-se que seja condenado, não solidariamente, mas subsidiariamente à oficiala do CRI, bem como seja reduzido o valor dos honorários para no máximo R$ 2.000,00; 3. Emitir juízo de prequestionamento expresso e numérico dos dispositivos legais e constitucionais mencionados neste feito; (...)" (f. 484).

Devidamente intimados, os apelados apresentaram contrarrazões (fls. 491-506).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator).

Cuida-se, como relatado, de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença (fls. 447-453) que julgou procedente a ação anulatória de ato jurídico com pedido de tutela antecipada ajuizada por Mauro Terracini e outro.

A sentença, naquilo que interessa à solução da lide, foi vertida nos seguintes moldes:

> *(...) Por derradeiro, inconteste a verossimilhança do direito alegado bem como o elevado perigo de dano de difícil reparação envolvido na presente demanda, é o caso de antecipação dos efeitos da tutela pretendida para o imediato desbloqueio de matrículas.*
>
> *Por todo o exposto, julgo procedente a presente demanda e antecipo os efeitos da tutela pretendida, para determinar o imediato desbloqueio das matrículas n. 21.768 e 29.657, bem como de todas aquelas destas originárias, determinando, para tanto, o registro da escritura pública juntada às fls. 403-404 no bojo das transcrições n. 3648 e 4867 e matrícula n. 1269.*
>
> *Considerando o princípio da causalidade, eis que a presente demanda é fruto de um equívoco do ofício de registro de imóveis, estando isento das custas processuais, condeno o Estado de Mato Grosso do Sul, bem como o cartório de registro de imóveis desta Comarca, na pessoa de sua oficiala ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono do autor que, em atenção aos trabalhos realizados, especialmente o esforço em detectar a origem do equívoco para a regularização não só dos imóveis do seu cliente, mas também de dezenas de matrículas envolvidas no presente litígio, bem como o valor atribuído à causa, com fulcro no artigo 20, §3º e 4º do CPC, em R$ 15.000,00.*
>
> *Para cumprimento da decisão oficie-se o cartório de registro de imóveis com cópia da escritura pública de fls. 403-404 e da presente decisão.*
>
> *Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no artigo 269, inc. I, do CPC (fls. 452-453).*

O Estado de Mato Grosso do Sul ora apelante insurge-se contra a noticiada sentença, alegando, em suma que I) é parte ilegítima, devendo ser excluído da lide e; II) apenas subsidiariamente, requer-se que seja condenado, não solidariamente, mas subsidiariamente à oficiala do CRI, bem como seja reduzido o valor dos honorários para no máximo R$ 2.000,00.

Preliminar de ilegitimidade passiva

A preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Estado de Mato Grosso do Sul deve ser acolhida.

Com efeito, o art. 236, *caput,* do CPC estabelece que "*os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público."* Destarte, tendo em vista que tais serviços são exercidos por delegação do Poder Público, o Estado deve ser responsabilizado apenas subsidiariamente por eventuais danos causados pelos notários e oficiais de registro público.

Outrossim, a Lei n. 8.935/1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, e que dispõe sobre serviços notariais e de registro, estabelece que:

> *Art. 22. 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 jurisprudência do STF e STJ, por seu turno, é pacífica no sentido de que, em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do artigo 236 da Constituição Federal, a responsabilidade do serventuário titular de cartório e de registro extrajudicial é objetiva, sendo que o Estado responde subsidiariamente, isto é, apenas e tão somente em caso de insolvência do devedor principal.

Portanto, a responsabilidade civil e criminal dos notários e oficiais de registro em relação aos atos próprios das serventias é direta, inexistindo responsabilidade solidária do Estado de Mato Grosso do Sul pela prática de tais atos. A responsabilidade do ente público, nesse caso, repita-se, é apenas subsidiária.

Assim, em um primeiro momento, os autores ora apelados devem buscar o ressarcimento pelo prejuízo que afirmam ter sofrido diretamente do agente delegado e, somente na hipótese de insolvência do mesmo, o que deverá ser verificado por ocasião do cumprimento de sentença, é que poderão buscar a reparação junto ao ente estatal.

Nesse sentido, eis a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *ADMINISTRATIVO. DANOS MATERIAIS CAUSADOS POR TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. ATIVIDADE DELEGADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO.*
>
> *1. Hipótese em que o Tribunal de origem julgou procedente o pedido deduzido em Ação Ordinária movida contra o Estado do Amazonas, condenando-o a pagar indenização por danos imputados ao titular de serventia.*
>
> *2. No caso de delegação da atividade estatal (art. 236, § 1º, da Constituição), seu desenvolvimento deve se dar por conta e risco do delegatário, nos moldes do regime das concessões e permissões de serviço público.*
>
> *3. O art. 22 da Lei 8.935/1994 é claro ao estabelecer a responsabilidade dos notários e oficiais de registro por danos causados a terceiros, não permitindo a interpretação de que deve responder solidariamente o ente estatal.*
>
> *4. Tanto por se tratar de serviço delegado, como pela norma legal em comento, não há como imputar eventual responsabilidade pelos serviços notariais e registrais diretamente ao Estado.* ***Ainda que objetiva a responsabilidade da Administração, esta somente responde de forma subsidiária ao delegatário, sendo evidente a carência de ação por ilegitimidade passiva ad causam.***
>
> *5. Em caso de atividade notarial e de registro exercida por delegação, tal como na hipótese, a responsabilidade objetiva por danos é do notário, diferentemente do que ocorre quando se tratar de cartório ainda oficializado. Precedente do STF. 6. Recurso Especial provido.*[1] (Grifei)

No mesmo sentido, eis a jurisprudência pátria:

> *ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA E REGISTRO - RESPONSABILIDADE PRINCIPAL DO TITULAR DO SERVIÇO NOTARIAL - INEXISTÊNCIA DE SOLIDARIEDADE ENTRE O NOTÁRIO E O ESTADO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE ESTATAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA - DENUNCIAÇÃO À LIDE - DESCABIMENTO - EXCLUSÃO DA LIDE DO ESTADO DE MINAS GERAIS - COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS CÍVEIS DA UNIDADE RAJA GABAGLIA. 1. Os serviços notariais são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, não cabendo, em princípio, a responsabilização do Estado por atos de tabeliães que causem*

1 REsp 1087862/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 19/05/2010.

> *danos a terceiros,* ***até porque sua obrigação é subsidiária, em caso de insolvência do principal devedor. 3. Segundo o art. 22 da Lei 8.935/94, que regulamenta o citado art. 236 da CF, 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. 4. Na mesma linha, prescreve o art. 38 da Lei nº 9.492/97, que os tabeliães são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente. 5. Assim, a responsabilidade é do titular do cartório. 6. Excluído o ente público do pólo passivo da lide,*** *e afastada a denunciação da lide, o feito deve ser redistribuído a uma das Câmaras de Direito Privado da Unidade Raja Gabaglia, para o julgamento da apelação interposta pelo primeiro réu.*[2] (Grifei)

Anote-se, por fim, que a condenação imposta na sentença determinando o desbloqueio das matrículas, bem como que se proceda o correto registro das escrituras é de competência tão-somente da titular do Cartório de Registro de Imóveis e não do Estado de Mato Grosso do Sul, o qual, a toda evidência, é incompetente para proceder as devidas regularizações impostas pelo juízo de piso.

Destarte, é manifesta a ilegitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul para compor o polo passivo da lide.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva, excluindo-o do polo passivo da presente demanda.

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. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 19 de agosto de 2014.

***

2 TJ-MG - AC: 10702010055326001 MG , Relator: Raimundo Messias Júnior, Data de Julgamento: 13/08/2013, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/08/2013.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0042657-03.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA CUMULADA COM PRECEITO CONSTITUTIVO DE DIREITO E CONDENATÓRIA EM DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES – DECADÊNCIA – PREJUDICIAL AFASTADA – AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO – ALEGAÇÃO REJEITADA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – EXCESSO DE ENCARGOS CONTRATUAIS – INOCORRÊNCIA – SENTENÇA CONFIRMADA.

A inexistência de tese de coação na petição inicial afasta a incidência do prazo decadencial previsto no art. 178, I, do Código Civil de 2002.

Atende às disposições dos arts. 300 e 301 do Código de Processo Civil o réu que, na contestação, suscita preliminar e combate os argumentos jurídicos da parte autora, embora deixe de se opor especificamente aos fatos históricos narrados por esta.

Não é possível fazer incidir a responsabilidade objetiva se, das alegações da autora/apelante, infere-se que seu inconformismo não decorre do risco da atividade, mas da conduta negligente do réu/apelado, acarretando, necessariamente, a aferição de ocorrência de dolo ou culpa.

A responsabilidade objetiva preconizada pelo art. 12 do Código de Defesa do Consumidor não se verifica quando as partes firmam cédula rural para a empresa contratante adquirir matéria prima e máquinas ou para capital de giro de modo a fomentar sua atividade industrial/comercial. Tampouco se aplica a lei consumerista a contratos celebrados antes da edição do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade civil decorre da existência de quatro elementos: a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. A ausência da alegada omissão do réu, de sua culpa ou dolo e a inexistência de relação de causalidade obstam a condenação do requerido a indenizar o dano.

São admissíveis juros remuneratórios de 10% ao ano em contratos vinculados ao Programa Nacional de Assistência à Agroindústria (PRONAGRI) celebrados em julho de 1987, consoante estabelece a Resolução n. 1.132, de 15.5.1986, editada pelo Banco Central do Brasil.

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, 21 de outubro de 2014.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Massa Falida da Sepaco Ltda., na ação ordinária cumulada com preceito constitutivo de direito e condenatória em danos materiais, morais e lucros cessantes que move em face do Banco do Brasil S.A., apela contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Após historiar os fatos relativos ao financiamento que obteve do Banco e à sua quebra, a apelante sintetiza que "o fato gerador que fundamenta o pedido de indenização feito pelo autor ao réu é que o Banco do Brasil, ao optar pela concessão de financiamento para a instalação do complexo industrial da Sepaco o fez de forma irregular, retardando a liberação de recursos e impondo condições e encargos superiores ao permitido pela legislação que trata da matéria, como acima demonstrado, inviabilizando o fluxo de caixa da empresa desde o início, desconsiderando a formulação inicial assumida pela Instituição Financeira que não seria um mero agente financiador, mas sim parceiro na empreitada; quando, em momento seguinte, abandonou a parceria, furtando-se à assistência creditícia assumida, quebrou sponte sua o contrato e provocou danos às atividades da Empresa, que evoluiu vertiginosamente em direção ao decreto falimentar, a par de todo o sacrifício expendido por seu gestor." (f. 1704-5).

Alega que a perícia técnica realizada nos autos comprovou os fatos narrados, a cobrança de encargos em desacordo com os normativos do Manual de Crédito Agroindustrial, e que a demora na liberação dos recursos e a falta de atualização dos valores reduziu o crédito para meros 32,88% do empreendimento.

Afirma que a sentença não observou a falta de contestação e que, portanto, tornaram-se incontroversas as alegações feitas na petição inicial e que a sentença está equivocada no tocante ao retardamento da liberação do crédito por ato culposo ou doloso atribuível ao réu, ao limite de juros, à obrigação de indenizar em dobro e de recompor o patrimônio perdido da autora/apelante e sua renda nesses longos anos.

Requer seja reformada a sentença para reconhecer:

> *a) a inadimplência do banco apelado quanto ao descumprimento dos contratos e do definido no projeto do empreendimento, devendo restituir à apelante o saldo dos valores apurados pela perícia técnica contábil a ser elaborada como débitos e cobranças indevidas, que passam a ser apropriados como créditos da apelante;*
>
> *b) condenar o banco apelado a indenizar a apelante dos danos materiais constantes do valor que o empreendimento Sepaco foi avaliado para efeito de construção, devidamente atualizado desde sua implantação, ano 1987; lucros cessantes no valor constante do resultado líquido operacional previsto no projeto do empreendimento apresentado ao banco e por ele aceito desde a sua implantação até a data do efetivo pagamento, a ser apurado pelo Sr. Perito, danos morais conforme foi demonstrado nessa inicial, requerendo que o prejuízo material e o lucro cessante sejam os parâmetros que dê o norte para a fixação do dano moral, com as devidas correções da data do início da atividade até a presente data, levando-se em consideração a dor sofrida pelo antes bem sucedido empresário e hoje falido com a derrocada de um sonho que o próprio requerido atestou a viabilidade do empreendimento, pode ser medido pelo dobro do resultado do somatório do dano material e lucros cessantes;*
>
> *c) a ilegalidade da cobrança de todos e quaisquer encargos financeiros e de qualquer outra natureza e sob qualquer título, superiores ao limite máximo de 5% ao ano, conforme estabelece o manual de crédito agroindustrial determinando a devolução desses valores corrigidos e acrescido de encargos financeiros previstos nos instrumentos de crédito na modalidade inadimplência, que o apelado pretendeu impingir ao financiamento concedido;*

d) seja a diferença do item "c" creditada para a apelante a título de danos materiais, em dobro, corrigidos e acrescidos de encargos financeiros previstos nos instrumento de crédito na modalidade inadimplência, que o requerido pretendeu impingir ao financiamento concedido;

e) a condenação do banco requerido nas custas e em honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor da condenação.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Em contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator).

Francisco Antônio Maia da Cunha e sua esposa, Leila Pimenta da Cunha, posteriormente substituídos pela Massa Falida da Sepaco Ltda. mediante emenda à inicial, ajuizaram a presente ação ordinária c.c. preceito constitutivo de direito e condenatória em danos materiais morais e lucros cessantes em face do Banco do Brasil S.A., narrando que: I) desde 1975, o requerente conduzia a empresa Sepaco, especializada, pioneira e eficiente no ramo de sementes de pastagens, e deu o grande impulso à pecuária que levou o Estado de Mato Grosso do Sul a ser o detentor do maior rebanho bovino do Brasil por décadas; II) pela excelente qualidade, as sementes Sepaco atendiam a todo o Brasil e os países vizinhos; III) em 1981, adentrou no ramo de produção de sementes de soja, tendo sido selecionada pela Embrapa para fornecer 54 toneladas de sementes fiscalizadas de soja para atender às primeiras plantações de soja em solo boliviano, o que levou a Anapo – Associación Nacional de Produtores de Oleaginosas, a nomear a Sepaco fornecedora exclusiva dos agricultores daquela região até 1984, quando foi enviado o último pedido de 1.600 toneladas dessas sementes com muito bons resultados financeiros; IV) desde 1977, a Sepaco mantinha negócios com o apoio do Banco do Brasil S.A., que materializava os seus projetos, o que só era possível pelo fato de ser cumpridora de suas obrigações e gozar de ótimo conceito; V) logo, dizer que a falência teria decorrido de inaptidão gerencial é um absurdo; VI) em 1986 veio o Plano Cruzado; VII) em abril daquele ano, o proprietário da Sepaco, Sr. Francisco Antônio Maia da Cunha, interessou-se pela aquisição de novilhas PO da raça holandesa, que estavam à venda nos Estados Unidos por aproximadamente US$ 1.000,00 (mil dólares); VIII) em maio, o Sr. Francisco recebeu de um exportador criteriosamente selecionado, o Sr. Mário Strotter, a fatura pró-forma, que discriminava a intenção de venda de 300 novilhas holandesas PO, de 12 a 16 meses de idade, ao preço total de US$ 475.000,00 (quatrocentos e setenta e cinco mil dólares), já incluídos transporte e seguro; IX) nessa proposta oficial de venda, os 300 animais seriam transportados num único voo de um Boeing 747 até o aeroporto de Viracopos, uma vez que o aeroporto de Campo Grande, naquela época, não poderia receber aeronave desse porte; X) com esse projeto, a Sepaco buscou o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que estaria oferecendo financiamentos de 70% do valor do projeto, com 10 (dez) anos de prazo e 4 (quatro) anos de carência, com a finalidade de dinamizar a produção leiteira nacional; XI) tratava-se de política de abastecimento para estimular a produção de leite que, na vigência do Plano Cruzado, teve aumento de consumo gerado pelo congelamento de preços; XII) o requerente apresentou ao BNDES uma carta consulta em junho de 1986, propondo a implantação de uma granja leiteira para a produção e o processamento final de 18.000 litros de leite tipo "A" por dia, pois foi-lhe assegurado pelo gerente do Departamento de Agropecuária que todos os investimentos realizados e contabilizados com a finalidade de atender ao projeto, desde que não ultrapassassem o tempo máximo de 6 (seis) meses anteriores à data daquela carta consulta, entrariam como contrapartida de seus recursos próprios; XIII) diante dessa informação, o empresário iniciou a implantação do Projeto Sepaco Leite, valendo-se de seus recursos próprios, de modo que o desembarque dos animais adquiridos nos EUA deu-se nos dias 4, 8 e 12 de novembro de 1986, no aeroporto de Campo Grande; XIV) no dia 12 de dezembro de

1986, o Sr. Francisco recebeu comunicado do BNDES de que sua carta-consulta fora aprovada, à exceção das novilhas que, por serem importadas, não poderiam integrar o financiamento; XV) no mesmo dia, o empresário compareceu na Agência Centro do Banco do Brasil, onde recebeu proposta da gerência para redirecionar o projeto do BNDES para o Banco do Brasil S.A., com perspectivas de aprovação total do mencionado projeto no orçamento de fevereiro do ano seguinte; XVI) a empresa Sepaco deveria abandonar os projetos que tramitavam e estavam aprovados junto ao BNDES e migrar toda a operação para o Banco do Brasil S.A., cujo projeto, pelas dimensões e projeção nacional, eram de interesse do Banco para vincular sua imagem perante todo o País; XVII) isso efetivamente ocorreu, sendo que a empresa Sepaco Ltda. submeteu o projeto ao Banco do Brasil S.A., com a garantia das mesmas condições do BNDES de que os recursos aplicados pelo autor seriam considerados como a necessária contrapartida do empreendimento e rápida liberação; XVIII) tratava-se de projeto complexo, respaldado na importação de matrizes leiteiras de alto padrão racial, instalação de equipamentos modernos para beneficiamento e distribuição do leite produzido, afora inúmeros outros itens não menos importantes vinculados à viabilização do empreendimento; XIX) inclusive o projeto veio com a peça vestibular e as normas que regulam a Agroindústria, MCA, elencam uma infinidade de providências que o compõem – Carta-Circular n. 1.243, de 9.7.1985 – e que demonstram que a sua aprovação era garantia de rentabilidade e retorno caso fossem obedecidos os normativos pelo Banco do Brasil; XX) os normativos foram obedecidos integralmente, com observações atinentes ao projeto, que tramitou pela análise técnica na agência do Banco, Superintendência Regional de Operações, Diretorias de Crédito Rural e Industrial, e, finalmente, a Vice-Presidência de Operações, em Brasília, DF, tendo sido contratado o mútuo somente em julho de 1987, mas sem as necessárias correções dos valores orçados e com encargos totalmente dissociados da previsão contida no MCA, Carta-Circular n. 1.349, de 31.1.1986; XXI) o desajuste entre a data da proposição e a liberação dos recursos inviabilizou a atividade da empresa, sendo que houve a falta de atualização monetária dos valores constantes do projeto de implantação da indústria; XXII) não obstante os normativos e promessas relativos à observância dos prazos regulamentares e à correção monetária do montante, o processo alongou-se no tempo; XXIV) frente a essa emergência, e com o objetivo de não comprometer o calendário das obras projetadas, viu-se a empresa impelida a recorrer a fontes de recursos alternativos, invariavelmente com reposição a curto prazo e a custos financeiros não compatíveis com as receitas do empreendimento; XXV) após exaustivo e meticuloso exame da situação pelos técnicos analistas encarregados da missão, concluiu-se pela viabilidade de prosseguimento da assistência creditícia pelo Banco, não só em função das garantias constituídas como também da previsão de retorno dos créditos imprescindíveis à cobertura dos compromissos junto ao Banco, adicionados aos pactuados com diversas agências de bancos privados em razão do atraso na liberação dos recursos pelo Banco do Brasil, que ao final, para piorar, ainda liberou recursos em desacordo com o projeto, o que constitui infração à concessão do crédito do PRONAGRI; XXVI) ciente da revelada rentabilidade do empreendimento e diante da irregularidade na concessão do financiamento o Banco optou pela concessão de novo financiamento para integral cobertura dos dispêndios orçados e, ainda, saneamento do passivo da empresa; XXVII) a previsão deveria também cobrir a diferença dos encargos cobrados e correção monetária do período em que demorou a liberação dos recursos, levando a empresa a buscar recursos de terceiros, inviabilizando o fluxo de caixa previsto e suportável para o empreendimento; XXVIII) em 1990, a instituição financeira sofreu uma reformulação administrativa em que, no tocante aos negócios com a empresa Sepaco, passou a ter uma perceptível e injustificada antipatia pelo projeto Sepaco; XXIX) assim, a instituição financeira procedeu à interrupção da indispensável assistência creditícia (custeio pecuário e manutenção de equipamentos), ao arrepio da Lei n. 4.829/65, regulamentada pelo Decreto n. 58.380/66, registrando-se, por conseguinte, quebra unilateral de compromisso de parceria que o Banco houve por bem assumir, quando da concessão de financiamento para saneamento de passivo, com monitoramento a distância das atividades da Sepaco; XXX) a essa altura, o rebanho bovino já continha cerca de 700 matrizes leiteiras, aí incluídas as 300 cabeças, inicialmente importadas, e suas crias fêmeas, cujo valor de mercado se situava em mais ou menos US$ 4.000,00 (quatro mil dólares) por cabeça, à vista do elevado padrão racial dos animais; XXXI) apenas o valor global leiteiro (mais ou menos US$ 2.800.000) seria suficiente para cobrir integralmente as responsabilidades da empresa junto ao Banco do Brasil S.A., ao fim do ano de 1990; XXXII) e sem nenhuma razão o Banco optou por medidas tendentes à extinção da Sepaco.

"Em síntese," – resumiram os autores:

> *"O fato gerador que fundamenta o pedido de indenização feito pelo autor ao réu é que o Banco do Brasil, ao optar pela concessão de financiamento para a instalação do complexo industrial da SEPACO o fez de forma irregular, retardando a liberação de recursos e impondo condições e encargos superiores ao permitido pela legislação que trata da matéria, como acima demonstrado, inviabilizando o fluxo de caixa da empresa desde o início, desconsiderando a formulação inicial assumida pela Instituição Financeira que não seria um mero agente financiador, mas sim parceiro na empreitada; quando, em momento seguinte, abandonou a parceria, furtando-se à assistência creditícia assumida, quebrou sponte sua o contrato e provocou danos às atividades da Empresa, que evoluiu vertiginosamente em direção ao decreto falimentar, a par de todo o sacrifício expendido por seu gestor." (f. 21-2)*

Afirmaram terem direito de ser ressarcidos dos valores que dispenderam pela omissão do banco, que possibilitou a dilapidação de todos os seus bens e sua quebra; de ser indenizados pelo sofrimento decorrente da perda de todo o patrimônio; de receber lucros cessantes pela falência indevida da empresa; de haver em dobro os valores que lhes foram cobrados indevidamente; de ver todos os valores a serem devolvidos remunerados pelos mesmos juros cobrados pelo banco.

Ao final, requereram o julgamento de procedência para ser declarado via sentença:

> *a) a ilegalidade da cobrança de todos e quaisquer encargos financeiros e de qualquer outra natureza e sob quaisquer títulos, superiores ao limite máximo de 5% ao ano, conforme MCA inicialmente transcrito;*
>
> *b) a nulidade de todas as cláusulas contratuais dos instrumentos lavrados pelo financiamento concedido que não obedeceram o projeto do empreendimento e que afronta o MCA, no tocante aos normativos citados e outros que serão tratados em perícia, pelos vícios descritos nesta demanda, determinando a devolução desses valores, bem como os do item "a" corrigidos e acrescidos de encargos financeiros previstos nos instrumentos de créditos na modalidade inadimplência, que o requerido pretendeu impingir ao financiamento concedido.*
>
> *c) a necessária e imprescindível perícia contábil, por perito nomeado e de confiança desse d. Juízo, no que concerne às cédulas: 87/00786-X, 87/-2092-0 e 87/00788-6 para apuração dos reais valores disponibilizados e os constantes e previstos no projeto, desde seu protocolo, a fim de que a diferença seja creditada aos autores a título de danos materiais, em dobro corrigidos e acrescidos de encargos financeiros previstos nos instrumento de crédito na modalidade inadimplência, que o requerido pretendeu impingir ao financiamento concedido.*
>
> *d) depois de constatada a inadimplência do requerido, quanto ao descumprimento dos contratos e ao definido no projeto do empreendimento, que o requerido seja declarado inadimplente e que seja condenado a restituir aos autores o saldo dos valores apurados pela perícia técnica contábil a ser elaborada, relativo aos débitos e cobranças indevidas, que passam a ser apropriados como créditos dos autores, devidamente subtraídos os valores referentes aos pagamentos dos juros indevidos em compensação, bem como a indenização referente aos danos materiais constantes do valor que o empreendimento Sepaco foi avaliado para efeito de construção, devidamente atualizado desde sua implantação, ano 1987, lucros cessantes no valor constante do resultado líquido operacional previsto no projeto do empreendimento apresentado ao banco e por ele aceito desde a sua implantação até a data do efetivo pagamento, a ser apurado pelo Sr. Perito, danos morais conforme foi demonstrado nessa inicial, requerendo que o prejuízo material e o lucro cessante, sejam*

os parâmetros que dê o norte para a fixação do dano moral, com as devidas correções da data do início da atividade até a presente data, levando-se em consideração a dor sofrida pelo antes bem sucedido empresário e hoje falido com a derrocada de um sonho que o próprio requerido atestou a viabilidade do empreendimento, pode ser medido pelo dobro do resultado do somatório do dano material e lucros cessantes.

e) a conclusão da perícia, no sentido de esclarecer se o requerido obedeceu rigorosamente o projeto por ele aprovado e a concessão do respectivo financiamento pelo Pronagri em conformidade com o MCA.

f) a apuração do saldo devedor e, em se constatando crédito em favor dos autores, caracterizará o indébito, portanto, objeto de repetição, em dobro, acrescidos dos encargos financeiros de inadimplência, ou seja, os mesmos encargos que o banco praticou;

g) a condenação do banco requerido nas custas e em honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor da condenação que houver.

Na contestação, o Banco do Brasil S.A. suscitou preliminar de prescrição quanto ao suposto ato de coação. A seguir, defendeu-se argumentando que: I) o financiamento foi concedido pelo Banco do Brasil porque esse tipo de operação não poderia ser realizado diretamente com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, senão através de um banco estatal ou instituição financeira privada, já que o BNDES, além de não operar determinadas linhas de crédito no varejo (com o tomador final), não tem agências locais; II) devido às exigências legais para a implantação do projeto, a Sepaco deu início às suas atividades com recursos próprios, mesmo sem tomar recursos emprestados; III) a importação dos animais, após a aprovação da proposta pelo BNDES em dezembro de 1986, mostra que a empresa se antecipou à formalização da operação de crédito e importou as matrizes por sua conta e risco; IV) não se concebe que alguém, valendo-se simplesmente de um sinal verde e pendente ainda o cumprimento de exigências regulamentares e legais, se antecipe à contratação da própria operação de crédito e venha reclamar da liberação de recursos extemporânea; V) ao ser-lhe apresentado o projeto, o Banco do Brasil impôs exigências próprias que a legislação estabelece; VI) após o atendimento das exigências, o requerido concedeu o empréstimo, mas a Sepaco só reuniu pré-requisitos em julho de 1987, ocasião em que já havia um descasamento entre os gastos antecipados e as importações viabilizadas por conta e risco da empresa, num momento em que o Banco do Brasil não poderia disponibilizar os recursos imediatamente, por limitações orçamentárias; VII) o turbilhão decorrente do inexitoso Plano Cruzado não adveio de um ato ou omissão de uma única instituição (Banco do Brasil), mas vitimou todas as demais empresas que se encontravam dentro do mesmo contexto mercadológico; VIII) a verificação do empreendimento por parte de técnicos do Banco deveu-se à necessidade de verificar se o empreendimento não estava sendo conduzido com desídia, para se decidir se poderia se conceder empréstimo adicional, para que a empresa saísse da situação pré-falimentar; IX) a Sepaco vinha insistentemente demandando novos empréstimos e era necessário verificar se tal apoio poderia ser concedido, por isso a verificação presencial se fazia necessária; X) a autora já havia sinalizado ao mercado e aos demais credores que haveria perdas imediatas, se a situação de dificuldade perdurasse; XI) por isso, após a reavaliação do empreendimento, foi sugerida a prorrogação da dívida e a concessão de empréstimos de apoio; XII) mas a empresa não soube fazer uso dos recursos adicionais que lhe foram concedidos, embora tenha amortizado parte de suas dívidas logo depois, e, não podendo pegar novos recursos emprestados, optou por imputar suas dificuldades à reformulação administrativa do Banco do Brasil; XIII) não deixa de ser uma postura peculiar ao ramo agroindustrial essa de particularizar o lucro e socializar os prejuízos; XIV) nesse momento, todos aqueles com quem a empresa se relacionou foram parceiros e, na visão da Sepaco, omitentes de alguma providência que resultou na falência da empresa; XV) o surto inflacionário ocorrido em 1987 não justifica por si só o infortúnio da devedora ou a obrigação do requerido de prorrogar o vencimento de dívidas; XVI) ao contrário das afirmações da autora, jamais se reconheceu algum descasamento ou "irregularidades do projeto" por obra do Banco do Brasil,

apenas o legítimo exercício de um direito do credor que, cumprindo determinações constantes do Manual de Crédito Agroindustrial, fiscalizou o empreendimento na tentativa de salvaguardar o capital mutuado e empreendeu vistorias para constatar o desenvolvimento regular do projeto; XVII) muito antes da liberação do financiamento, havia se iniciado a implantação do projeto com recursos próprios, situação que de fato comprometeu os demais projetos paralelos e afastou a suposta omissão do agente financeiro face o prejuízo reclamado pela Sepaco, pois abriram-se vários frontes com pouco capital próprio e muito capital alheio, ainda não contratado; XVIII) ademais, se houve "comprometimento" de projetos paralelos, tal se deu, exclusivamente, por opção da autora, nada podendo se imputar ao requerido, que simplesmente optaria mais tarde pela concessão ou não concessão do crédito pleiteado; XIX) não é o caso de classificar o Banco do Brasil como parceiro do empreendimento, porque sua função circunscreveu-se apenas a financiar ou não o projeto agroindustrial e certificar-se de que não havia desvio de crédito previsto na Lei n. 7.492/86 e não agir na gestão da empresa alheia, arbitrariamente; XX) tampouco ocorre no caso a responsabilidade administrativa, seja por não estar comprovada, seja porque não é admitida quando se trata de relação entre instituição financeira e tomador de crédito industrial/comercial como se deu na relação negocial em litígio; XXI) a relação não foi um ato de império, como a qualificou a autora, mas de âmbito privado; XXII) a suposta animosidade dos funcionários da agência para com os dirigentes da empresa, baixa qualificação do pessoal do BB e atitude destrutiva, caso verificada, abarcaria conduta omissiva ou comissiva de agente público, mas não se aplica a empregado celetista, não se podendo conceber a que a responsabilidade tratada no § 6º do art. 37 da Constituição Federal invocada pela autora seja aplicada ao banco comercial, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, que não presta serviço público; XXIII) o Banco do Brasil, na condição de banco de fomento e como banco do governo federal nunca poderia firmar parceria com empresa privada, ainda mais porque a lei que rege o tipo de parceria mencionado pela autora (Lei n. 11.079/2004) só foi instituída em 30.12.2004 e não se poderia firmar esse tipo de parceria antes de qualquer normativo, de modo que os casos versados nos julgados mencionados pela autora não se aplicam ao presente litígio; XXIV) é absurda a alegação de que a autora foi forçada a contratar ou pegar dinheiro à força, pois ninguém teria interesse em forçar alguém a pegar dinheiro emprestado para logo mais tomar prejuízo; XXV) não há nos autos nenhum elemento que denote dano moral, ou que acarrete obrigação de indenizar, não há ato ilícito praticado pelo Banco, que não pode ser responsabilizado pelo insucesso comercial de seus clientes nem obrigado a pagar-lhes lucros cessantes por isso; XXVI) não houve cobrança nem pagamento indevidos, motivo por que não há o que se repetir por indébito.

Pediu o julgamento de improcedência dos pedidos iniciais.

Ao impugnar a contestação, a autora assinalou que o prazo prescricional é o vintenário previsto no art. 177 do Código Civil revogado, relativo às ações de cunho pessoal, pois está pedindo a recomposição de danos materiais, morais e lucros cessantes. Aduziu que o prazo prescricional foi interrompido porque a operação está sendo cobrada em ação judicial proposta pelo Banco do Brasil S.A. e porque a empresa está em processo judicial de falência. Acrescentou que não houve contestação específica aos fatos narrados na inicial, devendo ser julgados procedentes os pedidos na forma requerida na peça vestibular.

A seguir, o Juiz inverteu o ônus da prova e determinou que se realizasse prova pericial, em cujo laudo se concluiu que:

> *5. Considerando as liberações para as cédulas supracitadas, retroagidas para a data do protocolo do projeto, corresponderiam a 31,89% do total do projeto.*
>
> *6. Contudo, admitindo que os valores iniciais do projeto teria sofrido mudança de valores, conforme discriminado nos orçamentos anexos aos contratos firmados entre as partes, teríamos que a requerida teria financiado apenas 32,88% do projeto em litígio. (f. 1077)*

A parte autora manifestou-se de acordo com o laudo pericial e a parte ré o impugnou por diversas vezes.

Por fim, sobreveio a sentença, na qual a preliminar de prescrição arguida na contestação foi rejeitada, tendo em vista que não há tese de coação na inicial, de modo que não é aplicável o prazo decadencial previsto no art. 178, I, do Código Civil de 2002.

A seu turno, a resolução do mérito amparou-se na apreciação de dois fundamentos de fato e de direito, quais sejam: "(1) se a relação jurídica mantida pelas partes, consubstanciada em diversos contratos bancários, respeitou o projeto pré-contratual apresentado pela autora para implantação de um empreendimento agroindustrial; e (2) caso não tenha havido correlação entre os contratos e o projeto, por ato atribuível ao réu, se a parte autora sofreu algum prejuízo de ordem material ou moral" (f. 1690).

O Magistrado de primeiro grau concluiu que não houve retardamento da liberação do crédito por ato culposo ou doloso atribuível ao réu; que não há qualquer motivo para a redução ou declaração de ilegalidade de qualquer encargo contratado; que o réu não abandonou a assistência creditícia assumida. Além disso, afastou a tese de litigância de má-fé por qualquer das partes.

Por fim, resolveu o mérito julgando improcedentes todos os pedidos formulados na inicial.

Na apelação cível, a autora/apelante reprisou a narrativa exposta na peça exordial, acrescentando que: I) a perícia técnica comprovou a cobrança de encargos em desacordo com os normativos do Manual de Crédito Agroindustrial (MCA) e que a demora na liberação dos recursos e a falta de atualização de valores reduziu o crédito para 32,88% do empreendimento, uma redução indevida de mais de 100% do valor do projeto; II) a sentença foi proferida em completo *error in procedendo* e *error in judicando*; III) ao contrário do que constou na sentença, a liberação foi de apenas metade do valor necessário ao empreendimento, conforme conclui a perícia, à f. 1077; IV) os financiamentos firmados com o intuito de implantar o projeto em litígio referem-se somente às Cédulas n. 87/00786-X e 87/00788-6, que foram liberadas com um deságio absurdo e representaram apenas 32,88% do projeto em litígio; V) o atraso na liberação foi reconhecido, mas a conclusão foi errônea, pois o Banco descumpriu o que foi estabelecido no projeto original; VI) o Manual de Crédito Agroindustrial determina que a liberação dos recursos se dê na medida das necessidades de execução das obras ou aquisição programadas, consoante o cronograma de execução físico-financeira do projeto; VII) não houve sustação de utilização de qualquer parcela, o que atesta a correta condução do projeto, a existência de recursos próprios previstos na execução do projeto e que a empresa Sepaco cumpriu efetivamente sua parte no projeto; VIII) já o Banco não cumpriu o disposto no MCA, pois, conforme reconhecido na sentença, o modo como foram feitas as liberações dos recursos não corresponderam ao estabelecido no projeto original; IX) a responsabilidade do Banco é objetiva, não se discutindo nem cogitando acerca de culpa ou dolo, acarretando-lhe a obrigação de indenizar, nos termos do art. 5º, V e X, da Constituição Federal e dos arts. 186, 187, 927, 929, 932, III, 935, 940, 943, 944 e 952 do Código Civil; X) a prova do limite dos juros em 5% ao ano decorre de lei: o Manual de Crédito Agroindustrial – Carta-Circular n. 1.349, de 31.1.1986, do Bacen; XI) a liberação de apenas 32% da verba necessária ao empreendimento e os encargos das cédulas fixados em descompasso com o MCA inviabilizaram a empresa, cabendo ao Banco do Brasil a responsabilidade objetiva pela quebra que ele mesmo pediu; XII) por haver levado a empresa à quebra, incorreu na responsabilidade de restituir em dobro, além de recompor o patrimônio perdido da autora e sua renda nesses longos anos; XIII) em atitude claramente ilícita, o Banco, mesmo sabendo das ilegalidades que cometia, passou a cobrar os financiamentos, mediante coação através de abertura de procedimentos de quebra da empresa; XIV) feriu também a boa-fé e os bons costumes; XV) o Banco esteve a executar contratos que sabe ser oriundos de dívida inexistente, devendo ressarcir em dobro pelo que cobra; XVI) a conduta do apelado causou mais de trinta anos de sofrimento ao autor, que poderia ter tido uma vida melhor, mais confortável, mais acessível a todas as melhorias advindas ao longo do tempo, ao passo que, em vez disso, pareceu, aos olhos de terceiros, que não teve "competência" para manter-se no

mercado e sua maneira de agir, seu método de trabalho foi abalado de tal forma que não mais pode exercer sua profissão de empresário.

Do recurso da Massa Falida de Sepaco Ltda.

Feito esse necessário retrospecto processual, passo a apreciar a apelação cível interposta por Massa Falida da Sepaco Ltda.

Prejudicial de mérito

Preliminarmente, embora não tenha sido objeto de recurso, analiso a arguição de "prescrição" (*sic*) formulada pelo Banco do Brasil S.A. na contestação, no sentido de que ato que teria forçado os autores "a pegar dinheiro emprestado, acaso fosse questionável, já teriam sido atingidos pela prescrição no que se refere a esta suposta e absurda coação (ato forçoso – art. 178 do CCB)" (f. 590).

A rigor, o artigo 178 do Código Civil de 2002 não se refere a prescrição, mas a decadência, ao dispor que:

> *Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:*
>
> *I – no caso de coação, do dia em que ela cessar;*

Em qualquer dos casos, a matéria é de ordem pública, seja conforme o art. 210 do Código Civil, que determina ao juiz, "de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei", seja nos termos do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, segundo o qual "O juiz pronunciará de ofício, a prescrição."

Em particular, o art. 178 do Código Civil fixa prazo decadencial de quatro anos para pleitear a anulação de negócio jurídico no caso de coação.

Todavia, conforme ficou bem salientado na sentença, não há tese de coação na petição inicial, motivo por que não é aplicável aludido prazo decadencial.

Por conseguinte, não há fundamento para acolher a prejudicial de mérito, havendo de se confirmar sua rejeição.

Ausência de contestação.

A apelante afirma que a sentença não observou a falta de contestação da qual teriam resultado incontroversas as alegações feitas na petição inicial. Repete, assim, o argumento exposto na impugnação à contestação, no sentido de que o réu não teria atacado especificamente as razões da peça vestibular.

Os arts. 300 e 301 do Código de Processo Civil atribuem ao réu o ônus de arguir questões preliminares e prejudiciais de mérito e de alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor.

No caso dos autos, o Banco deixou de se opor especificamente apenas aos fatos históricos narrados pela autora/apelante. Já os argumentos jurídicos foram todos combatidos, em cumprimento ao princípio da eventualidade, tendo havido inclusive arguição de "preliminar de prescrição" (*sic*).

Logo, o réu atendeu às disposições dos arts. 300 e 301 do CPC, de sorte que inexiste motivo para declarar inexistente a contestação ou considerar incontroversas as alegações apresentadas na peça exordial.

Responsabilidade objetiva.

A lide trazida a juízo versa, primordialmente, sobre a suposta responsabilidade civil objetiva contratual do Banco do Brasil S.A. pelos prejuízos que a autora/apelante afirma haver sofrido, conforme se depreende das alegações feitas na petição inicial (f. 23) e dos pedidos de declaração de nulidade de cláusulas contratuais, de restituição de valores e de indenização por danos materiais, lucros cessantes e danos morais.

As partes firmaram diversos contratos na relação jurídica litigiosa, devidamente arrolados na primeira parte do laudo pericial (f. 1047-51), quais sejam: I) Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária n. 87/00786-X, com aditivos de retificação e ratificação; II) Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária n. 87/00788-6, com aditivos de retificação e ratificação; III) Cédula de Crédito Industrial n. 87/02092-0-PASEP, com aditivos de retificação e ratificação; IV) Nota de Crédito Industrial n. 89/00374-8, com aditivos de retificação e ratificação; V) Cédula de Crédito Industrial n. 91/00119-6, com aditivos de retificação e ratificação; VI) Cédula Rural Industrial n. 93/00182-7; vii) Cédula Rural Industrial n. 93/00244-0; VIII) Cédula Rural Industrial n. 94/00332-7; IX) Cédula Rural Industrial n. 94/00494-3; X) Cédula de Crédito Industrial n. 94/00616-4.

Nenhum dos contratos tem natureza de "parceria", de sorte que não há motivo para acolher o argumento da autora/apelante de que o Banco teria *"abandonado a parceria"*.

O art. 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita, qual seja, a de que todo aquele que causa dano a outrem está obrigado a repará-lo, a saber:

> *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.*

Do mencionado dispositivo legal extraem-se os elementos essenciais da responsabilidade civil: a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Ao erigir o dolo ou a culpa como um dos fundamentos para a obrigação de reparar, o Código Civil brasileiro filiou-se ao sistema da responsabilidade subjetiva, sem prejuízo, porém, da adoção da responsabilidade objetiva, relacionada à teoria do risco da atividade, que dispensa a ocorrência de dolo ou culpa, e que a autora/apelante pretende ver aplicada ao caso litigioso.

Todavia, não é possível fazer incidir a responsabilidade objetiva *in casu*, porquanto, das alegações da autora/apelante, infere-se que seu inconformismo não decorre do risco da atividade, mas da conduta negligente do Banco, acarretando, necessariamente, a aferição de ocorrência de dolo ou culpa.

Por outro giro, o Código de Defesa do Consumidor, lei que, em seu art. 12, incorporou a teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor de bens e serviços, não é aplicável ao caso dos autos. De fato, a incidência da aplicação consumerista só é possível quando uma das partes puder se caracterizar como consumidora. Em particular, para determinar a condição de consumidora da pessoa jurídica, emprega-se o critério finalista, segundo o qual a pessoa jurídica deve ser a destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. Essa condição não se verifica quando a cédula rural é pactuada para adquirir matéria prima e máquinas ou para capital de giro de modo a fomentar atividade industrial/comercial.

Ademais, as Cédulas n. 87/00786-X e 87/00788-6, que deram início à relação contratual entre as partes e nas quais a autora/apelante ampara suas alegações, foram assinadas antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, sendo este mais um motivo para não se lhes aplicar.

Confira-se, a respeito, a jurisprudência pátria:[1]

1 Disponível em : < https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm >. Visitado em 8.10.2014.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EFEITO INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULAS RURAIS. INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. DESTINATÁRIO FINAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA N.7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. ***1.*** *Desqualifica a condição de consumidor final a utilização dos recursos obtidos mediante financiamento por meio de cédulas rurais para a compra de insumos e o fomento da produção.* ***2.*** *Tais circunstâncias, pertencentes ao quadro fático da demanda, não podem ser revistas em sede de recurso especial, por força do óbice do enunciado 7 da Súmula do STJ.* ***3.*** *As regras técnicas de conhecimento são extensíveis ao dissídio jurisprudencial apresentado.* ***4.*** *Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.* (STJ, EDcl no REsp 1171343/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20/09/2011, DJe 27/09/2011. Destaquei.)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. MULTA MORATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. DESCABIMENTO. ***1.-*** *Permite-se a capitalização mensal dos juros nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-lei n. 167/67 e Decreto-lei n. 413/69), bem como nas demais operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que celebradas a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31.3.00) e que pactuada.* ***2.-*** *O critério adotado para determinação da condição de consumidora da pessoa jurídica é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a pessoa jurídica deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido.* ***3.-*** *Não havendo relação de consumo entre as partes, deve ser indeferido o pedido de redução da multa moratória fundado na aplicação do Código de Defesa do Consumidor.* ***4.-*** *A jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ é firme no sentido de que a repetição em dobro do indébito, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor.* ***5.-*** *Agravo Regimental improvido.* (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1281164/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe 04/06/2012. Destaquei.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CÉDULAS RURAIS PIGNORATÍCIAS. HIPOTECÁRIAS. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. PREVALÊNCIA. BDMG. EMPRESA PÚBLICA ESTADUAL. COMPETÊNCIA. VARA DA FAZENDA PÚBLICA. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. RECURSO NÃO PROVIDO. I. A antecipação de tutela, nos termos do art. 273 do CPC, é medida excepcional, só podendo ser deferida diante da comprovação da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. II. Nos termos do artigo 59, da Lei Complementar Estadual nº 59, de 18 de janeiro de 2001, que contém a organização e a divisão judiciárias do Estado de Minas Gerais, "compete a Juiz de Vara de Fazenda Pública e Autarquias processar e julgar causas cíveis em que intervenham, como autor, réu, assistente ou opoente, o Estado, os Municípios, suas autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito público". III. A execução de cédula rural pignoratícia, em que o devedor não figura como consumidor final, não está abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.079/90), não abrangendo operações de financiamento que tenham por objetivo o fomento da atividade econômica. (TJMG; AI 1.0024.14.014874-3/001; Rel. Des. Washington Ferreira; Julg. 30/09/2014; DJEMG 03/10/2014. Destaquei.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO HIPOTECÁRIA. FORO ELEITO NO CONTRATO. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REMESSA DOS AUTOS AO DOMICÍLIO

DOS RÉUS. INAPLICABILIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. A cédula rural hipotecária, cuja linha de financiamento se refere ao denominado programa de incentivo ao uso de corretivos de solo-prosolo, consiste na implementação da atividade econômica dos contratantes, afastando, assim a condição de destinatário final da relação; logo, inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, devendo ser mantido a competência do foro eleito no contrato. (TJMT; AI 95091/2014; Barra do Garças; Rel. Des. Sebastião Barbosa Farias; Julg. 16/09/2014; DJMT 19/09/2014; Pág. 21)

CONTRATO BANCÁRIO AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E HIPOTECÁRIA. PRESCRIÇÃO. AFASTADA. INCIDÊNCIA DO PRAZO VINTENÁRIO. TRANSCURSO DE MAIS DA METADE DO PRAZO DO CÓDIGO ANTERIOR (ARTIGO 2028, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002). TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO É A DATA DO VENCIMENTO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO RURAL. PRESCRIÇÃO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRODUTOR RURAL NÃO É CONSUMIDOR FINAL, ADEMAIS O CONTRATO FOI FIRMADO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 8078/90. INAPLICABILIDADE DO CDC À ESPÉCIE. CORREÇÃO MONETÁRIA. PRETENSÃO DE QUE A CORREÇÃO MONETÁRIA NO MÊS DE MARÇO DE 1990 SEJA APLICADO O ÍNDICE DO IPC DE 84,32%. INADMISSIBILIDADE. Incidência do BTN Fiscal, no percentual de 41,28% (Plano Collor I), posto que o contrato está atrelado aos índices das cadernetas de poupança. Pretensão da Instituição Financeira que a restituição de valores se dê de forma simples, e não em dobro. Falta de Interesse Recursal, eis que o pedido de devolução em dobro não foi acolhido na sentença. Contrato Quitado. A extinção do contrato pela quitação não impede a formulação de pedido de repetição do indébito. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Capitalização Mensal de Juros. Questão divorciada do que efetivamente foi decidido na sentença. Pedido não conhecido. Pretensão do Autor à devolução em dobro da cobrança irregular. Indeferimento. Restituição que deverá ser de forma simples. Ausência de má fé do credor, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Recurso do Banco parcialmente conhecido e, na parte conhecida, não provido e, do autor, não provido. (TJSP; APL 0009861-20.2010.8.26.0047; Ac. 7725186; Assis; Décima Oitava Câmara de Direito Privado; Relª Desª Clarice Salles de Carvalho Rosa; Julg. 30/07/2014; DJESP 06/08/2014. Destaquei.)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. SUSCITAÇÃO DE PRELIMINAR POR NÃO APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA AO CONSUMIDOR. REJEIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO CONHECIDA MAS IMPROVIDA. ***1*** *O empresário industrial que adquire matériaprima e máquinas para fomentar sua atividade industrial/comercial não pode ser considerado destinatário final do produto, não lhe sendo aplicável o Código de Defesa do Consumidor nas cláusulas pactuadas em Cédula de Crédito Industrial.* ***2*** *Constando dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do Julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia, especialmente se os apelantes, em audiência, manifestaramse pela desnecessidade de produção de provas.* ***3*** *Preliminar desacolhida. Apelação conhecida, mas improvida.* (TJCE; APL 0005471-17.2008.8.06.0117; Sexta Câmara Cível; Relª Desª Sérgia Maria Mendonça Miranda; DJCE 11/08/2014; Pág. 147. Destaquei.)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. CRÉDITO CONCEDIDO A PESSOA JURÍDICA. AQUISIÇÃO DE INSUMOS. INAPLICABILIDADE DO CDC. AVALISTAS. INEXISTÊNCIA DE BENEFÍCIO DE ORDEM. INADIMPLÊNCIA INCONTROVERSA. INSCRIÇÃO NO SPC. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. SENTENÇA MANTIDA. ***I.*** *Inaplicáveis as disposições do Código de Defesa do*

> *Consumidor aos contratos de mútuo bancário firmados com pessoa jurídica para aquisição de insumos ou capital de giro.* ***II.*** *O avalista em cédula de crédito industrial responde pelo débito inadimplido pelo devedor principal, nos mesmos moldes em que contraído com o credor, ainda que não persista a condição de sócios dos avalistas, face ao caráter autônomo e incondicional da obrigação assumida e da garantia prestada.* ***III.*** *Descabe o pleito indenizatório em razão de inscrição dos dados do devedor solidário nos cadastros de proteção ao crédito, quando incontroversa a inadimplência no pagamento da dívida contraída pelo devedor principal.* (TJMG; APCV 1.0126.10.001138-9/001; Rel. Des. João Cancio; Julg. 29/07/2014; DJEMG 01/08/2014. Destaquei.)

Afastada a responsabilidade objetiva do Banco do Brasil S.A., sua condenação depende, portanto, da presença de todos os elementos essenciais da responsabilidade civil: a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

A autora/apelante afirma que o Banco teria sido omisso no tocante à rápida liberação dos recursos, inviabilizando assim a atividade da empresa.

A planilha de f. 1.161, constante do laudo pericial, indica que o primeiro repasse de capital ocorreu em 2 de julho de 1987, aproximadamente 3 (três) meses depois da apresentação do projeto, feita em 25 de março de 1987. Depois disso, foram feitas diversas outras liberações de recursos que se estenderam até novembro de 1994.

O intervalo de três meses para análise do projeto e início da liberação de recursos não se figura excessiva, quando se tem em conta a complexidade da proposta e a quantia a ser liberada. A autora/apelante não logrou comprovar que tenha havido excesso nesse período inicial.

Tampouco está comprovada omissão do Banco quanto ao montante dos recursos liberados nos contratos.

Na primeira parte do laudo pericial, o perito esclareceu que os contratos firmados com o intuito de *implantar* o projeto em litígio referem-se somente às Cédulas n. 87/00786-X e 87/00788-6, cujas liberações, retroagidas para a data do protocolo do projeto, corresponderiam a 31,89% do total do projeto (f. 1077). Na segunda complementação do laudo pericial, porém, verifica-se que, somados todos os contratos, foi liberado para a empresa um percentual de 153,07% do projeto agroindustrial que ela apresentou (f. 1160-1).

O argumento de que, em 1990, a instituição financeira sofreu uma reformulação administrativa e, no tocante aos negócios com a empresa Sepaco, passou a ter uma perceptível e injustificada antipatia pelo projeto não se coaduna com os elementos de prova trazidos para os autos, nos quais se verifica que, de 1991 a 1994, as partes celebraram 7 (sete) contratos de reforço de capital, aplicação orçamento e capital de giro (f. 1161). É notável, assim, que houve inquestionável prosseguimento da assistência creditícia pelo Banco ao longo dos anos.

Sem dúvida, em períodos de inflação elevada como eram aqueles tempos, havia uma corrosão rápida do valor da moeda, mas não é possível depreender dos autos que a interferência desse fator inflacionário nas liberações de recursos tenha sido a causa do insucesso da empresa. Portanto, não se pode afirmar que a contratação do mútuo sem a correção dos valores orçados possua relação de causalidade com a falência da autora/apelante, particularmente quando se verifica que esta não foi abandonada pelo Banco, como afirma.

Além disso, não há nenhum sinal de que o Banco tenha agido com culpa ou dolo, até porque, como bem exposto na sentença, "*a empresa Sepaco também tinha obrigações anexas ao contrato, que interferiram diretamente na forma de execução do financiamento. Considerando que o crédito era oriundo de capital*

público, a forma de utilização caracterizava-se como elemento essencial para a regular execução do financiamento. Assim, a atuação legal da empresa Sepaco era imprescindível para a definição do modo que seriam feitas as liberações. Se a empresa atuasse de forma irregular ou empregasse o capital emprestado para fim diverso, é evidente que o financiamento seria atingido, podendo acarretar, inclusive, no atraso da liberação do crédito programado." (f. 1690v-1).

A seu turno, a relação de causalidade que deveria existir entre a suposta omissão na liberação de recursos e a quebra da empresa não está claramente evidenciada nos autos, como deveria.

Tome-se em consideração, primeiramente, que a execução do projeto teve início antes mesmo da sua apresentação ao Banco.

Segundo a narrativa da autora/apelante, os animais foram adquiridos nos Estados Unidos da América com recursos próprios do empresário e desembarcados nos dias 4, 8 e 12 de novembro de 1986, no aeroporto de Campo Grande, isto é, cerca de 5 (cinco) meses antes de apresentar o projeto ao Banco do Brasil S.A., circunstância que, como bem inferiu o juízo *a quo*, "por si só, é suficiente para demonstrar que a empresa Sepaco, desde o início da relação, atuava em descompasso ao projeto apresentado ao réu."

Ademais, conforme já foi exposto, a empresa recebeu, em recursos, um percentual de 153,07% do projeto agroindustrial que apresentou ao apelado. Essa circunstância sinaliza o esforço do Banco para apoiar a empresa.

Por conseguinte, não é possível inferir que a conduta do réu/apelado na relação contratual litigiosa tenha dado causa à quebra da autora/apelante.

Assim, dos quatro elementos que deveriam estar presentes para se caracterizar a responsabilidade do requerido pelo dano experimentado pela autora, três estão ausentes, quais sejam, a omissão, a culpa ou dolo e a relação de causalidade, restando somente a certeza de que a empresa quebrou, mas sem elementos que demonstrem a participação do Banco como causadora da falência.

Particularmente no que toca aos danos morais, os argumentos da autora/apelante não estão relacionados a ela própria, mas ao sofrimento do empresário em decorrência da quebra da empresa. Ora, o empresário foi substituído processualmente nos autos pela empresa logo no início do feito, quando, por meio de emenda à inicial, foi requerida a substituição, e o alegado padecimento do proprietário não pode servir de fundamento para condenar o Banco a pagar indenização por danos morais à empresa, que efetivamente é parte ativa na presente demanda.

Fica afastada, portanto, a hipótese de condenar o requerido a pagar à autora indenização por danos materiais, lucros cessantes e danos morais.

Encargos contratuais.

A autora/apelante pretende também obter a declaração de ilegalidade da cobrança de todos e quaisquer encargos financeiros superiores ao limite máximo de 5% ao ano previstos no Manual de Crédito Agroindustrial, com a devolução desses valores corrigidos e acrescidos de encargos previstos para o caso de inadimplência.

A pretensão foi rejeitada na sentença, pois, "em que pese os argumentos apresentados pela autora, verifica-se que a sua tese não veio acompanhada por qualquer documento comprobatório dessa afirmação", o que tornaria "bastante frágil a tese alegada na inicial, até porque, em regra, os encargos bancários são definidos para cada contrato". Além disso, "A existência de limitação regulamentar da taxa de juros deveria ter sido claramente indicada pela autora, o que, todavia, não foi realizado. Ademais, em consulta ao sítio

eletrônico do Banco Central do Brasil, também não foram obtidas informações suficientemente precisas a esse respeito, circunstância que torna impossível uma análise mais aprofundada da questão."

Inconformada, a apelante sustenta que não há necessidade de fazer prova de suas alegações, pois a prova do limite dos juros em 5% ao ano decorre de lei: o Manual de Crédito Agroindustrial – Carta-Circular n. 1.349, de 31.1.1986,[2] do Bacen. Aproveita e repete o texto que transcreveu na petição inicial.

A rigor, o texto transcrito pela autora/apelante não acompanha a Carta-Circular n. 1.349/86, mas a Carta-Circular n. 1.243, de 9.7.1985,[3] que introduz alterações no Manual de Crédito Agroindustrial (MCA), com vistas ao aperfeiçoamento de procedimentos operacionais e maior clareza das normas. Nas folhas anexas à Carta-Circular n. 1.243/85 consta o seguinte:

> *1 – Os créditos agroindustriais estão sujeitos a juros de 5% (cinco por cento) ao ano e a correção monetária aos percentuais indicados no documento nº 1 deste capítulo.*
>
> *2 – A correção monetária é calculada no último dia útil de cada mês sobre saldos devedores diários dos empréstimos e capitalizada para o pagamento junto com o principal, nas mesmas condições deste.*
>
> *3 – Os juros incidem sobre os saldos devedores diários corrigidos e são calculados e debitados em 30 de junho, 31 de dezembro, no vencimento e na liquidação do empréstimo, observando-se que:*
>
> *a) durante o período de carência: são capitalizados, para pagamento junto com o principal e nas mesmas condições deste;*
>
> *b) após o período de carência: são pagos no vencimento das parcelas de principal.*
>
> *4 – O imposto sobre operações de crédito incidente sobre as operações de crédito agroindustrial pode ser integralmente capitalizado, para pagamento junto com o principal e nas mesmas condições deste.*
>
> *5 – A taxa de juros pactuada será elevada de 1% (um por cento) ao ano em caso de mora.*
>
> *6 – A sobretaxa de mora incide apenas sobre a parcela em atraso.*

Não obstante, analisando-se a dinâmica econômica do País, é fato notório que o Poder Público interfere frequentemente nas taxas de juros, modificando-as de acordo com a necessária regulação do volume de recursos financeiros para atender à política monetária vigente de acordo com as autoridades monetárias.

Assim é que, depois da Carta-Circular n. 1.243/85, mas ainda antes da assinatura das Cédulas n. 87/00786-X e 87/00788-6, o Banco Central do Brasil editou a Resolução n. 1.132, de 15.5.1986,[4] estabelecendo que os financiamentos com recursos dos programas agroindustriais capitulados no Manual do Crédito Agroindustrial (MCA), localizados fora das áreas da Sudam, Sudene, Espírito Santo e Vale do Jequitinhonha (MG), ficariam sujeitos à taxa de juros de 15% ao ano, tendo como piso a taxa de juros de 10% ao ano, a saber:

2 Disponível em : < http://www.bcb.gov.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=az0FdwFJzd >. Visitado em 8.10.2014.

3 Disponível em : < http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/c_circ/1985/pdf/c_circ_1243_v1_O.pdf >. Visitado em 8.10.2014.

4 Disponível em : < http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1986/pdf/res_1132_v5_l.pdf >. Visitado em 8.10.2014.

RESOLUÇÃO Nº 1.132

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31.12.64, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada nesta data, tendo em vista as disposições do art. 4º, incisos VI, IX e XVII, da citada Lei, e dos arts. 5º e 6º da Lei nº 4.829, de 05.11.65,

R E S O L V E U:

I - Os financiamentos com recursos dos programas agroindustriais capitulados no Manual do Crédito Agroindustrial (MCA) ficarão sujeitos às seguintes taxas de juros:

a) projetos localizados nas áreas da SUDAM, SUDENE, Espírito Santo e Vale do Jequitinhonha (MG) 13% a . a .;

b) projetos localizados nas demais regiões 15% a . a ..

II - Os encargos de que trata o item anterior serão atualizados semestralmente, a partir de 28.02.87, com base na taxa anual de captação do sistema bancário para 180 dias, conforme apurada e divulgada pelo Banco Central, deduzida:

a) de 7 (sete) pontos percentuais, no caso de projetos localizados nas áreas da SUDAM, SUDENE, Espirito Santo e Vale do Jequitinhonha (MG);

b) de 5 (cinco) pontos percentuais, no caso de projetos localizados nas demais regiões.

III - As taxas de juros apuradas na forma do item anterior terão como piso os percentuais de:

a) 8% a.a. (oito por cento ao ano), no caso de projetos localizados nas áreas da SUDAM, SUDENE, Espírito Santo e Vale do Jequitinhonha (MG);

b) 10% a.a. (dez por cento ao ano), no caso de projetos localizados nas demais regiões.

IV - As demais linhas de crédito destinadas ao setor agroindustrial, conduzidas por instituições oficiais, deverão ter como piso os encargos financeiros estabelecidos na forma dos itens I a III desta Resolução.

V - As diretrizes aqui estabelecidas não se aplicam às operações do PRONAGRI, que continuam sujeitas aos encargos previstos no Documento nº 14 do MCA 16, até ulterior deliberação do Banco Central.

VI - O Banco Central poderá adotar as medidas julgadas necessárias à execução desta Resolução.

VII - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 15 de maio de 1986

Fernão Carlos Botelho Bracher

Presidente

Desse modo, carece de sustentação o argumento de que, na época da contratação, os juros deveriam ser limitados a 5% (cinco por cento) ao ano.

No caso em análise, aliás, os juros contratados para o período de normalidade ficaram com o percentual de 10% ao ano previstos para o piso na região de instalação do projeto, segundo a Resolução n. 1.132/86.

Com efeito, a Cédula 87/00786-X estipula, na cláusula "juros e reajuste monetário", que o saldo devedor estará sujeito a "juros remuneratórios de 10% ao ano, calculados sobre o saldo da dívida previamente reajustado" (f. 1269), enquanto a Cédula 87/00788-6 prevê, na cláusula "juros" que "Os juros são exigíveis juntamente com as prestações e devidos à taxa de 10% (dez por cento) ao ano" (f. 1349). No tocante à Cédula 87/00788-6, o perito registrou em seu laudo que, para a normalidade, teriam sido ajustados juros remuneratórios de 24% ao ano (f. 1048). Trata-se, porém, de evidente erro material, pois a taxa de 24% está prevista apenas para os casos de falta de pagamento do principal ou de acessórios nas datas estipuladas ou de aplicação irregular ou desvio de parcelas de crédito liberadas, segundo está disposto na cláusula "alteração da taxa de juros".

Portanto, não há nenhum fundamento jurídico que autorize a modificar o capítulo da sentença que afastou a afirmação da autora segundo a qual estaria havendo cobrança de encargos superiores ao permitido pela legislação pertinente.

Demais alegações da apelante.

As demais alegações de natureza jurídica apresentadas pela autora/apelante, para serem acolhidas, dependeriam de se reconhecer a irregularidade da concessão do financiamento, pela demora na liberação de recursos e pela imposição de condições e encargos superiores aos permitidos pela legislação que trata da matéria, pois, repita-se ainda uma vez, os autores resumiram seus argumentos da seguinte forma:

> *Em síntese, o fato gerador que fundamenta o pedido de indenização feito pelo autor ao réu é que o Banco do Brasil, ao optar pela concessão de financiamento para a instalação do complexo industrial da SEPACO o fez de forma irregular, retardando a liberação de recursos e impondo condições e encargos superiores ao permitido pela legislação que trata da matéria, como acima demonstrado, inviabilizando o fluxo de caixa da empresa desde o início, desconsiderando a formulação inicial assumida pela Instituição Financeira que não seria um mero agente financiador mas sim parceiro na empreitada; quando, em momento seguinte, abandonou a parceria, furtando-se à assistência creditícia assumida, quebrou sponte sua o contrato e provocou danos às atividades da Empresa, que evoluiu vertiginosamente em direção ao decreto falimentar, a par de todo o sacrifício expendido por seu gestor. (f. 21-2)*

Em virtude da inexistência de prova de qualquer irregularidade na conduta do banco apelado e na cobrança dos encargos do financiamento, carecem de sustentação jurídica as demais assertivas da autora/apelante, razão por que não merecem aceitação.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, ficando integralmente confirmada 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. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 21 de outubro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0805756-30.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SESI/SENAI – CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL DEVIDA POR EMPRESA COM MAIS DE QUINHENTOS EMPREGADOS – ART. 6º DO DECRETO-LEI N. 4.048, DE 22.1.1942 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A empresa com mais de 500 empregados, considerando para referido fim o estabelecimento como um todo, isto é, a pessoa jurídica na sua integralidade e não cada uma de suas filiais isoladamente, está obrigada a pagar a contribuição adicional para o Sesi/Senai de que trata o art. 6º Decreto-Lei n. 8/1942, de 22.1.1942.

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, 2 de setembro de 2014.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Adar Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda. contra sentença que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança promovida por Senai – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial.

A empresa apelante alega, em síntese, que:

> *Da análise dos autos, verifica-se, entretanto, que não seria a hipótese de aplicação do previsto nos Decretos-Lei 4.048, de 22.01.42 e 4.936 de 07.11.42, respectivamente artigos 6 e 3, sobre a totalidade dos empregados, mesmo aqueles que trabalham em outras empresas do grupo, ou seja, em estabelecimentos diversos e em cidades diferentes, no caso em estudo, das filiais, haja visto que são estabelecimentos comerciais autônomos. E neste sentido, vem em amparo à Apelante, o Código Civil Brasileiro em vigor, que ao tratar do tema, assim define estabelecimento comercial (f. 107).*
>
> *Neste sentido, e diversamente do apontado na decisão que ora se recorre, o Contrato Social anexado à defesa demonstra que a Apelante é a matriz, tendo como endereço a Av. Mabel s/n, na Cidade de Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, sendo devidamente inscrita no CNPJ sob nº 03.442.526/0001-10, e atuando no mundo jurídico e econômico como pessoa jurídica autônoma. Existindo, porém, 01 filial, no Estado de São Paulo, com seu próprio CNPJ, com endereço próprio e respondendo, por si jurídica e economicamente (f. 107).*

Ademais, pela análise do contrato social verifica-se que o objeto social da matriz e filial são diversos, o que vem em favor da Apelante, de forma a demonstrar que, contrariando a tese esposada na sentença, não há que se falar em unidade gerencial e comercial a justificar a cobrança da taxa requerida pelo Apelado, sobre a totalidade de empregados. Nem se argumente que sendo o contrato social único, deveria ser considerada a totalidade de empregados (matriz e filial), para o pagamento da contribuição buscada pelo Apelado, pois no caso em estudo é preciso verificar o que cada estabelecimento faz, suas atividades e forma de gerenciamento, e, pelo que consta nos autos, há prova da total autonomia entre eles, até mesmo decorrente da existência de objeto social diverso, o que, por si, torna impossível falar em unidade de empresas (fls. 107-108).

É importante esclarecer, ainda, que os próprios documentos juntados pelo autor, à incial demonstram que os CNP´s e endereços das empresas são distintos (f. 108).

Ademais, e ainda que este DD. Tribunal venha a entender de maneira diversa a esposada pela Apelante alhures, há que se reformar a sentença para que, considerando a divergência de interpretação do diploma legal invocado pelo Apelado, que a aplicação de juros e correção monetária sejam devidos apartir do trânsito em julgado e não deste a interposição da ação (f. 109).

Ao final, requer o conhecimento e provimento do presente recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial.

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso (fls. 118-126).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator).

Trata-se, como relatado, de recurso de apelação cível interposto por Adar Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda. contra sentença que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança promovida por Senai – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial.

Para melhor análise da questão posta em julgamento faço uma breve digressão fática dos acontecimentos.

Verifico dos autos que o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai ajuizou ação de cobrança em face de ADAR –- Indústria, Comércio Importação e Exportação Ltda., alegando, em síntese, que (I) a requerida é contribuinte compulsória do requerente e, em vista de possuir em seus quadros mais de 500 empregados, tem a obrigação legal de recolher em favor do requerente a contribuição adicional; (II) no entanto, a requerida não vem cumprindo sua obrigação legal, o que levou o requerente a acionar o seu setor de fiscalização, o qual emitiu em 22.6.2011 a Notificação de débito 20344, série L, pela falta de recolhimento relativamente às competências de 6/2009 a 13/2009, 1/2010 a 13/2010; (III) a requerida tomou ciência das irregularidades encontradas pelo fiscal do Senai antes mesmo da emissão das notificações de débito e o requerente tentou de todos os meios a composição do débito, o que não ocorreu; e (IV) o valor total devido pela requerida é de R$ 46.000,94.

A requerida, em contestação, sustentou que (I) o autor entendeu que a mesma deveria proceder ao recolhimento sobre a totalidade dos empregados, mesmo aqueles que trabalham em outras empresas do grupo, ou seja, em estabelecimentos diversos e em cidades diferentes, o que, no seu dizer, gera divergência; (II) é a sede da empresa, onde atua no mundo jurídico e econômico como pessoa jurídica autônoma; (III) existe uma filial no Estado de São Paulo, com CNPJ próprio e respondendo, por si, jurídica e economicamente,

sendo que matriz e filial possuem objeto social diversos; e (IV) nenhuma das empresas tem mais de 500 empregados, de modo que não há falar em pagamento de nenhum adicional, razão pela qual é improcedente o pedido de cobrança.

O juízo de origem, como afirmado, julgou procedente o pedido contido na inicial, determinando ainda "*multa moratória de 0,33% por dia de atraso a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento da contribuição até o dia em que ocorrer o respectivo adimplemento, observando-se o limite de 20%, conforme art. 35 da Lei nº 8.212/91, alterado pela Lei nº 11.941/2009 c/c art. 61 da Lei nº 9.430/96*" (f. 87).

É contra essa sentença que se insurge a ora apelante, alegando, em síntese, que (I) o estabelecimento autuado não exerce atividade industrial, portanto, não incide sobre o mesmo a contribuição adicional cobrada; (II) não possui em seus quadros mais de 500 empregados vinculados à atividades industrial; e (III) deve ser excluída a multa dos cálculos da contribuição compulsória.

Ora, em que pesem os argumentos trazidos pela empresa recorrente a sentença atacada não merece censura.

O recurso, portanto, não merece provimento.

Anoto, por primeiro, que a contribuição social ora em debate tem natureza compulsória e, além disso, o Senai possui legitimidade para arrecadar e administrar a contribuição adicional de 0,2% sobre a folha de empregados de empresas com mais de 500 empregados, conforme definido na legislação de regência (Decreto-lei n. 4.048/42 e Decreto-lei n. 4.936/42).

Pois bem. No caso das empresas com outros estabelecimentos, como é caso da ora apelante, ao contrário do alegado, para que se configure a hipótese de incidência da contribuição 'adicional' (artigo 6º do Decreto-lei n. 4.048/42), que é acessória da contribuição 'geral' (artigo 4º do Decreto-lei n. 4.048/42), devem ser as mesmas consideradas como um todo e não cada uma isoladamente.

O Contrato Social acostado às fls. 65/68 deixa claro que a matriz e a filial da empresa não são unidades independentes como pretendeu demonstrar a recorrente, pois regidas pelo mesmo instrumento contratual.

Em razão disso, observo que o SENAI encaminhou para a matriz todas as notificações de débito e cobranças, englobando expressamente a filial, conforme se pode observar dos avisos de recebimento dos correios – AR´s (fls. 39, 42 e 44), sem nenhuma objeção por parte da ora apelante.

Ademais, em cumprimento ao que dispõe o já mencionado artigo 6º do Decreto-lei n. 4.048/42, para se verificar a efetiva existência de mais de quinhentos empregados na empresa contribuinte, deve-se considerar as unidades, matriz e filiais, como um todo.

Nesse sentido, colaciono a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO SESI/SENAI. LEGITIMIDADE PASSIVA. FUNDAMENTO NA INSTRUÇÃO NORMATIVA DA RECEITA FEDERAL. DIPLOMA QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. OFENSA MERAMENTE REFLEXA. ADICIONAL DE CONTRIBUIÇÃO. DECRETO-LEI 4.048/42. EMPRESA COM MAIS DE 500 EMPREGADOS, CONSIDERANDO-SE TODAS AS FILIAIS.*
>
> *1. Hipótese em que o Tribunal a quo, ao afastar a legitimidade passiva do Delegado da Receita Federal de Joaçaba no período de 26.11.2005 a 31.12.2006, fundamentou o*

seu decisum na interpretação da Instrução Normativa 567/2005 da RFB, ato normativo inadequado ao conceito de "tratado ou lei federal" de que cuida o art. 105, III, "a", da CF. A alegada contrariedade à legislação federal, tal como exposto nas razões recursais, caso existente, seria meramente reflexa.

2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a determinação constante no Decreto-Lei 4.048/1942, no sentido de que as empresas com mais de 500 empregados devem pagar a contribuição adicional ao Sesi/Senai, deve abarcar o estabelecimento como um todo, a pessoa jurídica e não isoladamente cada filial.

3. Agravo Regimental não provido[1].

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo intacta a sentença hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 02 de setembro de 2014.

***

1 AgRg no REsp 1448216/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 14/08/2014.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0039037-12.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – INDENIZAÇÃO DO SEGURO DPVAT – FALECIMENTO DO AUTOR NO CURSO DA DEMANDA – DIREITO DE CRÉDITO – SUBSTITUIÇÃO DO PÓLO ATIVO PELOS HERDEIROS – POSSIBILIDADE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – PRESCRIÇÃO – AFASTADA – MÉRITO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INVALIDEZ PERMANENTE – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL – DEMAIS QUESTÕES DEVOLVIDAS – PREJUDICADAS – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

1. A indenização securitária de DPVAT não envolve direito da personalidade, mas direito de crédito, portanto, não se trata de direito personalíssimo, podendo ser pleiteado pelos herdeiros do credor falecido.

2. Para os casos de invalidez permanente o prazo prescricional começa a correr da data da ciência inequívoca dessa condição pela vítima, de acordo com a Súmula n. 278 do Superior Tribunal de Justiça, o que não existia ao tempo da propositura da demanda.

3. O art. 3º da Lei 6.194/74, entretanto, exige como requisito para o pagamento da indenização do seguro DPVAT a invalidez permanente do segurado, seja ela total ou parcial. Logo, dada a ausência de prova apta à comprovação das lesões de caráter permanente, a improcedência do pleito inicial é medida que se impõe.

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, a prejudicial, conheceram em parte do recurso e deram-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 14 de agosto de 2014.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Real Seguros S/A, atual Tokio Marine Seguradora S/A, interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença de procedência proferida nos autos da Ação de Cobrança de Seguro DPVAT que lhe movem Jovelina Rodrigues Ferreira e Cintia Aparecida R. F. Hokama, em decorrência da substituição processual do autor Sebastião Rodrigues Ferreira, falecido no curso da demanda. Sustenta, preliminarmente, a ilegitimidade das apeladas porque não poderiam suceder o autor na qualidade de herdeiras, tendo em vista que a indenização do seguro DPVAT decorrente de invalidez permanente é direito personalíssimo. Ainda em preliminar aduz prejudicial de mérito em decorrência da prescrição, posto que houve propositura da

ação mais de três anos após o acidente. No mérito, defende a inexistência de prova da invalidez permanente, porque não foram juntados os exames pós operatórios requeridos pelo perito, mesmo após diversas intimações para fazê-lo, e este não pode concluir pela existência de invalidez. Prossegue, pelo princípio da eventualidade, argumentando que deve ser respeitado o valor máximo de R$ 13.479,48, previsto em Resolução vigente à época do acidente, bem como a tabela da Susep para indenização segundo o grau de invalidez. Defende a incidência de correção monetária a partir do ajuizamento da ação e o afastamento da multa do art. 475-J do CPC. Pugna pelo provimento.

As apeladas apresentaram contrarrazões defendendo a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Real Seguros S/A, atual Tokio Marine Seguradora S/A, interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença de procedência proferida nos autos da Ação de Cobrança de Seguro DPVAT que lhe movem Jovelina Rodrigues Ferreira e Cintia Aparecida R. F. Hokama, em decorrência da substituição processual do autor Sebastião Rodrigues Ferreira, falecido no curso da demanda.

Sustenta a apelante, preliminarmente, a ilegitimidade das apeladas porque não poderiam suceder o autor na qualidade de herdeiras, tendo em vista que a indenização do seguro DPVAT decorrente de invalidez permanente é direito personalíssimo.

Pois bem. A meu ver, a indenização securitária de DPVAT não envolve direito da personalidade, mas direito de crédito, portanto, não se trata de direito personalíssimo, podendo ser pleiteado pelos herdeiros do credor falecido. Não se aplica, no caso, portanto, qualquer dispositivo da Lei n. 6.194/74, pois esta trata do direito material, consequentemente, a quem compete o crédito. Nos termos desta lei, o crédito do seguro DPVAT deve ser pago à vítima, que é, portanto, a parte legítima a ingressar com a ação de cobrança.

Porém, falecendo a vítima/credora, como em todo direito patrimonial, aplica-se o princípio da *saisine*, segundo o qual o *de cujus* transmite a seus herdeiros seu patrimônio de forma íntegra, compreendendo todos os direitos que não se extinguem com a morte, sendo eles, bens móveis, imóveis, débitos e créditos. Logo, vindo à óbito o credor do seguro DPVAT, não se consulta novamente a Lei n. 6.194/74 para aferir a quem pagar a indenização, tal direito se transmite aos sucessores, nos termos do art. 1.829 e seguintes do Código Civil.

Incide, então o disposto no art. 43 do CPC:

> *"Art. 43. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265."*

Sobre o tema preleciona Humberto Theodoro Júnior:

> *"No caso de morte de qualquer dos litigantes, a substituição por seu espólio ou seus sucessores é necessária, salvo na hipótese de ação intransmissível".* (Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e do processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 120)

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência pátria:

> *"Agravo de Instrumento - DPVAT -Cobrança de diferença - Substituição processual - Habilitação dos herdeiros - Admissibilidade - Exegese do artigo 43 do Código de*

Processo Civil – Indenização decorrente da invalidez - Direito material que se incorpora ao espólio". (TJSP. AI n. 990.10.178641-9. 33ª Câmara – Relator: Des. Sá Moreira de Oliveira. Julgado em 17.05.2010. Publicado em 21.05.2010).

"Seguro de vida em Grupo e Acidentes Pessoais Coletivo - Ação em que se objetiva o pagamento da garantia contratual de invalidez total e permanente por doença - Morte do segurado no curso da ação - Habilitação de seus herdeiros - Admissibilidade - Decisão mantida - Recurso improvido. O direito material posto em juízo, no qual se busca o recebimento de indenização decorrente de invalidez do segurado, não implica em reconhecimento do direito como personalíssimo, podendo ser perfeitamente transmitido aos herdeiros, não desaparecendo o direito material em razão do óbito do autor." (TJSP. Agravo de Instrumento n°1.139.586-0/2, 30ª Câmara de Direito Privado, Rei. Des. Orlando Pistoresi. Julgado em 16.01.2008)

"SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) - INTERESSE PROCESSUAL CONFIGURADO - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - INDENIZAÇÃO DEVIDA ATÉ 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS -- PROVA - INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL. – (...) Não há que se falar em perda do objeto por intransmissibilidade da ação de indenização, visto que se trata de matéria fundada em direito patrimonial, passível de substituição processual". (TAMG. Apelação Cível n° 428.966-9. Primeira Câmara Cível. Relator: Juiz Tarcísio Martins Costa. Julgado em 03.09.2004. Publicado em 02.10.2004)

No que se refere ao fato do autor ter falecido antes de realizar a perícia para avaliação da invalidez que alegava na inicial, nada obsta que seus sucessores comprovem as lesões por outros meios, como atestados, prontuários médicos ou depoimentos testemunhais. Caso a prova da invalidez não venha aos autos implicará em improcedência do pedido inicial e não em carência de ação.

Assim, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

Ainda em preliminar aduz prejudicial de mérito ao argumento de ocorrência da prescrição, posto que houve propositura da ação mais de três anos após o acidente.

Compulsando os autos, observa-se que o acidente envolvendo o ora falecido autor deu-se em 07/01/2006 (f. 11), quando já vigia o novo Código Civil. Assim, o prazo prescricional para a presente ação encontra-se previsto no art. 206, § 3º, inciso IX:

"Art. 206. Prescreve:

§ 3º Em três anos:

IX – a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório."

O Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula n. 405, que recebeu a seguinte redação:

"A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos."

Portanto, estando definido que o prazo prescricional é de três anos para a vítima requerer o seguro, resta analisar quando inicia sua fluência. Para os casos de invalidez permanente o prazo prescricional começa a correr da data da ciência inequívoca dessa condição pela vítima, de acordo com a Súmula n. 278 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral."

Nesse sentido, colaciono julgado deste Tribunal:

> *" APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA DE SEGURO DPVAT – PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO – PRAZO TRIENAL, CONTADO A PARTIR DO LAUDO CONCLUSIVO DA INVALIDEZ PERMANENTE, NÃO OCORRIDO – PREJUDICIAL AFASTADA – MÉRITO – PEDIDO DE QUE SEJA DIMINUÍDO O VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM FAVOR DE PESSOA QUE SOFREU INVALIDEZ PARCIAL E PERMANENTE – IMPOSSIBILIDADE – INDENIZAÇÃO QUE DEVE SER FIXADA EM VALOR CORRESPONDENTE AO SALÁRIO MÍNIMO SEM QUE ISTO IMPLIQUE AFRONTA AO ART. 7º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SALÁRIO-MÍNIMO QUE DEVE CORRESPONDER ÀQUELE VIGENTE À DATA DO ACIDENTE, DATA A PARTIR DA QUAL TAMBÉM DEVE INCIDIR A CORREÇÃO MONETÁRIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I- O prazo de três anos para o ajuizamento da ação de cobrança de seguro DPVAT, sob pena de prescrição, em caso de invalidez parcial e permanente, não pode ser contado a partir da data do acidente, mas sim a partir do laudo conclusivo da invalidez sofrida pela vítima, consoante dispõe o enunciado contido na Súmula 278, do Superior Tribunal de Justiça. (...)"* (Apelação Cível N. 2009.024220-3/0000-00 - Campo Grande, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, 5ª Turma Cível, julgado em 12.11.2009)"

Ainda,

> *APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) POR INVALIDEZ PERMANENTE - SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO POR FALTA DE COMPROVAÇÃO DA INVALIDEZ E DO NEXO CAUSAL - EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE RELATOS MÉDICOS ATESTANDO A CONTINUIDADE DO TRATAMENTO ORTOPÉDICO E NECESSIDADE DE NOVA CIRURGIA - AUSÊNCIA DE CONSOLIDAÇÃO DA LESÃO - PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR SUSCITADA DE OFÍCIO - AUSÊNCIA DE NECESSIDADE E UTILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL PLEITEADA - PREVALÊNCIA DO DIREITO SUBSTANCIAL SOBRE O DIREITO FORMAL - PRELIMINAR ACOLHIDA PARA EXTINGUIR O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. I. Se a pretensão dos beneficiários do seguro obrigatório fundado em invalidez permanente só se inicia quando da ciência inequívoca de sua debilidade, seja por meio de laudo particular ou laudo judicial, em havendo nos autos iterativos relatos médicos atestando a continuidade do tratamento e a necessidade de nova cirurgia para minimizar as sequelas do acidente, é de rigor concluir que o pretenso beneficiário não possui interesse de agir, uma vez que a tutela jurisdicional somente será útil e necessária quando estabelecida definitivamente a invalidez permanente. II. Mostra-se equivocado o julgamento de improcedência nestas condições, pois estar-se-ia inviabilizando um futuro direito em nome da aplicação da lei adjetiva, subtraindo o direito substancial em função do direito formal, antes mesmo do nascimento da pretensão. III. Visando preservar o direito social ao recebimento do seguro obrigatório, impõe-se reconhecer a falta de interesse de agir do pretenso beneficiário para decretar a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. "*(Apelação Cível - Sumário - N. 2010.036280-8/0000-00 - Três Lagoas, Terceira Turma Cível, Relator Designado - Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson, Publicação: 25/03/2011, Nº Diário: 2388)

Examinando os documentos acostados aos autos, verifica-se que no momento da propositura da ação ainda não havia prova inequívoca da incapacidade do autor e o primeiro laudo pericial realizado nos autos para este fim foi elaborado em 25 de setembro de 2011, de modo que, evidentemente, não se verifica a prescrição.

Diante de tais circunstâncias, não merece reforma a sentença que rejeitou a arguição de prescrição.

No mérito, a apelante, defende a inexistência de prova da invalidez permanente, porque não foram juntados os exames pós operatórios requisitos pelo perito, mesmo após diversas intimações para fazê-lo, e este não pode concluir pela existência de invalidez. Prossegue, pelo princípio da eventualidade, argumentando que deve ser respeitado o valor máximo de R$ 13.479,48, previsto em Resolução vigente à época do acidente, bem como a tabela da Susep para indenização segundo o grau de invalidez. Defende a incidência de correção monetária a partir do ajuizamento da ação e o afastamento da multa do art. 475-J do CPC.

Analisando detidamente a prova dos autos, tenho que a sentença merece reforma. É que, de acordo com a prova pericial realizada nos autos às f. 274/280, complementada à f. 348, não foi possível aferir a existência de invalidez permanente.

Nesse sentido, afirmou o *expert* à f. 279:

> *"3. Da fratura do joelho esquerdo (platô tibial) houve tratamento cirúrgico com placa e parafusos, conforme descrito no relatório de operação de f. 22.*
>
> *4. Como não existe a possibilidade de avaliação do Sr. Sebastião Rodrigues Ferreira, seria de suma importância a avaliação de exames pós operatórios da vítima, para podermos visualizar possíveis sequelas radiológicas.*
>
> *5. A parte autora, por desinteresse, por tentativa de obstrução ou por falta de entendimento, não apresentou qualquer tipo de exame pós operatório do autor.*
>
> *(...)*
>
> *8. Sendo assim, baseado nos documentos anexados aos autos, não podemos afirmar, convictamente, que exista invalidez ou incapacidade resultante do acidente do dia 07/01/2006."*

Complementando o laudo à f. 348 afirmou o mesmo perito:

> *"(...) a parte autora, mais uma vez, apresentou prontuário hospitalar da internação neurológica do Sr. Sebastião Rodrigues Ferreira, devido a AVC, ocorrido no ano de 2009, e sem nenhum tipo de relação com o acidente de trânsito objeto desta demanda; não apresentando os exames pós operatórios solicitados."*

Portanto, diante das informações constantes do laudo pericial, não foi possível constatar a existência de invalidez permanente, porque não se sabe se remanesceram ou não sequelas após o tratamento cirúrgico.

O art. 3º da Lei 6.194/74, entretanto, exige como requisito para o pagamento da indenização do seguro DPVAT a invalidez permanente do segurado, seja ela total ou parcial. O dispositivo em vigor à época do sinistro trazia a seguinte redação:

> *"Art . 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no artigo 2º compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada: (...)*
>
> *b) - Até 40 (quarenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País - no caso de invalidez permanente; (...)."*

O texto é bastante claro ao exigir a ocorrência de invalidez permanente, ou seja, perene, definitiva, ainda que parcial, como condição para o pagamento da indenização. O juízo *a quo* presumiu que as sequelas são irreversíveis, tendo em vista a necessidade de cirurgia. No entanto, a cirurgia tem por finalidade justamente o tratamento da lesão e seu insucesso não restou demonstrado.

Logo, dada a ausência de prova apta à comprovação das lesões de caráter permanente, a improcedência do pleito inicial é medida que se impõe.

Frise-se que esta Câmara Cível já decidiu pela impossibilidade do acolhimento do pedido de cobrança de seguro DPVAT, quando inexistente a invalidez permanente. Confira:

> *"APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DPVAT - PROVA PERICIAL - INVALIDEZ PERMANENTE - NÃO COMPROVADA - CONDENAÇÃO DE BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA NOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - POSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. A Lei 6.194/74, no art. 3º, prevê que os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada.* ***É necessária a comprovação da invalidez permanente para ser devida a indenização decorrente de acidente causado por veículo automotor.*** *É possível e devida a condenação do beneficiário da gratuidade de justiça em custas e honorários advocatícios, cuja cobrança fica obstada até que possa realizar o pagamento sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família, observado o prazo prescricional de 5 anos."* (Apelação Cível - Ordinário - n. 2010.028817-9/0000-00 - Campo Grande, Quinta Turma Cível, de minha relatoria, Publicação: 19/10/2010, Nº Diário: 2298) destaquei

Com isso, entendo prejudicada a análise das demais questões aventados no recurso da seguradora no sentido de reduzir o valor indenizatório.

Ante o exposto, conheço em parte do presente recurso de apelação e, na parte conhecida, dou-lhe provimento para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial. Diante deste desiderato, fica invertido o ônus da sucumbência, cujos honorários advocatícios fixo em R$ 1.000,00, nos termos do art. 20 do CPC, incidindo *in casu* o disposto no artigo 12 da Lei n. 1060/50, por serem as apeladas beneficiárias da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar, a prejudicial, conheceram em parte do recurso e deram-lhe provimento, 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, 14 de agosto de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0053111-76.2006.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VENDA DE VEÍCULO FINANCIADO A TERCEIRO, SEM ANUÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – CONTRATO PARTICULAR – INADIMPLEMENTO DAS PARCELAS DO FINANCIAMENTO – NEGATIVAÇÃO DO NOME DO FINANCIADO – DANOS MORAIS CONFIGURADO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Em que pese a necessidade de anuência do agente financeiro quanto à negociação do bem sobre o qual pende alienação fiduciária em garantia, tal circunstância não afasta o ilícito cometido pelo réu na relação jurídica firmada com o autor quando da compra e venda de direitos sobre o veículo, em face da ausência de pagamento das respectivas prestações, fato que gerou a inscrição do nome do autor junto ao SERASA, pela instituição financeira.

2. Dever de indenizar pelo dano moral.

3. Em consequência da alteração da sentença com a condenação do apelado à indenização por danos morais, impõe-se a modificação do ônus da sucumbência, de modo a recair integralmente ao apelado/réu, pelo que os honorários advocatícios em favor do apelante devem ser fixados em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do disposto no artigo 20, § 3º, do CPC.

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, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 21 de agosto de 2014.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

David Gomes da Silva Júnior, interpõe Recurso de Apelação contra sentença proferida nos autos da Ação de Obrigação de Fazer, c/c Indenização por Danos Morais, que promove em face de Edvaldo Arakaki, na qual foi julgado parcialmente procedentes os pedidos iniciais, restando confirmada a tutela concedida liminarmente com a finalidade de excluir o nome do autor dos cadastros de inadimplentes e compelir o réu a realizar a transferência do contrato de financiamento para o seu nome, com incidência da pena pecuniária ao requerido, em dois dias de atraso, determinando a expedição de ofício ao Detran/MS com a finalidade de transferência do veículo GM/Omega Suprema GLS, placa LII 9989, para o nome do requerido, sem prejuízo da cobrança das custas do procedimento, licenciamento, seguro obrigatório e outras

eventuais despesas a serem arcadas pelo réu. Pela sucumbência, considerando que o autor decaiu de parte do pedido, distribuiu-se entre as partes, na base de 50% para cada qual, o pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 21, do CPC, ressalvado o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50, com relação ao autor, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita. Condenou o réu, ainda, ao pagamento de multa, por litigância de má-fé, em 1% (um por cento) sobre o valor da causa, e julgou improcedente o pedido feito na reconvenção oposta pelo réu, condenando o reconvinte ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais), nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

Sustenta o recorrente seu inconformismo quanto à improcedência do pedido de indenização por danos morais. Afirma que adquiriu o veículo GM/Omega através de financiamento perante o Banco ABN-AMRO Bank S/A, cujo veículo é objeto de alienação fiduciária. Após firmou termo de compromisso particular com o requerido, reconhecido firma em cartório, comprometendo-se este em quitar as prestações do financiamento, o que não o fez. Alega que diante da inadimplência do apelado no pagamento das parcelas do financiamento do veículo, teve seu nome inscrito nos cadastros de inadimplentes, o que lhe causou graves danos a sua imagem, vida social e financeira, gerando incapacidade de compra a crédito, portanto induvidosa a obrigação do requerido nos danos morais que lhe causou. Pretende ainda a majoração da sucumbência dos autos principais e da reconvenção, afirmando que o valor da causa é de R$ 352.800,00, que o andamento dos autos perdurou mais de sete anos e o valor arbitrado a título de sucumbência não chega a 1% do valor da causa, muito menos remunera o trabalho do advogado de mais de sete anos em primeira instância. Por fim, pugna pelo provimento do recurso.

Sem contrarrazões, embora devidamente intimada (f. 312).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por David Gomes da Silva Júnior, objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da Ação de Obrigação de Fazer, c/c Indenização por Danos Morais, que promove em face de Edvaldo Arakaki, para o fim de julgar procedente o pedido de indenização de danos morais, bem como majorar o valor arbitrado a título de honorários de sucumbência.

Colhe-se dos autos que David Gomes da Silva Junior adquiriu um veículo GM/omega através de financiamento com o Banco ABN-AMRO Bank S/A, com garantia de alienação fiduciária. Posteriormente, vendeu os direitos sobre referido veículo à Edvaldo Arakaki/ora apelado, mediante cessão de direitos, onde comprometeu-se a continuar pagando as parcelas do financiamento junto a instituição bancária respectiva, mesmo sem anuência desta. Ocorre que em virtude do inadimplemento no pagamento das parcelas do financiamento por parte de Edvaldo, David teve seu nome negativado perante os órgãos de restrição ao crédito pela instituição bancária. Por conta disso, ajuizou a presente Ação de Obrigação de Fazer, c/c Indenização por Danos Morais, em face do apelado, sendo que o juízo singular julgou improcedente o pleito indenizatório.

Alega o recorrente que faz jus a indenização por danos morais, pois teve seu nome negativado nos cadastros de inadimplentes pela instituição bancária e lá mantido por muito tempo, até a concessão da tutela antecipada nestes autos. Afirma que referida negativação se deu em decorrência da inadimplência do recorrido no pagamento das parcelas do financiamento do veículo que assumiu junto ao recorrente - David, mediante contrato firmado entre ambos.

Extrai-se do julgado monocrático que o juízo singular entendeu pela inexistência de dano indenizável, daí que declarou improcedente o pedido, ao fundamento de que a inscrição do nome do apelante perante os órgãos de restrição ao crédito foi efetivada pela instituição financeira, e esta se pautou no exercício regular do direito. E que o fato de o apelante David ter repassado a responsabilidade pelo pagamento a terceiro, sem anuência da instituição financeira, não ilidiu sua obrigação de pagamento em relação ao contrato de alienação fiduciária. Por fim, considerou mero descumprimento contratual por parte do réu/apelado, o que não gera danos morais.

Em que pese o entendimento do juízo singular, no presente caso, tenho que assiste razão ao apelante.

É que na hipótese dos autos os danos morais perseguidos pelo apelante David tem origem nos atos praticados pelo réu/apelado em razão do não cumprimento das obrigações assumidas em compromisso de compra e venda de direitos sobre veículo envolvendo as partes, onde assumiu a obrigação de pagar as parcelas do financiamento bancário feito pelo apelante em seu nome perante instituição financeira, bem como efetuar a transferência do referido financiamento para o seu nome.

No caso em espécie, não restam dúvidas de que o não cumprimento da obrigação assumida pelo apelado, pagamento das parcelas do financiamento existente sobre o veículo adquirido e em nome do apelante perante a instituição bancária respectiva, deu margem à inscrição restritiva do crédito do autor/apelante, promovida pelo agente financeiro, fato que traduz-se em ato ilícito capaz de gerar direito a recebimento de danos morais.

Sobre a obrigação de reparar o dano, dispõe o art. 186 do CC que, "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comente ato ilícito*", sendo certo que o art. 927 do mesmo Diploma Legal diz que "*Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187) causar ano a outrem, fica obrigado a repará-lo*".

Diante disso, está o requerido/apelado obrigado a reparar o dano causado ao autor/apelante, principalmente porque não foi apresentada qualquer causa de exclusão ou isenção de responsabilidade daquela.

Nesta senda, como já dito, verifica-se que o apelante teve seu nome incluído no cadastro de inadimplentes por culpa exclusiva do apelado que não cumpriu com sua obrigação decorrente do compromisso assumido com o apelante, dando ensejo à presente ação.

Deste modo, restam evidentes nos autos os requisitos necessários caracterizadores da responsabilidade civil, residentes na conduta, relação de causalidade e o dano. Registre-se, por oportuno, que o dano se faz presente pela própria negativação do nome do autor/apelante perante os órgãos de restrição ao crédito (f. 18/19), a qual somente foi baixada após a propositura da presente ação e consequente concessão de tutela antecipada neste sentido.

Em se tratando de inscrição de débito perante os órgãos de restrição ao crédito o dano moral não enseja comprovação, eis que, no caso, o dano em questão se caracteriza pelo dano *in re ipsa*, em que não é necessária a apresentação de provas que demonstrem a ofensa moral da pessoa. O próprio fato já configura o dano.

E ainda que não se tenha apresentado provas da amplitude dos seus prejuízos, deve ser levado em conta que, em se tratando de dano moral, está pacificado nos Tribunais o entendimento no sentido de que *"o dano moral oriundo da inscrição indevida do nome do consumidor em órgão de proteção ao crédito é presumido (dano moral puro), não sendo necessária a produção de prova para sua demonstração, bastando o registro da ocorrência negativa para gerar o dever de indenizar"* (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.016335-1/0000-00 - Campo Grande. Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva. Julgamento: 07/07/2011. Órgão Julgador: 5ª Turma Cível).

O STJ já consolidou o entendimento de que "*a própria inclusão ou manutenção equivocada configura o dano moral in re ipsa, ou seja, dano vinculado à própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos*" (Ag 1.379.761).

Assim, evidente o prejuízo moral experimentado pelo autor/apelante, pois a negativação do nome de alguém junto aos órgãos de proteção ao crédito, a par de possíveis efeitos patrimoniais, gera induvidosa mácula ao conceito de honradez e dignidade do suposto devedor.

No caso, a inscrição levada a efeito pela instituição financeira foi regular diante do inadimplemento verificado. Todavia, o mesmo não se pode dizer em relação ao requerido, que ao deixar de quitar em dia as prestações do financiamento que lhe foi cedido pelo autor, deu motivo para que o banco, exercendo direito seu, efetivasse aquela restrição. Assim, impõe-se ao requerido/apelado a obrigação de indenizar pelo registro negativo do nome do autor perante os órgãos de restrição ao crédito, mesmo que efetivado pela instituição bancária.

Fixadas tais premissas – a existência da lesão e o nexo de causalidade com a conduta ora exposta –, impõe-se a reparação do dano moral, que, ante a absoluta impossibilidade da reposição do *status quo ante*, deve se efetivar mediante compensação pecuniária, como forma de amenizar as sequelas oriundas do ato lesivo.

Quanto ao arbitramento da indenização, deve-se levar em conta as condições das partes e o grau da ofensa moral e, ainda, os elementos dos autos, visto que não deve ser muito elevado para não se transformar em enriquecimento sem causa e nem tão baixo para que não perca o sentido de punição.

De fato, nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *"quantum"* a ser fixado a título de dano moral, trata-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina. Confira:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ERRO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LANÇAMENTO INDEVIDO DE NOMES EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - SERASA - DANO MORAL - ARBITRAMENTO - DISSABOR CARACTERIZADO - MAJORAÇÃO - DESCABIDA - RECURSOS IMPROVIDOS - Constitui ato lesivo à honra, ensejando a reparação por danos morais, o lançamento indevido do nome de cliente no órgão de restrição ao crédito (SERASA), por erro da instituição financeira. Em tema de indenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional entre a lesão experimentada pelas vítimas e a situação econômica do ofensor.* (TJMS - AC 2004.004211-6/0000-00 - 1ª T.Cív. - Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto - J. 14.12.2004) destaquei.

E ainda,

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS - MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO APÓS O PAGAMENTO DA DÍVIDA - ATO ILÍCITO - DANO MORAL CONFIGURADO - VALOR INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - MANTIDO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. A desídia do banco em efetuar o cancelamento da negativação do nome do cliente, após o pagamento da obrigação, ensejando a manutenção indevida do nome do devedor nos órgãos de restrição ao crédito, é causa ensejadora do dano moral e passível de indenização. 2. Com relação à existência do dano, em casos que tais, a jurisprudência é pacífica sobre o fato de que a injusta inclusão/manutenção do nome do devedor ou de terceiro em bancos de dados de proteção ao crédito gera dano moral puro, sem necessidade de comprovação das repercussões desse fato para caracterizá-lo, que servem primordialmente para a fixação do valor da indenização.*

> ***3. Na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as conseqüências do ato. Além disso, na quantificação da reparação do dano moral, há que se observar, também, a atividade, a condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor em suportar o encargo, sem dar azo ao enriquecimento sem causa****. In casu, levando em conta todos esses fatores, os 15 salários mínimos arbitrados na sentença constituem quantum capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que o banco torne-se reincidente, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. "*(Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel, Publicação: 15/10/2010, Nº Diário: 2296) frisei

Com isso, tendo em vista as circunstâncias do fato explanado, a extensão do dano, bem como a capacidade econômica das partes, tenho que o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo o suficiente e se apresentando adequado e consonância com a média que se tem adotado em casos deste jaez.

Por derradeiro, em razão da alteração da sentença no que se refere a condenação do apelado à indenização por danos morais, tenho que o ônus da sucumbência recai integralmente ao apelado/réu, pelo que os honorários advocatícios em favor do autor/apelante tem que ser fixado em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do disposto no artigo 20, § 3º, do CPC.

Insurge-se também o recorrente quanto aos honorários sucumbenciais fixados na reconvenção, todavia, entendo que foram fixados adequadamente, eis que atendidos os requisitos previstos no § 3º do artigo 20, do CPC, uma vez que no caso dos autos, em se tratando de ação em que não houve condenação, é de se observar que a regra a ser aplicada é a do § 4º do art. 20, em que os honorários serão fixados mediante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *"a", "b" e "c"* do parágrafo anterior, portanto, devendo ser mantido o valor fixado.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para reformar a sentença, a fim de julgar procedente o pedido de indenização por danos morais, condenando o requerido/apelado ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) ao autor/apelante, acrescido de correção monetária a partir deste julgamento e juros de mora a contar da citação. Por consequência, deverá o apelado arcar integralmente com o ônus da sucumbência, inclusive honorários que fixo no valor de 15% sobre o valor 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. 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, 21 de agosto de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0807458-37.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL – CARÊNCIA DA AÇÃO – INADEQUAÇÃO DE VIA ELEITA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A retificação do Registro Civil é possível nas hipóteses de erro ou falsidade, nos termos do art. 113 da Lei de Registros Públicos e art. 1.604 do Código Civil. A pretensão tendente à inclusão do estado de filiação e sobrenome do suposto genitor não enseja retificação de registro, por não consubstanciar erro ou falsidade do registro. Tal proveito somente pode ser alcançado através do reconhecimento, judicial ou voluntário, da paternidade. Já falecido o suposto genitor, somente pela via judicial.

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 com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 11 de setembro de 2014.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Cândida Torres Baes interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença de indeferimento da petição inicial da ação de retificação de registro civil que propôs. Alega que o juízo *a quo* considerou faltar interesse de agir por inadequação da via, uma vez que para inclusão da paternidade em assentos registrais seria necessária a propositura de ação de investigação de paternidade. Afirma que não compartilha do entendimento do juízo, porque houve realização de inventário consensual entre todos os filhos do falecido, onde a apelante foi arrolada como herdeira na condição de filha natural, sem qualquer oposição, processo que terminou com homologação sem qualquer incidente. Argumenta que a filiação da recorrente é situação inconteste no âmbito da família e de todos que a conhecem. Aduz que a documentação juntada possui fé pública, dispensando a dilação probatória, inclusiva a realização de DNA. Enfim, assevera que, na hipótese, a investigação de paternidade é desnecessária para regularizar a sua situação registral. Pugna pelo provimento.

O Ministério Público, tanto em primeira (f. 186/188), quanto em segunda instância (f. 196/199), opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Cândida Torres Baes ajuizou Ação Declaratória de Retificação de Registro Civil, cuja petição inicial foi liminarmente indeferida diante da carência da ação, por inadequação da via eleita constatada pelo Juízo da causa.

Insurge-se a autora alegando a desnecessidade do manejo de ação de investigação de paternidade, tendo em vista que o vínculo de parentesco com Alonso de Souza Barbosa, falecido, seria amplamente reconhecido no seio familiar e social, tendo figurado, inclusive, como herdeira na Ação de Inventário daquele. Reafirma, assim, o pleito inicial, no sentido de retificar seu registro civil, indicando seu nome correto (Cândida Torres Barbosa), bem como o nome do seu genitor (Alonso de Souza Barbosa).

A pretensão recursal não merece prosperar, a toda evidência.

Segundo narrativa constante da inicial, a apelante alega-se filha legítima de Alonso de Souza Barbosa, bem como que haveria equívoco nos assentos de registro civil, onde não consta essa informação.

Ocorre que, nos termos do art. 1.604 do Código Civil, ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro. Isso porque há presunção de veracidade nas declarações contidas no registro de nascimento, que tem fé pública.

Milton Paulo de Carvalho Filho comenta o dispositivo:

> *"...A regra é a presunção praticamente absoluta da filiação estabelecida no registro, só se admitindo sua alteração em caso de erro ou falsidade reconhecida em decisão judicial. (...) No presente dispositivo, cuida-se da hipótese em que já houve o reconhecimento, prevalecendo o que consta do registro. Autorizam, porém, vindicar estado de filiação contrário ao registro o erro ou a falsidade. Caracteriza-se o* ***erro*** *como o engano não intencional na declaração relativo ao próprio ato de registro, por parte do declarante ou do oficial. A* ***falsidade*** *é a declaração intencionalmente contrária à verdade que havia de constar do registro."* (Código Civil Comentado, 3ª ed., Coord. Min. Cezar Peluso, 3ª ed., 2009, f. 1.705) [destaquei]

Portanto, para todos os efeitos, em conformidade com os assentos de nascimento, a apelante não é filha de Alonso de Souza Barbosa. Inexiste referência a engano não intencional na declaração ou declaração intencionalmente contrária à verdade, daí porque não há falar em erro ou falsidade do registro.

Vale destacar, ainda, que a autora nasceu em 29 de agosto de 1950 (f. 9), contando, atualmente, com 64 anos de idade, lapso temporal incompatível com a idéia de mero erro nos assentamentos civis.

Por essa razão, entendo, na linha do raciocínio desenvolvido pelo Juízo da causa e pelo órgão ministerial, não ser possível a retificação do registro antes do reconhecimento do estado de filiação.

O reconhecimento da paternidade de filho havido fora do casamento somente pode ser voluntário ou judicial. No reconhecimento voluntário o registro da filiação segue o regramento disposto no art. 1.609, do Código Civil, ou seja, é necessária a vontade do genitor de reconhecer juridicamente a condição de paternidade.

Nesse sentido, a Lei nº 8.560/92 dispõe:

> *"Art. 1° O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:*
>
> *I - no registro de nascimento;*
>
> *II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;*
>
> *III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;*
>
> *IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém."*

Entretanto, o suposto genitor da apelante faleceu e não manifestou, em vida, vontade de reconhecer a paternidade. Resta à apelante apenas a via judicial, por intermédio da ação de investigação de paternidade.

Já a retificação do registro civil é permitida nos casos de erro de grafia e troca de nome para retirada ou inserção de patronímico, conforme previsão contida no art. 113 da Lei 6.015/73*:*

> *"As questões de filiação legitima ou ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma de assento".*

A retificação de registro tem natureza administrativa, razão pela qual não admite a discussão sobre questão de estado, a exemplo da filiação, que deve observância à cláusula de reserva de jurisdição, ou seja, somente podem ser dirimidas em juízo.

Desta feita, a pretensão deduzida na inicial somente pode ser alcançada pela via da ação de investigação de paternidade, sob pena de violação à disposição contida no art. 1.604 do Código Civil, evidenciando a carência da ação por inadequação da via eleita e ensejando o indeferimento liminar da petição inicial, nos termos do art. 295, III, do CPC, e o julgamento de extinção fo processo, sem julgamento de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC.

Ante o exposto, e em consonância com o parecer do Ministério Público, conheço e nego provimento ao presente recurso, mantendo inalterados os precisos termos da sentença invectivada.

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.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

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, 11 de setembro de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0001230-43.2010.8.12.0026 – Bataguassu
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO ILÍCITO PRATICADO POR POLICIAL MILITAR – NEXO CAUSAL CARACTERIZADO – DEVER DE INDENIZAR – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO – PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS.*

1. O nexo de causalidade entre a conduta do servidor público e o dever de indenizar do Estado revela-se evidente quando o policial militar, no horário do expediente, fardado, em viatura policial, vai até o local e comete o ato ilícito, ainda que por motivo pessoal.

2. Havendo conduta ilegal e comissiva do Estado, sua responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

3. O *quantum* indenizatório referente aos danos morais, fixado em R$ 80.000,00, está dentro dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade, considerado o prejuízo suportado pela autora e o caráter pedagógico da condenação.

4. Mantém-se o termo inicial dos juros moratórios desde a citação, conforme estabelecido na sentença recorrida, ante a proibição da *reformatio in pejus.*

5. 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 maioria, nos termos do voto do relator, negar provimento aos recursos, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, MS, 19 de agosto de 2014.

Juiz Vilson Bertelli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação (f. 177/185) contra sentença (f. 168/173) proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Bataguassu/MS que, nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais, julgou procedente os pedidos formulados pela autora para condenar o réu ao pagamento de 1/3 (um terço) do salário mínimo por mês entre o período de 16 de outubro de 1.995 até o trânsito em julgado da sentença, a título de indenização por danos materiais e ao valor de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), referente aos danos morais.

Sustenta que não tem o dever de indenizar, pois houve uma ruptura do nexo causal, visto que o autor do dano não se valeu da condição de servidor público para cometer o ato ilícito, consistente no homicídio do genitor da autora, que contava com menos de 03 anos de idade na data do fato. Requer a redução do *quantum* indenizatório e a incidência dos juros de mora a partir da data da sentença.

Contrarrazões às f. 192/200.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (Relator).

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação (f. 177/185) contra sentença (f. 168/173) proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Bataguassu/MS que, nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais julgou, procedente os pedidos formulados pela autora para condenar o réu ao pagamento de 1/3 (um terço) do salário-mínimo por mês, a título de indenização por danos materiais, e ao valor de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) referente aos danos morais.

Sustenta que não tem o dever de indenizar, pois houve uma ruptura do nexo causal, visto que o autor do dano não se valeu da condição de servidor público para cometer o ato ilícito. Requer a redução do *quantum* indenizatório e a incidência dos juros de mora a partir da data da sentença.

I. Do nexo causal e do dever de indenizar.

O Estado de Mato Grosso do Sul afirma que não pode ser responsabilizado pela conduta de José Aparecido de Moura, uma vez que ele não praticou o ato ilícito em razão de sua função como policial militar, mas sim em defesa de seus interesses particulares, pois foi cobrar uma dívida pelo uso de uma linha telefônica que a vítima tinha para com sua esposa.

Todavia, a alegação do apelante não merece acolhimento.

Consta dos autos que, em 16 de outubro de 1.995, o policial militar, José Aparecido de Moura, dirigiu-se até o local de trabalho do genitor da autora e, devido a uma dívida existente entre ambos, acabou desferindo três tiros que causaram a morte de Pedro Pereira da Silva. Com isso, o agente estatal foi condenado pelo crime previsto no art. 121, § 4º, do Código Penal.

Infere-se da ação penal acostada aos autos às f. 23/46, que o autor do dano deslocou-se até a oficina mecânica da vítima, em horário de serviço, devidamente fardado, em viatura da polícia militar e em companhia de um colega de profissão.

José Aparecido de Moura revelou, em suas declarações no processo criminal, que realizava diligências para encontrar uma suposta motocicleta que estaria em posse da vítima e, por isso, teria ido até o lugar do delito.

Veja-se do interrogatório do policial militar, *in verbis*:

> *"(...) que durante a execução do serviço recebeu informação que uma moto que estava de posse do elemento conhecido como Pina tinha procedência 'suspeita', que falou para o Sd PM João David dos Santos, vamos realizar umas diligências para ver se localizamos um elemento, que não comentou quem era este elemento com o seu colega de trabalho, que após terem investigado pelas ruas da cidade, resolveu deslocar até a Oficina Mecânica Pina, do então elemento suspeito (...)". (f. 26).*

Desse modo, impossível prosperar a pretensão do réu, visto que o próprio servidor público admitiu que estava exercendo sua função laborativa quando praticou o crime e, no presente caso, é evidente que o policial militar aproveitou-se da sua atividade funcional para intimidar a vítima a saldar o débito que tinha com a sua esposa e cometer a infração penal, ainda que por motivação pessoal.

Assim, configurado o nexo de causalidade entre a conduta do servidor público e o dano experimentado pela autora, que perdeu o pai quanto contava com menos de três anos de vida, sendo ele o provedor de alimentos da família.

Sobre o assunto, destaca a doutrina:

> *"A relação entre o Estado e seus agentes se caracteriza por um princípio de vinculação: todos os atos praticados pelos agentes do Estado o vinculam, ancorando-o a uma esfera de responsabilidade civil perante o administrado-jurisdicionado, sempre que tais atos causem a este último qualquer espécie de dano, patrimonial e/ou moral.*
>
> *Escusado dizer que a natureza vinculativa dessa relação não se esgota aí, na órbita da responsabilidade, mas abrange, de modo geral, todos os atos dos agentes públicos, lícitos ou ilícitos, como representantes que são da administração estatal."*[1]

Logo, aplica-se o disposto no § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, que prevê o 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."*

Portanto, presente está o direito da autora ao recebimento de indenização por danos materiais e morais.

II. Do *quantum* indenizatório em relação aos danos morais.

Em outra oportunidade, o apelante pugna pela diminuição do valor fixado pelo juízo singular em R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a título de indenização por danos morais.

Contudo, o valor estipulado em primeiro grau não se revela excessivo ou desproporcional, levando em consideração a culpa e a força financeira do ofensor, a extensão dos danos causados à ofendida, que perdeu o pai ainda criança, além do caráter pedagógico da condenação, uma vez que o Estado deve selecionar melhor seus servidores, além de capacitá-los adequadamente, principalmente os policiais militares que têm o compromisso de garantir a segurança da sociedade.

Desse modo, mantenho o valor de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) fixado pelo MM. Juiz *a quo*.

III. Dos juros de mora.

Por fim, o apelante pleiteia a incidência dos juros moratórios a partir da data da sentença. Essa pretensão não pode ser acolhida porque a fixação dos juros a partir da citação já foi benéfica ao Estado. Isso porque, além de ser pacífico o entendimento de que nos casos de reparação por dano moral os juros de mora fluem a partir do evento danoso, há a Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual."*

1 Nery Junior, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. **Responsabilidade Civil**, v. 6 – **Responsabilidade civil do Estado** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Páginas 264 e 265.

Assim, ao fixar a incidência dos juros moratórios a partir da citação, e, pelo fato de a parte autora não ter se irresignado quanto sua incidência, não há como alterá-la de ofício, visto que prejudicaria a parte apelante, providência esta vedada pelo princípio da *reformatio in pejus*.

Por isso, mantenho a incidência dos juros moratórios desde a citação, conforme estabelecido na sentença recorrida.

Em reexame necessário, confirmo, quanto ao mais a sentença, mesmo quanto aos juros moratórios, ante a vedação imposta pela Súmula n. 45 do STJ[2].

Ante o exposto, conheço o recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e lhe nego provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, nos termos do voto do relator, negaram provimento aos recursos, vencido o 2º vogal.

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

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, MS, 19 de agosto de 2014.

***

2 Súmula n. 45 do STJ: "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública".

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0027802-77.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – OFICIAL PENITENCIÁRIO REFÉM EM REBELIÃO PRISIONAL – AGRAVO RETIDO – ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE PRESCRIÇÃO – MÉRITO – DANOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – DANO MORAL CONFIGURADO – FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO.

I. O Estado de Mato Grosso do Sul é parte legítima para responder por ação indenizatória decorrente de danos causados a seu servidor durante o expediente de trabalho.

II. O prazo prescricional para as ações ajuizadas contra a Fazenda Pública é quinquenal, na forma do artigo 1º do Decreto n. 20.910/32.

III. De acordo com a teoria do risco administrativo, comprovado o nexo causal entre a conduta omissiva da Administração e os danos suportados pelo agente público, esta configurado o dever de indenizar.

IV. A indenização deve ser fixada em valor razoável e proporcional à hipótese fática.

Recurso conhecido e 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, negar provimento ao agravo retido e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 2 de setembro de 2014.

Juiz Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Solan Victor Barbosa interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande/MS que, nos autos da demanda de indenização por danos morais ajuizada em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido inicial.

Relata que é agente penitenciário e, em maio de 2006, foi mantido refém por mais de 20 (vinte) horas durante rebelião no presídio de segurança máxima da capital. Sustenta que o episódio lhe acarretou

diversos traumas e, inclusive, foi aposentado por invalidez. Alega que o evento danoso ocorreu por omissão do Estado, que possibilitou a entrada de armas no estabelecimento prisional. Afirma que a responsabilidade do Estado é objetiva, visto que é seu dever zelar pela integridade física dos seus servidores. Por fim, pede a reforma da sentença para que o ente público seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais.

Contrarrazões apresentadas às f. 234/238, em que o recorrido reitera as razões do agravo retido, interposto contra decisão que afastou as alegações de ilegitimidade passiva e de prescrição.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Solan Victor Barbosa contra sentença proferida pelo juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande/MS que, nos autos da demanda de indenização por danos morais ajuizada em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido inicial, f. 204-207.

Narra que é agente penitenciário e, em maio de 2006, foi mantido refém por mais de 20 (vinte) horas durante rebelião no presídio de segurança máxima da capital. Sustenta que o episódio lhe acarretou diversos traumas e, inclusive, foi aposentado por invalidez. Alega que o evento danoso ocorreu por omissão do Estado, que possibilitou a entrada de armas no estabelecimento prisional. Afirma que a responsabilidade do Estado é objetiva, visto que é seu dever zelar pela integridade física dos seus servidores. Por fim, pede a reforma da sentença para que o ente público seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais.

Em contrarrazões, o apelado pede a apreciação do agravo retido interposto às f. 161-173 e o improvimento do recurso.

I. Do agravo retido

Em sede de contrarrazões, o Estado de Mato Grosso do Sul pugnou pelo conhecimento e provimento do agravo retido interposto às f. 161-173.

1.1. Da alegação de ilegitimidade passiva

Aduz que é parte ilegítima para atuar no polo passivo da demanda, uma vez que o servidor fazia parte do quadro de pessoal da Agepen - Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, autarquia estadual.

Todavia, como bem salientou o juiz *a quo*, o documento acostado à f. 29 revela que o agravado ocupava o cargo de técnico penitenciário, pertencente ao quadro permanente de pessoal do Estado de Mato Grosso do Sul, com lotação na secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. Logo, evidenciada a legitimidade do ente público para responder por ação ajuizada por servidor em decorrência de danos causados durante o expediente de trabalho.

Além disso, consoante a teoria da asserção, a presença das condições da ação deve ser verificada em abstrato, a fim de que sejam consideradas verdadeiras as assertivas do demandante em sua petição inicial, com abstração do resultado que possa se verificar por ocasião do julgamento do mérito. Nesse sentido:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO ATINENTE À LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM E À COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL ATINGIDO*

POR INUNDAÇÃO. NÃO PROVIMENTO.1. Cuida-se, na origem, de Ação de Indenização proposta pelo recorrido contra o Município de Maruim-SE, em razão de prejuízos sofridos por força de inundação provocada pela enchente do Rio Ganhamoroba, fato ocorrido em 9.5.2008.2. A sentença de procedência foi mantida pelo Tribunal a quo, que, todavia, reduziu o valor da reparação por danos morais de R$ 6.000, 00 para o patamar de R$ 3.000,00. O ressarcimento dos danos materiais foi confirmado integralmente.3. Insta destacar que o Recurso Especial não trata de temas relativos à responsabilidade por omissão do Município e à configuração dos danos morais e materiais provocados pela inundação.A questão devolvida no presente recurso se refere à legitimidade ativa ad causam e à comprovação da titularidade do imóvel atingido.4. A legitimidade ativa ad causam é uma das condições da ação. Sua aferição, em conformidade com a teoria da asserção, a qual tem prevalecido no STJ, deve ocorrer in status assertionis, ou seja, à luz das afirmações do demandante (AgRg no AREsp 205.533/SP, Rel.Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/10/2012; AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/3/2012; REsp 1.125.128/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 18/9/2012).5. In casu, a análise da demanda instaurada revela que o recorrido possui legitimidade para pleitear o direito em litígio, pois afirmou que sofrera prejuízos decorrentes da inundação do Rio Ganhamoroba e que os danos devem ser imputados à falha do serviço da Administração municipal. Portanto, independentemente das provas produzidas nos autos, não se pode negar a legitimidade ativa ad causam.6. O outro debate provocado pelo recorrente diz respeito à necessidade de o autor demonstrar a propriedade do imóvel atingido.Essa discussão é irrelevante para a definição da responsabilidade da Administração no caso concreto, pois o direito à reparação dos danos materiais reconhecidos pelo Tribunal a quo se restringe aos móveis que guarnecem a residência, e, nesse sentido, é suficiente a comprovação da posse (fls. 235-236).7. Acrescente-se que, diante do contexto fático delineado no acórdão recorrido, a prova de que o recorrido residia no imóvel alcançado pela inundação não pode ser revisitada pelo STJ, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.8. Recurso Especial não provido." (STJ - REsp 1354983/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013)

Ao se verificar que o autor propôs ação indenizatória em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul e atribui ao ente público, e não à Agepen, a responsabilidade pelo evento danoso e pelo dano moral suportado, verifica-se, *in statu assertionis,* a legitimidade passiva do recorrente.

A propósito, este Tribunal já se manifestou sobre a legitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul em julgamento de casos semelhantes:

"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – DANO MORAL – REFÉM EM REBELIÃO PRISIONAL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AGEPEN – RECONHECIDA DE OFÍCIO – VOTO DIVERGENTE PELO AFASTAMENTO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO CARACTERIZADO – CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTENTE – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO – AUSÊNCIA DE CONDUTA OMISSIVA ESTATAL – IMPROVIMENTO.

"Em voto divergente, afastou-se a preliminar de ilegitimidade passiva da Autarquia Estadual, reconhecida de ofício, ao fundamento de que ocorre litisconsórcio facultativo entre o Estado e a Agepen.

Não resta caracterizada ofensa ao princípio da dialeticidade quando é perfeitamente possível extrair da peça recursal as razões do inconformismo da parte recorrente.

Não há cerceamento de defesa quando o conjunto probatório acostado aos autos dispensa realização de audiência instrutória, estando presente, pois a hipótese do Art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Malgrado o Estado ter o dever de zelar pela integridade física do seu servidor, no caso em exame, não há como aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que os danos sofridos pela apelante foram causados por ato "tresloucado" de presos – terceiros –, e não por uma conduta comissiva daquele.

O Estado não tem sido omisso em relação aos problemas penitenciários, eis que tem propiciado ações no sentido de melhorar o tratamento dispensado aos presos, bem como tem em andamento várias obras, sendo que, somente no ano de 2004, foram assinados nove convênios, com finalidades diversas, mas todas no sentido de melhorar e reestruturar o sistema carcerário." (TJMS – Apelação 0017770-49.2007.8.12.0002, Relator(a): Des. Paschoal Carmello Leandro, 4ª Câmara Cível, 19/01/2010)

"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA AGEPEN – RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA LIMITADA À ADMINISTRAÇÃO DOS PRESÍDIOS – PRELIMINAR REJEITADA, PERSISTINDO SOMENTE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO – MÉRITO – DANO MORAL CARACTERIZADO – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL CONJUGADA COM O MÍNIMO EXISTENCIAL – RECURSO PROVIDO.

1. Não cabe à Agepen responder ao pedido de indenização, visto que o fundamento jurídico não tem relação com fato comissivo ou omissivo a ela pertinente, mas a outro, de esfera superior na administração estadual.

2. O Estado será responsabilizado a indenizar quando, por ato omissivo, tenha causado dano a particular, desde que comprovada a conduta culposa ou dolosa do ente federativo.

3. Demonstrado que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene do estabelecimento penal (presídio) não foram sanados, após o decurso de um lapso temporal quando da formalização do laudo pericial, violando, por conseguinte, as disposições da Lei de Execução Penal, bem como a Convenção Interamericana de Diretos Humanos, está devidamente comprovada a conduta omissiva culposa do Estado (culpa administrativa).

4. Não sendo assegurado o mínimo existencial, não há falar em aplicação da teoria da reserva do possível." (TJMS – Apelação 0001185-64.2004.8.12.0021, Des. Hamilton Carli, 3ª Câmara Cível, Data de registro: 07/05/2007)

Assim, naquele momento processual, foi correta a decisão judicial que conferiu legitimidade passiva ao Estado. Ademais disso, essa alegação é evidentemente de mérito. A análise da responsabilidade do Estado pelo fato indicado na inicial é questão de mérito, e conduz ou à improcedência ou à procedência do pedido. Somente por um vício técnico histórico é que se persiste nessa alegação, totalmente ultrapassada e fruto de uma visão distorcida do processo, encravada nos primórdios da ciência processual e contaminada por um dogmatismo inadequado à fase da instrumentalidade do processo.

1.2. Da alegação de prescrição

O Estado também suscita, no mesmo recurso de agravo retido, a prescrição da pretensão, pois as ações indenizatórias baseadas na responsabilidade civil têm, segundo alega, prazo prescricional de 3 anos, nos termos do artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.

Tal alegação não merece prosperar.

As ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública obedecem ao prazo prescricional previsto no artigo 1º do Decreto n. 20.910/32. É o que dispõe o aludido dispositivo:

> *"Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem."*

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

> *"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. QUESTÃO DECIDIDA COM BASE NO ART. 543-C DO CPC. REVISÃO DO VALOR DOS DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.251.993/PR, de relatoria do Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que é de cinco anos o prazo prescricional para o ajuizamento de ação indenizatória contra a Fazenda Pública.*
>
> *2. Apenas em situações excepcionais, em que a parte demonstra de forma contundente que o valor fixado para o pagamento de indenização por danos morais e estéticos é exorbitante ou irrisório, o que não ocorreu no caso, a jurisprudência deste Superior Tribunal permite o afastamento do óbice previsto na Súmula 7/STJ para que seja possível a sua revisão.*
>
> *3. Agravo regimental improvido."* (STJ, AgRg no AREsp 198078 / RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, T1 – Primeira Turma, julgado em 05/09/2013)

Desse modo, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva e a prejudicial de prescrição, e nego provimento ao agravo retido.

II. Mérito

O recorrente pleiteia o recebimento de indenização por danos morais por ter sido feito refém durante rebelião no presídio de segurança máxima de Campo Grande/MS.

Relata que sofreu tortura física e psicológica, ingeriu urina dos presos e assistiu à execução de uma pessoa. Alega que o evento fatídico lhe causou diversos traumas e, inclusive, teve que ser aposentado por invalidez. Aduz que a responsabilidade estatal é objetiva e, com isso, pretende receber indenização por danos morais. Assevera que o evento danoso teria ocorrido por omissão estatal que, em razão da estrutura insuficiente, possibilitou a entrada de armas no presídio e a realização do motim.

O apelante confirma que os danos morais suportados ocorreram em virtude de rebelião prisional, na qual os presos praticaram diversos atos atentatórios contra sua pessoa. Assim, fica claro que o Estado e seus agentes não foram diretamente responsável pelas condutas que ensejaram os suscitados danos morais. As condutas foram praticadas pelos próprios presos durante o motim.

Logo, a responsabilidade imputada ao ente estatal é por omissão decorrente da ineficiência do sistema prisional que possibilitou a realização da rebelião.

Oportuna é a lição doutrinária sobre a responsabilidade civil do Estado:

> *"Invocando a teoria do risco, que fundamenta a responsabilidade objetiva do art. 37, §6º, da CF/1988 Hely Lopes Meirelles sustenta a incidência da responsabilidade objetiva, independentemente de conduta comissiva ou omissiva da administração, dizendo que, quando houver 'falta anônima do serviço', responde a administração objetivamente."*[1]

A tese aplicada é a Teoria do Risco Administrativo segundo a qual é suficiente que o ofendido demonstre a ocorrência de evento danoso e injusto provocado pela ação ou omissão do Poder Público, não sendo necessária a análise da incidência de culpa ou dolo por parte da Administração.

A citada teoria aplica-se à hipótese dos autos, pois prevê a possibilidade de indenização nos casos em que a atividade pública gera riscos passíveis de acarretarem danos aos administrados, impondo-lhes um encargo não suportado pelos demais. É o caso dos agentes penitenciários, policiais e demais agentes públicos que sofrem algum tipo de represália em decorrência da função pública.

Não há dúvida sobre os danos suportados pelo apelante, que ficaram evidenciados pelos diversos transtornos mentais que foi acometido: CID F 43.0 (reação aguda ao stress), CID F 43.2 (transtornos de adaptação) e CID F 60.3 (transtorno de personalidade com instabilidade emocional), f. 31-32. O nexo de causalidade entre a omissão do Estado e os referidos danos também fica claro pelo CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho que indica correlação entre o afastamento do trabalho, as lesões e o histórico do acidente, f. 27. Inclusive, foi concedida aposentadoria por invalidez após longos períodos de afastamento para tratamento de saúde, f. 34 e 40-44. Com isso, é possível inferir que os problemas psiquiátricos do autor se manifestaram em virtude da experiência traumática que passou como refém dos detentos.

Assim, ficou suficientemente demonstrado que os danos suportados pelo recorrente foram ocasionados pela rebelião no presídio de segurança máxima em que o oficial penitenciário foi feito refém e passou por diversas situações ultrajantes. Logo, estabelecido o nexo causal entre os danos e a omissão do Estado, esta caracterizada a responsabilidade civil do Estado e o dever de indenizar.

Nesse sentido seguem os julgados a seguir:

> *"Ementa: SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE MENOR SOB GUARDA. FALTA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo o óbice da súmula 282 do Supremo Tribunal Federal, verbis: é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada. 2. A simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelo dispositivo constitucional apontado como malferido, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária. 3. O estado responde objetivamente por danos sofridos por detentos, no caso, menores sob sua guarda. Teoria do risco administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLX). (RE n. 481.110-AgR). 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: responsabilidade civil - danos morais e materiais- Dano causado a menor detido em instituição Estadual - Responsabilidade do Poder Público -Estando o autor interno em reformatório para menores infratores, com óbvia custódia e proteção direta do Poder Público, este é responsável por sua integridade física - Artigo 5º, XLIX da CF -Redução dos danos morais-13º salário- Exclusão -Recursos parcialmente providos. 5. Agravo regimental desprovido."* (STF - AI 782903 AgR-segundo / SP, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgamento: 13/03/2012)

1 Nery Junior, Nelson e Nery, Rosa Maria Aparecida de Andrade. Responsabilidade Civil do Estado, v.6 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALECIMENTO DE MILITAR NO CUMPRIMENTO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. COMPROVAÇÃO DE CULPA OU DOLO. PRESCINDIBILIDADE. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. JUROS MORATÓRIOS. 12% AO ANO A PARTIR DO CC/2002. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF. 3. Hipótese em que os autores ajuizaram ação contra a União com o objetivo de serem indenizados por danos morais decorrentes da morte do filho militar no desempenho de atividade no Exército. 4. A União Federal, no Recurso Especial, defende que a responsabilidade civil, in casu, deve ser regida pelo art. 159 do Código Civil de 1916 (atual art. 186 do CC/2002), ao argumento de que "o autor precisará provar o ato culposo do agente, o nexo causal entre o ato e o resultado, bem como o prejuízo decorrente". 5. O Tribunal a quo consignou estar demonstrado nos autos o nexo de causalidade entre o evento danoso – falecimento da vítima durante manobra de deslocamento do comboio de viatura blindada – e o desempenho da atividade militar. 6. Consoante a Teoria do Risco Administrativo, consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados aos administrados baseia-se na equânime repartição dos prejuízos que o desempenho do serviço público impõe a certos indivíduos, não suportados pelos demais. 7. Em se tratando de responsabilidade objetiva do Estado, fundada no risco administrativo, o direito dos autores à indenização prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo ou culpa estatal), porquanto suposto vício na manifestação da vontade teria lugar apenas em ação de regresso, o que não se aplica no caso concreto. Precedentes do STJ. 8. A indenização por dano moral não é um preço pelo padecimento da vítima ou de seu familiar, mas, sim, uma compensação parcial pela dor injusta que lhe foi provocada, mecanismo que visa a minorar seu sofrimento, diante do drama psicológico da perda a qual foi submetida. 9. No dano moral por morte, a dor dos pais e filhos é presumida, sendo desnecessária fundamentação extensiva a respeito, cabendo ao réu fazer prova em sentido contrário, como na hipótese de distanciamento afetivo ou inimizade entre o falecido e aquele que postula indenização. 10. O montante indenizatório dos danos morais fixado pelas instâncias ordinárias está sujeito a excepcional controle pelo Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de se revelar exorbitante ou irrisório, o que não ocorre no caso concreto, em que o quantum debeatur foi estipulado em R$ 100.000,00 (cem mil reais) a ser repartido entre ambos os demandantes. 11. É entendimento assente no STJ que os juros relativos ao período da mora anterior à data de vigência do novo Código Civil (10.1.2003) devem ser empregados à taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do CC/1916), e aos juros referentes ao período posterior aplica-se o disposto no art. 406 da Lei 10.406, de 10.1.2002. 12. No caso sob exame, a instância de origem fixou os juros moratórios em 6% (seis por cento) ao ano, a contar da data do evento (março de 1994), até janeiro de 2003, a partir de quando começa a incidir o percentual de 12% (doze por cento) ao ano. 13. Mantêm-se na íntegra os percentuais adotados no acórdão recorrido, porquanto inexiste nos autos recurso das partes com relação à aplicação da Taxa Selic após o advento do Código Civil/2002. 14. Recurso Especial não provido." (STJ - REsp 963353 / PR,Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/08/2009)

"EMBARGOS INFRINGENTES - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MORTE POLICIAL CIVIL - FALECIMENTO DECORRENTE DA FUNÇÃO PÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - MANUTENÇÃO VOTO VENCEDOR - RECURSO IMPROVIDO. A teoria do risco administrativo permite a concessão de indenização por

danos morais nos casos em que o agente público sofre algum tipo de dano em decorrência da função pública" (TJMS - Embargos Infringentes 0050088-49.2011.8.12.0001, 1ª Seção Cível, Data do julgamento: 06/03/2014)

"APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - FURTO DE BICICLETAS NO PÁTIO DE ESCOLA PÚBLICA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA OU CONCORRENTE DA VÍTIMA - DANO MATERIAL COMPROVADO - NÃO-OCORRÊNCIA DE DANO MORAL - HONORÁRIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Em observância ao princípio da teoria do risco administrativo, disposto no art. 37, § 6º, da CF, os danos decorrentes de ação ou omissão dos agentes do Estado, independentemente de culpa, devem ser indenizados pelo Poder Público. Em que pese ter a lei complementar Estadual nº 94/2001 possibilitado à Defensoria Pública receber honorários advocatícios, arbitrados em seu favor, o qual será revertido em prol do FUNADEP - Fundo Especial para Desenvolvimento das Atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, nos termos do artigo 205 da referida lei, cabe asseverar que a Defensoria Pública é órgão do Estado e pelo instituto da confusão não cabe a condenação do Estado ao pagamento de honorários a um de seus órgãos." (TJMS - Apelação 0007521-84.2004.8.12.0021, Des. Rubens Bergonzi Bossay, 3ª Câmara Cível, Data do julgamento: 29/05/2006)

Ainda que não fosse esse o entendimento, caso aplicada ao caso a responsabilidade civil subjetiva, que necessita da analise sobre dolo ou culpa, a omissão do Estado ficou devidamente comprovada pela falha do serviço de vigilância e segurança do estabelecimento penal. A negligência estatal está caracterizada por deixar de oferecer aos servidores as necessárias condições para a realização do seu ofício e, ainda que se trate de função que envolva situações de risco, uma rebelião é um acontecimento anormal decorrente estrutura deficiente do sistema prisional. À propósito:

"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REBELIÃO EM PRESÍDIO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. FALHA NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO. AGENTE PENITENCIÁRIO FEITO REFÉM. AGRESSÕES FÍSICAS E PSICOLÓGICAS COMPROVADAS. OMISSÃO CULPOSA. Nexo e danos bem demonstrados indenização devida. Majoração do montante indenizatório. Recurso do autor parcialmente provido. Recurso dos réus desprovido. Quando o pedido de indenização por dano moral está fundamentada nas lesões que alguém causou a outrem, seja de forma culposa ou dolosa, a dor causada pelo ferimento, já é, de si, suficiente, para a existência do dano. A incolumidade física e pessoal é uma projeção do direito à vida e, o só fato de colocá-la em perigo, seja com lesão simples ou grave, torna o ofensor passível de indenizar sua vítima. O valor da indenização por danos morais envolve critérios sabidamente subjetivos em seu arbitramento, não devendo abranger montante que possa caracterizar enriquecimento ilícito, nem tampouco valor insignificante frente ao constragimento suportado. Sua fixação deve considerar os diversos fatores que envolveram o ato lesivo e o dano dele resultante, em especial, a duração, intensidade, gravidade e repercussão da ofensa, as causas que deram origem à lesão, a intenção do agente e sua condição sócio-econômica." (TJSC; AC 2010.081860-4; Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Pedro Manoel Abreu; Julg. 10/07/2012; DJSC 13/07/2012)

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PENITENCIÁRIA. REBELIÃO. AGENTE PENITENCIÁRIO. REFÉM. NEGLIGÊNCIA E OMISSÃO DO ESTADO. DEVER DE CUIDAR DAS PENITENCIÁRIAS E DOS SEUS AGENTES. RESPONSABILIDADE DEMONSTRADA. DANO CONFIGURADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O Estado que se mostra omisso, não dando a devida atenção ao sistema prisional, deixando celas lotadas acima da sua capacidade máxima, além de não equipar adequadamente os seus agentes prisionais,

> *fazendo com que enfrentem os presos com fim de evitar rebeliões, deve indenizar moralmente o empregado público que exerce função de agente prisional quando este é preso como refém em um motim realizado em penitenciária estadual."* (TJMT; Rec-AC 28847/2006; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Alberto Alves da Rocha; Julg. 21/06/2006)

Logo, configurado o dano moral e a responsabilidade civil do Estado, surge o direito do apelante ao recebimento de indenização.

Com relação ao *quantum* indenizatório, compete ao magistrado, por ausência de critérios legais, a árdua missão de dosar a verba indenizatória. A indenização deve ser arbitrada com moderação, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a compensar o sofrimento suportado pela vítima e punir a conduta ilícita do ofensor.

Inexistindo critérios objetivos para a fixação do valor da verba indenizatória, deve ser levado em conta as particularidades de cada caso, as condições pessoais dos envolvidos, o grau de culpa, a potencialidade e a extensão do dano causado.

Levando-se em conta tais e parâmetros e, ainda, o sofrimento do autor, mantido como refém por mais de 20 horas, e os traumas psicológicos permanentes, hoje aposentado por invalidez, fixo o valor da indenização em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), montante que se demonstra razoável para compensar o abalo moral suportado e não caracteriza enriquecimento ilícito.

Quando aos encargos moratórios, de acordo com o entendimento do Superior de Justiça, em relação ao índice de correção monetária são aplicáveis: o INPC (janeiro a dezembro de 1992), IRSM (janeiro de 1993 a fevereiro de 1994), URV (março a junho de 1994), IPC-r (julho de 1994 a junho de 1995), INPC (julho de 1995 a abril de 1996), IGP-DI (maio de 1996 a dezembro de 2006) e INPC (a partir da vigência da Lei n. 11.430/2006), os quais, aplicados, devem ser convertidos, à data do cálculo, em UFIR e, após sua extinção, o IPCA. Com relação aos juros de mora, incide a regra prevista no artigo 1º-F da Lei 9.949/9, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, isto é, a partir de 1º/07/2009 recaem sobre a parcelas vencidas os índices oficiais de remuneração básica e de juros aplicados à caderneta de poupança. Nesse sentido:

> *"PREVIDENCIÁRIO. CONSECTÁRIOS LEGAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. SOBRESTAMENTO. PRESCINDIBILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, não é necessário o sobrestamento dos processos em que se discute a aplicação do art. 1º-F da Lei n. 9494/97, com a redação da Lei n. 11.960/2009, até a publicação do acórdão da ADI 4357/DF ou a modulação dos efeitos dessa decisão, pois tal modulação refere-se à forma de pagamento dos precatórios, o que não se amolda à hipótese dos autos, pois ainda se está a formar o título executivo. 2. Por tratar-se de demanda atinente a débitos previdenciários pagos em atraso, que possui regramentos próprios quanto ao pagamento da correção monetária, os índices de correção monetária aplicáveis, ex vi do art. 18 da Lei n. 8.870/1994, são: o INPC (janeiro a dezembro de 1992), IRSM (janeiro de 1993 a fevereiro de 1994), URV (março a junho de 1994), IPC-r (julho de 1994 a junho de 1995), INPC (julho de 1995 a abril de 1996), IGP-DI (maio de 1996 a dezembro de 2006) e INPC (a partir da vigência da Lei n. 11.430/2006), os quais, aplicados, devem ser convertidos, à data do cálculo, em UFIR e, após sua extinção, o IPCA-e. 3. A declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei n. 11.960/2009, proferida na referida ADI 4.357/DF, afasta a pretensão da autarquia de que a correção monetária incidente seja equivalente à da remuneração básica da caderneta de poupança, pois não refletem a inflação acumulada do período. Os juros de mora, a partir de tal marco normativo, admitem a incidência dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança. Exegese firmada no REsp 1270439/PR, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção,DJe 2.8.2013 (submetido ao rito dos recursos repetitivos). Agravo regimental improvido."* (STJ - AgRg no REsp 1417669 / SC; Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. 17/12/2013; DJe 03/02/2014)

No que tange ao termo inicial dos encargos moratórios, em danos morais decorrente de responsabilidade extracontratual, os juros de mora devem fluir a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ) e a correção monetária incide a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do STJ).

Ante o exposto, conheço o recurso e dou-lhe provimento para condenar o ente público ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com correção monetária pelo INPC, a partir desta data, e juros de mora conforme o artigo 1º-F da Lei 9.949/9, a partir do evento danoso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao agravo retido e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, MS, 02 de setembro de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0802127-79.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ALIMENTOS AVOENGOS – NÃO CONFIGURAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E COMPLEMENTAR DOS AVÓS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE DOS PAIS EM PRESTAREM ALIMENTOS.

A condenação em alimentos exige a comprovação da necessidade do alimentante e, ante a responsabilidade subsidiária e complementar dos avós, a demonstração da incapacidade dos pais para cumprimento da obrigação.

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, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, MS, 8 de julho de 2014.

Juiz Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

T. O. N. interpôs recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara de Família de Campo Grande que julgou improcedente o pedido de alimentos formulado contra M. L. B. R.

Assevera que a recorrida é sua avó paterna e seu genitor jamais cumpriu com sua obrigação alimentar, o que justifica o pagamento de alimentos pela recorrida que tem condições financeiras para tanto. Alega passar por dificuldades financeiras, visto que ainda está cursando o ensino superior. Por fim, pede a reforma da sentença para condenação da apelada ao pagamento de alimentos até conclusão do ensino superior.

Contrarrazões apresentadas às f. 188-194.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por T. O. N. contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara de Família de Campo Grande que julgou improcedente o pedido de alimentos formulado contra M. L. B. R..

Assevera que a recorrida é sua avó paterna e o seu genitor jamais cumpriu com sua obrigação alimentar, o que justifica o pagamento de alimentos pela recorrida que tem condições financeiras. Alega que passa por dificuldades financeiras, visto que ainda está cursando o ensino superior. Por fim, pede a reforma da sentença para condenação da apelada ao pagamento de alimentos até conclusão do ensino superior.

O apelante, que possui 25 (vinte e cinco anos de idade), ajuizou ação de alimentos em desfavor de sua avó paterna, senhora de 71 (setenta e um anos), sob o argumento de que seu pai não honra com a obrigação alimentar e precisa do auxílio financeiro para sua subsistência.

O artigo 1.695 do Código Civil é claro ao prever que só serão devidos alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Como dito, o recorrente já é maior de idade, capaz e não demonstrou ter qualquer incapacidade para o trabalho que o impossibilitasse laborar para prover sua mantença pelo seu próprio esforço. Portanto, o apelante não se enquadra entre os sujeitos que necessitam receber alimentos. Em que pese a informação de que cursaria o ensino superior, isso não retira o seu poder de trabalho, pelo contrário, só facilita o acesso a estágios remunerados e a outros empregos em sua área de atuação.

Além disso, importante salientar que a responsabilidade dos avós em prestar alimentos é subsidiária e complementar à dos pais, só sendo exigível os alimentos em caso de impossibilidade de cumprimento da prestação pelos genitores ou de cumprimento insuficiente, o que não foi comprovado nos autos.

Corroborando com o entendimento esboçado seguem os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS PELOS AVÓS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E COMPLEMENTAR. IMPOSSIBILIDADE TOTAL OU PARCIAL DO PAI. NÃO CARACTERIZADA.*
>
> *1. "A responsabilidade dos avós de prestar alimentos é subsidiária e complementar à responsabilidade dos pais, só sendo exigível em caso de impossibilidade de cumprimento da prestação - ou de cumprimento insuficiente - pelos genitores." (REsp 831.497/MG, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Quarta Turma, julgado em 4/2/2010, DJe de 11/2/2010)*
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ - AgRg no AREsp 390510 / MS, Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 04/02/2014)
>
> *"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. PRESSUPOSTOS. POSSIBILIDADES DO ALIMENTANTE. ÔNUS DA PROVA.*
>
> *1. Apenas na impossibilidade de os genitores prestarem alimentos, serão os parentes mais remotos demandados, estendendo-se a obrigação alimentar, na hipótese, para os ascendentes mais próximos. 2. O desemprego do alimentante primário - genitor - ou sua falta confirmam o desamparo do alimentado e a necessidade de socorro ao ascendente de grau imediato, fatos que autorizam o ajuizamento da ação de alimentos diretamente contra este. 3. O mero inadimplemento da obrigação alimentar, por parte do genitor, sem que se demonstre sua impossibilidade de prestar os alimentos, não faculta ao alimentado pleitear alimentos diretamente aos avós. 4. Na hipótese, exige-se o prévio esgotamento dos meios processuais disponíveis para obrigar o alimentante primário a cumprir sua obrigação, inclusive com o uso da coação extrema preconizada no art. 733 do CPC. 5. Fixado pelo Tribunal de origem que a avó demonstrou, em contestação, a impossibilidade*

de prestar os alimentos subsidiariamente, inviável o recurso especial, no particular, pelo óbice da Súmula 7/STJ. 6. Recurso não provido." (STJ - REsp 1211314 / SP, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22/09/2011)

Assim, por não ter sido comprovada a necessidade da prestação alimentar e, ainda que tivesse sido, considerando a responsabilidade subsidiária e complementar dos avós em prestar alimentos, imperiosa a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido de alimentos com relação a avó paterna.

Ante o exposto, conheço o 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. Marcos José 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, 08 de julho de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0802523-10.2012.8.12.0005 – Aquidauana
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – BASE DE CÁLCULO – CONSTRUÇÃO CIVIL – MATERIAIS FORNECIDOS – DEDUÇÃO – POSSIBILIDADE – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

É cabível a dedução dos valores relativos aos materiais empregados na obra, bem como os correspondentes às subempreitadas contratadas na base de cálculo do ISS.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE n. 603.497/MG, reconheceu a repercussão geral da questão posta a julgamento, nos temos do art. 543-B do CPC.

Recurso não provido.

Sentença mantida em sede de reexame necessário.

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 negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, MS, 2 de setembro de 2014.

Juiz Vilson Bertelli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Município de Aquidauana interpõe apelação cível (fls. 114/127) em face da sentença (fls. 98/102) que, nos autos do Mandado de Segurança interposto por Wala Engenharia Ltda., concedeu a ordem para tornar definitiva a liminar concedida e determinar o cancelamento do Auto de Infração e Intimação n. 010/2010.

Narra que a impetrante insurgiu-se em face de ato praticado pelo Secretário de Finanças da Prefeitura Municipal de Aquidauana, consistente da ausência de dedução da base de cálculo do ISSQN dos valores de materiais utilizados nas obras pela apelada, que é empresa de construção civil.

Em sede de preliminar, sustenta a inadequação da via eleita, sob o fundamento de que a matéria trazida aos autos demanda dilação probatória, para comprovação de que foram cobrados valores de ISSQN de forma indevida, o que não pode ser realizado via mandamental.

No mérito afirma que, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a empresa de construção civil possui como base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza o custo integral do serviço, o que engloba o montante relativo aos materiais utilizados na obra.

Dessa forma, pede o provimento do recurso, para que seja acolhida a preliminar ou denegada a segurança.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (Relator).

Trata-se de apelação cível e reexame necessário em face da sentença que concedeu a ordem para tornar definitiva a liminar concedida e determinar o cancelamento do Auto de Infração e Intimação n. 010/2010.

A parte apelante sustenta, preliminarmente, a inadequação da via eleita, sob o fundamento de que a matéria trazida aos autos demanda dilação probatória, para comprovação de que foram cobrados valores de ISSQN de forma indevida, o que não pode ser realizado via mandamental.

No entanto, não assiste razão ao apelante, porquanto os documentos juntados pela impetrante demonstram que a alíquota de 5% do ISSQN vem sendo cobrada sobre o valor total da nota fiscal, de modo que inexiste dedução relativa aos materiais empregados na obra de construção civil. Por outro lado, nas notas fiscais anexadas é possível aferir-se os valores referentes aos materiais utilizados.

Nesse contexto, a questão cinge-se em verificar se a base de cálculo do imposto engloba ou não o valor dos materiais utilizados na construção civil, o que configura matéria de direito, que dispensa dilação probatória e, portanto, pode ser discutida em sede de mandado de segurança.

Dessa forma, afasto a preliminar arguída.

No mérito, o recorrente argumenta que, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a empresa de construção civil possui, como base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, o custo integral do serviço, o que engloba o montante relativo aos materiais utilizados na obra.

Em que pese os argumentos trazidos pelo apelante, a sentença proferida pelo juízo *a quo* não merece reforma.

Conforme se infere dos autos, a parte autora é empresa do ramo de construção civil, tendo sido multada pela autoridade coatora por não ter recolhido o total do valor devido a título de ISSQN, que englobaria em sua base de cálculo os valores de materiais empregados na obra.

A matéria discutida nos autos encontra-se atualmente consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o art. 9º, do Decreto-Lei n. 406/1968, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, e de que, por isso, é possível a dedução da base de cálculo do ISSQN dos valores dos materiais utilizados em construção civil e das subempreitadas.

Estabelece mencionado dispositivo:

> *"Art 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.*
>
> *§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em*

função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

§ 2º Na prestação dos serviços a que se referem os itens 19 e 20 da lista anexa o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes:

a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços;

b) ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto."

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE n. 603.497/MG, reconheceu a repercussão geral da questão posta a julgamento, nos temos do art. 543-B do CPC, decidindo o seguinte: *"Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil."*

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS GASTOS COM MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. RECEPÇÃO DO ART. 9º, § 2º, 'b', DO DECRETO-LEI N. 406/1968 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL." (RE n. 603497 RG, Relator(a): Min. Ellen Gracie, julgado em 04/02/2010, DJe-081, Divulg. 06.05.2010. PUBLIC. 07.05.2010. Ement. vol.02400-08. PP-01639).

"Agravo regimental no agravo de instrumento. ISSQN. Possibilidade de dedução da base de cálculo veiculada pelo Decreto-Lei n. 406/68. Falta de prequestionamento. Ofensa ao art. 5º, II, LIV, LV e XXXV. Reflexa. Multa de 50%. Fatos e provas. Súmula n. 279/STF. 1. Os arts. 5º, incisos II, XXXV, LIII, LIV e LV; 37, 'caput'; e 93, inciso IX, apontados como violados, carecem do necessário prequestionamento. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que eventual contrariedade ao art. 5º, II, LV, LIV e XXXV, caso ocorresse, seria meramente reflexa ou indireta. 3. O acórdão recorrido decidiu pela inexistência de provas nos autos a comprovar que a situação da agravante se enquadrava na situação descrita no Decreto-Lei n. 406/68, o qual prevê a possibilidade de dedução de certos valores dos materiais e subempreitadas no cálculo do preço do serviço, para fins de ISS. Revolvimento de fatos e provas. Incidência da Súmula n. 279/STF. 4. Razões insuficientes para caracterizar, de plano, a irrazoabilidade e a desproporcionalidade da multa fiscal aplicada em relação à hipótese dos autos, sendo certo que, no caso dos autos, eventual efeito confiscatório da multa somente seria aferível mediante averiguação do quadro fático-probatório, o que é vedado na via estreita do recurso extraordinário (Súmula n. 279/STF). 5. Agravo Regimental não provido." (AI 687642. AgR., Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 07.02.2012, acórdão eletrônico DJe-050. divulg. 08.03.2012. public. 09.03.2012).

"TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DE VALORES REFERENTES AOS MATERIAIS EMPREGADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE.

1. O Supremo Tribunal Federal, no RE n. 603.497/MG interposto contra acórdão desta Corte, reconheceu a repercussão geral da questão posta a julgamento, nos temos do art. 543-B do CPC, e exarou decisão publicada em 16.9.2010, reformando o acórdão recorrido, com o seguinte teor: 'Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil. Precedentes'.

> *2. A base de cálculo do ISS restou analisada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento acima, portanto, revejo o entendimento anterior, a fim de realinhar-me à orientação fixada pela Corte Suprema para reconhecer a possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil.*
>
> *3. Como o agravante não trouxe argumento capaz de infirmar a decisão que deseja ver modificada, esta deve ser mantida por seus próprios fundamentos.*
>
> *Agravo regimental improvido."* (AgRg. no AgRg. no REsp. n. 1228175/MG. Agravo regimental no agravo regimental no recurso especial n. 2010/0209534-2. Relator Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador Segunda Turma. Data do Julgamento 23/08/2011).
>
> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO DOS MATERIAIS E SUBEMPREITADAS.*
>
> *POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO STF. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DJU 22.09.2011* (AgRg. no Agravo de instrumento n. 1.410.608 - RS (2011/0101992-7 - Relator: Ministro Benedito Gonçalves).

Dessa forma, possível a dedução de materiais da base de cálculo do ISSQN, de modo que correta a sentença que concedeu a segurança para anular o Auto de Infração n. 010/2010, que havia sido incorretamente lavrado pela autoridade coatora por não ter a impetrante recolhido o imposto sobre o valor integral da nota fiscal.

Por essas razões, conheço do recurso interposto, porém nego-lhe provimento.

Em sede de reexame necessário mantenho a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José 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, 02 de setembro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0000052-32.2010.8.12.0035 - Iguatemi
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – REEXAME DE SENTENÇA E RECURSO VOLUNTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – MÉRITO – PROCESSO DE HABILITAÇÃO – CÓDIGO DE TRÂNSITO – RESOLUÇÃO Nº 168 DO CONTRAN – INCOMPATIBILIDADE – HIERARQUIA DAS LEIS – REEXAME DE SENTENÇA E RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO PROVIDOS.

Não se pode admitir que o Código de Trânsito Brasileiro, criado por meio da Lei Federal n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, estabeleça o prazo de 5 (cinco) anos para a validade do exame médico, aptidão física e mental, e o CONTRAN, órgão de regulamentação do trânsito, venha reduzi-lo, por meio de Resolução, para um ano.

Resolução é norma administrativa, de eficácia limitada, não lhe sendo permitido restringir, ampliar ou modificar as disposições da lei, mas, tão-somente, esclarecer, explicar ou clarear os ditames trazidos pela legislação.

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 maioria, conhecer do recurso de Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - Detran/MS, nos termos do voto do Revisor, vencido o Relator e, no mérito, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 14 de agosto de 2014.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

O Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – DETRAN/MS apela a este Tribunal, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Iguatemi, que concedeu a segurança pleiteada nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Cícero Pereira Brito.

Alega que a segurança concedida deve ser cassada, voltando-se à condição de inatividade do processo do impetrante para a obtenção da CNH, com as devidas consequências, ou seja, "cassação inclusive do documento já obtido pelo condutor", uma vez que o CONTRAN tem competência para disciplinar e regular todas as questões que dizem respeito ao procedimento para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação, já que o Código Nacional de Trânsito dita apenas as normas gerais para tanto.

Contrarrazões apresentadas à f. 225-31, onde o apelado suscita preliminar de não conhecimento do recurso, pela falta de interesse recursal, haja vista que o apelante cumpriu o quanto determinado na liminar e requereu a extinção do feito pela perda do objeto. Não se evidenciando, portanto, o interesse em recorrer.

A Procuradoria Geral de Justiça (f. 240-45) opina pelo não conhecimento do recurso voluntário ou, alternativamente, pelo desprovimento.

O magistrado determinou a remessa dos autos a este Tribunal para o reexame necessário.

VOTO - 26/06/2014

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto em face da sentença que concedeu a segurança pleiteada nos autos de Mandado de Segurança impetrado por Cícero Pereira Brito em desfavor de ato praticado pela Diretora de Habilitação e Educação de Trânsito do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – Detran/MS.

Conforme consta dos autos, Cícero Pereira Brito, impetrou o presente mandado de segurança com pedido de liminar, objetivando a reativação do seu processo para obtenção da Carteira Nacional de Habilitação, alegando, para tanto, que, em 22 de setembro de 2008 deu início ao procedimento para obtenção da CNH, realizando, em 15 de outubro de 2008, o exame de aptidão física, no qual foi considerado apto. Sustentou que frequentou o curso teórico-técnico e realizou, na data de 26 de janeiro o exame teórico, sendo devidamente aprovado, estando apto para dar início às aulas práticas de direção.

Ocorre que, em 29 de novembro de 2008, havia sofrido acidente de trabalho, no qual fraturou o joelho esquerdo, ficando impossibilitado de realizar as aulas práticas de condução de veículos automotores e realizar o exame prático de direção. Mesmo realizando todos os tratamentos, em 28 de setembro de 2009 ainda se encontrava impossibilitado de realizar as aulas, requerendo, junto ao Detran/MS, a prorrogação do prazo de validade do procedimento, informando sua impossibilidade temporária. Tal requerimento foi indeferido, sob o fundamento que a legislação vigente não permite a prorrogação, o que foi embasado pela impetrada no § 3º do art. 2º da Resolução n. 168/04/Contran, que dispõe que o processo do candidato à primeira habilitação fica inativo no órgão ou entidade de trânsito do Estado ou do Distrito Federal pelo prazo de 12 (doze) meses, contados da data de requerimento do candidato. Após um ano, o processo, deve ser arquivado e todos os exames já realizados não mais terão validade, tendo que o candidato, dar início a novo processo para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação.

Aduziu o impetrante, porém, que o Código Nacional de Trânsito, Lei Federal que se sobrepõe às Resoluções e portarias, não prevê o arquivamento, prevendo, antes, em seu art. 147, § 2º, que o prazo de validade dos exames psicológicos e de sanidade física e mental é de cinco anos, o que comprova seu direito líquido e certo de ter seu processo para obtenção da Carteira Nacional de Habilitação ativo por cinco anos, preservando a validade dos exames já realizados de sanidade física e mental e teórico-técnico.

Pediu, assim, o deferimento da liminar inaudita altera parte, para a determinação de reativação do processo para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação iniciado em 22 de setembro de 2008, junto ao Detran/MS, RENACH MS 8018366794. Ao final, a concessão da segurança, confirmando a liminar.

A decisão (f. 122-29) deferiu o pedido de liminar, determinando à autoridade impetrada a reativação imediata do processo para a obtenção da CNH do impetrante, devendo permanecer em aberto pelo prazo de cinco anos contados da data de 26 de janeiro de 2009, dia em que o impetrante realizou o exame teórico.

A autoridade coatora (f. 189/90) informou o cumprimento da determinação, informando, inclusive, que a Carteira Nacional do Impetrante já havia sido expedida, requerendo a extinção do feito sem resolução de mérito, ante a perda do objeto, pela falta de interesse processual.

A sentença (f. 194-99) concedeu em definitivo a ordem, confirmando a liminar.

Preliminar:

O apelado, em contrarrazões, suscita preliminar de não conhecimento do recurso voluntário, por falta de interesse recursal, haja vista que o apelante cumpriu a determinação contida na liminar e requereu a extinção do feito pela perda do objeto, não se evidenciando, portanto, o interesse em recorrer.

Sendo o interesse recursal requisito de admissibilidade do recurso (art. 499, do Código de Processo Civil) impõe-se a análise da preliminar suscitada.

Sabe-se que para propor a ação é necessário que o autor demonstre o interesse processual, que se caracteriza pela existência do binômio necessidade/utilidade do provimento jurisdicional pleiteado, sob pena de ser a ação extinta sem resolução de mérito. Assim é com o vencido na ação. É necessário que o recorrente demonstre interesse em recorrer para ter seu recurso admitido. Dessa forma, o recurso deve ser necessário e útil ao recorrente, de uma forma que permita a melhora de sua situação jurídica.

Ora, o impetrado, em alegações finais, informou o cumprimento da decisão e requereu a extinção do feito, não se vislumbrando, portanto, seu interesse em recorrer, já que sua atitude mostra-se incompatível com a aquiescência e cumprimento da decisão.

Dessa forma, acolhe-se a preliminar e não se conhece do recurso interposto pelo Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – Detran/MS.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 24/07/2014 em face do pedido de vista do revisor (Des. Luiz Tadeu), após o relator não conhecer do recurso de departamento estadual de trânsito de Mato Grosso do Sul - Detran/MS e negar provimento ao reexame necessário. O vogal aguarda.

VOTO – 31/07/2014

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Revisor)

Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria em discussão e peço vênia para divergir do relator quanto a preliminar de não conhecimento do recurso voluntário.

Extrai-se dos autos que às f. 189/190 a impetrada/apelante informa que cumpriu a liminar concedida nos autos, daí que o presente mandado de segurança teria perdido o seu objeto, requerendo então a extinção do processo respectivo.

Sobrevindo sentença desfavorável à autoridade impetrada, o Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - Detran/MS, interpôs recurso de apelação. Houve arguição de preliminar de falta de interesse recursal, a qual foi acolhida pelo relator, considerando que a interposição de recurso de apelação seria incompatível com a atitude da impetrada em requerer a extinção.

A meu ver, no entanto, com a petição de f. 189/190 a impetrada não manifestou concordância com o pedido, apenas informou o cumprimento da liminar e entendeu-se, de forma equivocada, que isso implicaria em perda de objeto.

É sabido que o cumprimento de tutela antecipada não implica em perda de objeto, já que possui caráter provisório.

Tal entendimento encontra guarida na jurisprudência pátria, consoante julgados que trago à colação:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA APELO DO MUNICÍPIO DE MIRANDA – PRELIMINAR DE PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR – AFASTADA – CONCESSÃO DE LIMINAR TEM CARÁTER PROVISÓRIO – NÃO CAUSA PERDA DE OBJETO OU INTERESSE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. APELO DO PARTICULAR – CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À DEFENSORIA PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE – INSTITUTO DA CONFUSÃO – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO - DESNECESSÁRIO - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO."* (TJMS – Apelação Cível n. 0801044-49.2012.8.12.0015, Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 5ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 24/04/2014, Data de Publicação: 06/05/2014).

E ainda,

> *"APELAÇÃO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. HOSPITAL MUNICIPAL GETÚLIO VARGAS. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE GASES MEDICINAIS. INADIMPLEMENTO. PEDIDO DE MANUTENÇÃO DO FORNECIMENTO DOS INSUMOS ATÉ O TERMO FINAL FIXADO NO CONTRATO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. PERDA DO OBJETO. INOCORRÊNCIA. O deferimento do pedido de antecipação de tutela, bem como seu cumprimento, não enseja a perda do objeto da demanda. EXAME DO MÉRITO. ART. 515, §3º, DO CPC. TERMO DE ACORDO ENTABULADO ENTRE AS PARTES QUE PREVIA O PAGAMENTO DAS FATURAS ATRASADAS DE FORMA PARCELADA. INADIMPLEMENTO. ATRASO SUPERIOR A 90 DIAS. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DOS GASES QUE SE JUSTIFICAVA. ARTIGO 78, XV, DA LEI Nº 8.666/93. Débito reconhecido em favor da ré, bem como o atraso do pagamento das parcelas por mais de noventa dias. Incidência do artigo 78, XV, da Lei nº 8.666/93, sendo a interrupção do fornecimento dos gases razoável, além de legalmente prevista. Precedente do e. STJ. Demanda que se julga improcedente. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. DECISÃO MONOCRÁTICA."* (TJRS, Apelação Cível nº 70057086910, 22ª Câmara Cível, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 30/04/2014).

Assim, a manifestação da apelante à f. 189/190 decorre de compreensão equivocada da consequência jurídica do cumprimento da liminar concedida inicialmente, o que, a meu ver, não deve ser entendido como aceitação tácita ou reconhecimento do pedido.

Diante disso, se não houve perda de objeto, tampouco reconhecimento do pedido, e a sentença foi desfavorável à impetrada/apelante, evidente o interesse recursal, razão pela qual divirjo do ilustre desembargador relator para afastar a preliminar manejada neste sentido e votar pelo conhecimento do recurso voluntário.

Aguardo conclusão do julgamento desta preliminar para manifestar-me quanto ao mérito.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (1º Vogal)

Conheço do recurso. No mérito, aguardo.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 14-08-14, em face do pedido de vista do relator, após, por maioria, conhecerem do recurso do Detran, nos termos do voto do revisor.

VOTO - 14/08/2014

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator):

Mérito:

Superada a preliminar de não conhecimento do recurso interposto pelo Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – DETRAN/MS, passo ao exame das questões nele ventiladas.

O § 2º, do art. 147, do Código Nacional de Trânsito prevê expressamente que:

> *"Art. 147. (...)*
>
> *§ 2º O exame de aptidão física e mental será preliminar e renovável a cada cinco anos, ou a cada três anos para condutores com mais de sessenta e cinco anos de idade, no local de residência ou domicílio do examinado."*

Já o § 3º, do art. 2º da Resolução 168/2004 do Contran, estabelece que:

> *"Art. 2º (...)*
>
> *§ 3º O processo do candidato à habilitação ficará ativado no órgão ou entidade executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal pelo prazo de 12 (doze) meses, contados da data do requerimento do candidato."*

Como se sabe, de acordo com o art. 12 do Código de Trânsito Brasileiro, o CONTRAN é o órgão competente para estabelecer normas regulamentares, previstas no Código de Trânsito Brasileiro, assim como as diretrizes da Política Nacional de Trânsito, por meio da edição de Resoluções.

Entretanto, o exame dos autos passa pela ótica da hierarquia das Leis, não se podendo admitir que o Código de Trânsito Brasileiro, criado por meio da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, estabeleça o prazo de 5 (cinco) anos para a validade do exame médico, aptidão física e mental, e o CONTRAN, órgão de regulamentação do trânsito, venha reduzir, através de uma simples Resolução, o prazo de validade do referido exame para apenas 1 (hum) ano.

Importante frisar que a Resolução é norma de eficácia limitada, não lhe sendo permitido restringir, ampliar ou modificar as disposições da lei, mas, tão-somente, esclarecer, explicar ou clarear os ditames trazidos pela legislação, ou seja, buscam seu fundamento de validade na lei, prestando-se a dar exequibilidade, nunca inovando ou limitando.

Tal proibição decorre, ainda, do princípio da legalidade, atinente aos atos da administração, sendo certo que, não cabe a uma Resolução limitar direitos, principalmente os já adquiridos.

Ora, de acordo com princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.

Assim, o Contran, ao determinar o prazo de 1 (um) ano para conclusão do processo de obtenção da Carteira Nacional de Habilitação fere o direito adquirido, o princípio da legalidade e o da hierarquia das leis.

Por esse motivo, razão não há para que se modifique a sentença de primeiro grau.

Ante o exposto e de acordo com o parecer ministerial, conheço do recurso voluntário e do reexame necessário, mas nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, conheceram do recurso de Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - Detran/MS, nos termos do voto do Revisor, vencido o Relator e, no mérito, por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, MS, 14 de agosto de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0046842-11.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO – PLANO DE SAÚDE – UNIMED – REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE CARÁTER URGENTE EM HOSPITAL DE OUTRO ESTADO – GRAVIDADE DO QUADRO CLÍNICO DA BENEFICIÁRIA – RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESEMBOLSADOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

As cláusulas contratuais do plano de saúde que excluem ou limitam intervenções cirúrgicas, bem como aquelas que limitam o reembolso de despesas havidas em caráter urgente, referentes a procedimentos indispensáveis ao tratamento de doença acometida pelo segurado, são abusivas, bem como expõem o beneficiário a estado de perigo, o que implica em nulidade da cláusula por colocar o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV do Código do Consumidor).

Sendo o plano de saúde responsável pela cobertura de doenças previamente fixadas, tem-se por razoável admitir que a adoção de qualquer tipo de procedimento visando ao restabelecimento da higidez do beneficiário acometido por aqueles males é medida lógica e que perfeitamente se adequa à finalidade maior desses tipos de contratos que é manutenção da saúde. Assim, eventuais gastos realizados com procedimentos não autorizados pela operadora, mas visando a resguardar de doenças anteriormente estabelecidas pelas partes, legitima a cobrança e o efetivo reembolso das despesas.

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, 21 de agosto de 2014.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Unimed - Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente a ação de cobrança c/c indenização ajuizada por Ana Laura Ocampo Sanches.

Alega, em síntese, que existe previsão expressa no contrato de que não seriam cobertos os procedimentos médicos e hospitalares, ainda que conveniados com outra Unimed, que não pratiquem a mesma tabela de custo da Unimed Campo Grande (cláusula oitava), sendo que o hospital onde foi realizada a cirurgia da beneficiária possui tabela própria, logo, excluída da cobertura.

Defende que o procedimento cirúrgico realizado em Hospital da cidade de São Paulo também poderia ter ocorrido nesta Capital.

Aduz que o hospital escolhido pela requerente é de alto custo, não sendo compatível com o plano de valor inferior suportado por ela.

Sustenta inexistir qualquer vício nas cláusulas do contrato que conduzam à sua nulidade, sendo que foram estabelecidas no intuito de manter o equilíbrio econômico financeiro da operadora de plano de saúde.

Por fim, pugna pela reforma da sentença para que seja a ação julgada totalmente improcedente.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Unimed - Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda., irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente a ação de cobrança c/c indenização ajuizada por Ana Laura Ocampo Sanches.

Segundo consta, as partes celebraram contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares em 15/02/2010, sendo incluída como beneficiária a filha da requerente, nascida em 28/08/2009.

Em 07/06/2011, a infante, então com um ano e nove meses de vida, necessitou realizar cirurgia cardíaca em caráter de urgência/emergência.

Como não obteve sucesso com a tentativa de cobertura do procedimento pelo plano de saúde, a menor foi encaminhada imediatamente para o Hospital Samaritano, localizado em São Paulo/SP, sendo que no máximo conseguiu o reembolso de parte do procedimento, vindo a juízo cobrar o restante.

Citada, a requerida impugnou os termos da inicial, defendendo que o contrato expressamente prevê não serem cobertos os procedimentos que não estejam em conformidade com sua tabela de custos, sendo que o hospital eleito teria tabela própria referente aos seus procedimentos, bem como de que o contrato excluía doenças preexistentes, situação em que se enquadrava a beneficiária e filha da requerente.

O magistrado, certo da validade dos argumentos colacionados na inicial, julgou parcialmente procedente a ação para declarar nula a cláusula de limitação do reembolso prevista no contrato, bem como para condenar a requerida ao ressarcimento no valor de R$ 37.166,58.

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Em que pese as razões do apelo, tenho que não merecem prosperar.

É inconteste a ocorrência dos fatos, notadamente a necessidade da cirurgia que deveria ser realizada em caráter urgente devido ao grave problema cardíaco que comprometia a vida da beneficiária, bebê com menos de dois anos de vida.

A apelante atua no ramo de prestação de serviços médicos e hospitalares mediante contribuição pecuniária mensal, assegurando a seus associados o acesso a consultas, exames e determinados tratamentos médicos, atividade típica de plano de saúde, configurando-a como tal.

Em sendo a apelada beneficiária deste serviço, é inegável que a relação estabelecida entre as partes é típica de consumo, sendo regida pelas normas atinentes ao Código de Defesa do Consumidor e demais legislações pertinentes ao caso.

Verifica-se que a filha da apelada era portadora de "Comunicação interatrial, tipo *ostium secundum*, de 17 mm, com importante repercussão hemodinâmica e síndrome convulsiva".

Como solução para o quadro clínico da infante, a médica responsável sugeriu a realização da "cirurgia de correção de comunicação interatrial" , em caráter de urgência (f. 33), como forma de salvar sua vida .

No ponto, calha registrar que o médico é a pessoa qualificada para análise e prescrição de medicamento e tratamento indispensável à manutenção da saúde do enfermo por ter formação profissional para tanto.

Conforme citado, referido procedimento cirúrgico foi prescrito por médico regularmente inscrito no Conselho Regional competente, o qual ao analisar o caso clínico da filha da apelada constatou ser necessária a realização de procedimento cirúrgico para a melhoria de sua saúde.

Assim, em sendo imprescindível à manutenção da saúde da infante a realização do aludido procedimento cirúrgico, compete à apelante o dever de patrocinar o tratamento que melhor se adeque as necessidades daquela, sendo-lhe defeso negar-se a realização sob o argumento de ausência de previsão contratual para tanto.

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

Veja-se a jurisprudência:

> *"E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – CONTRATAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 9.656/98 – NECESSIDADE DE TRATAMENTO – AUSÊNCIA DE COBERTURA – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA VERIFICAR O RELEVANTE FUNDAMENTO DA DEMANDA – TUTELA ESPECÍFICA ANTECIPADA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 461, § 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PRESENÇA DOS REQUISITOS – RELEVANTE FUNDAMENTO DA DEMANDA E INEFICÁCIA DO PROVIMENTO FINAL – CABIMENTO – CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO – AGRAVO IMPROVIDO. Tratando-se de tutela específica envolvendo obrigação de fazer, presentes os requisitos delimitados no artigo 461, § 3º do Código de Processo Civil, quais sejam, a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final, o deferimento pelo juízo a quo da antecipação dos efeitos da tutela é medida que se impõe, sobretudo quando a tutela versar sobre a preservação do direito à vida e à saúde."* (Agravo - N. 2006.014640-7/0000-00 - Campo Grande. Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves).

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONVÊNIO PARA PRESTAÇÃO MÉDICO-HOSPITALAR – UNIMED – MOLÉSTIA OBESIDADE MÓRBIDA – NEGATIVA DA CIRURGIA VIDEOLAPAROSCOPIA – ALEGAÇÃO DE NÃO-COBERTURA PELO À PLANO – IMINENTE RISCO À SAÚDE – TUTELA ANTECIPADA MANTIDA PARA A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO (ART. 273 DO CPC) – PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO – DESNECESSIDADE – MERA FACULDADE CONCEDIDA AO JUIZ (ARTS. 273, § 3º E 804 DO CPC) –*

AGRAVO IMPROVIDO. Cumpre à Unimed arcar com o pagamento dos custos referentes ao material necessário para a realização de cirurgia indicada para a correção de obesidade mórbida". (Agravo de Instrumento n° 2003.007595-0. Terceira Turma Cível. Des. Paulo Alfeu Puccinelli. DJ-MS 10.03.05)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA C.C. INDENIZATÓRIA – PLANO DE SAÚDE – LIMITAÇÃO DE SESSÃO DE QUIMIOTERAPIA E NÃO COBERTURA DE TRANSPLANTE DE MEDULA – PROCEDIMENTOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO DA DOENÇA ACOMETIDA PELA AUTORA – CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS TERMOS DO ART. 51, IV, DO CDC – REEMBOLSO DAS DESPESAS MÉDICAS AFASTADAS – DOAÇÕES – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – AFASTAMENTO – PROVIMENTO PARCIAL. São abusivas as cláusulas contratuais do plano de saúde que limitam o número de sessões de quimioterapia e não dão cobertura de transplante de medula, sendo tais procedimentos indispensáveis ao tratamento da doença acometida pela autora. Deve ser afastada a condenação ao reembolso das despesas médicas se foram pagas através de doações, pois do contrário restaria configurado o enriquecimento ilícito". (Apelação Cível - Ordinário - N. 2002.008020-9/0000-00 - Inocência. 17/08/2004)"

Assim, é abusiva qualquer cláusula que exclua a responsabilidade do plano de saúde em suportar os custos de procedimento cirúrgico realizado em caráter emergencial, pois impõe ao consumidor desvantagem exagerada, nos termos do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, a intervenção cirúrgica de que necessitava a apelada revelava-se com fins exclusivamente terapêuticos e não estéticos.

Confira-se, ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sobre a matéria em voga, *in verbis:*

"RECURSO ESPECIAL - PLANO DE SAÚDE - EXCLUSÃO DA COBERTURA O CUSTEIO OU O RESSARCIMENTO DE IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE IMPORTADA IMPRESCINDÍVEL PARA O ÊXITO DA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA COBERTA PELO PLANO - INADMISSILIDADE - ABUSIVIDADE MANIFESTA DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - Ainda que se admita a possibilidade do contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que estas estejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do CDC, mostra-se abusiva a cláusula restritiva de direito que prevê o não custeio de prótese, imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado; II - Recurso provido." (Resp 1046355 / RJ, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 05/08/2008).

Nesta senda, deve ser mantida a tese da responsabilidade da requerente pelos custos do procedimento, afinal, como bem pontuado pelo juízo sentenciante:

"Com efeito, o documento de f. 174, emitido pela médica Eliana Garzon, atesta que Marina, filha da autora, possuía cardiopatia e crises convulsivas, e que necessitava de realização de cirurgia diante de seu quadro grave.

Do documento de f. 33, em que a médica Carla Tanamati solicita a autorização da cirurgia à ré, consta, ainda, que a paciente "necessita de cirurgia em caráter de urgência".

A obrigação do plano de saúde em reembolsar o conveniado em casos como o presente está disposta no art. 12, VI, da Lei 9656/98, que prevê as exigências mínimas que devem existir no contrato de prestação de serviços de saúde, e tem a seguinte redação [...]

A ré, por sua vez, não se desincumbiu do ônus que lhe competia (art. 333, II, do CPC) de demonstrar que o procedimento de que a filha da autora necessitava não era emergencial e de que a cirurgia foi eletiva, pois os documentos que instruem a contestação não são aptos a comprovar tal alegação, e a requerida, quando intimada para especificar provas sob pena de preclusão, pediu o julgamento antecipado da lide (f. 184/185).

Não merece prosperar o argumento da ré de que a doença que acometia a filha da autora era preexistente, posto que congênita, razão pela qual a cobertura do procedimento seria incabível, pois não há prova suficiente nos autos de tal alegação.

[...]

Em relação ao valor a ser ressarcido, entendo que não assiste razão à ré quanto ao pedido de que estes sejam limitados aos valores praticados em sua tabela de prestação de serviços.

Isso porque, dado o caráter emergencial do problema de saúde de sua filha, a autora buscou, sem haver tempo de consultar a ré, profissional credenciado junto à Unimed de São Paulo – que está entre as redes credenciadas da ré, pois o plano da requerente possui abrangência nacional –, conforme indicação médica, o que é compreensível diante do quadro apresentado pela menina".

Diante todo 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, 21 de agosto de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0817663-96.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – JUROS REMUNERATÓRIOS – TAXA MÉDIA DE MERCADO – LIMITE – CAPITALIZAÇÃO MENSAL PREVISTA EM CONTRATO – POSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa, pois compete ao magistrado aferir a necessidade de dilação probatória, o que não implica na obrigatoriedade de maior revolvimento probatório, desde que repute os autos prontos para julgamento.

Mesmo sendo conhecida a possibilidade de revisão contratual, a limitação dos juros remuneratórios somente é possível se restar comprovada que a taxa contratada destoa da taxa média de mercado (STJ, Resp n. 1.061.530). Inaplicabilidade do Decreto n. 22.626/33, bem como dos artigos ns. 591 e 406 do Código Civil de 2002.

A capitalização mensal de juros é admitida pela Medida Provisória n. 1963-17 de 30 de março de 2000 (atualmente Medida Provisória n. 2170-30/2001), nos contratos celebrados após sua vigência, desde que expressamente pactuada.

Recurso conhecido e desprovido.

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, nos termos do voto do Relator e, no mérito, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Campo Grande, MS, 26 de junho de 2014.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Sérgio Roberto Castilho Vieira interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 19ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente a ação de cobrança ajuizada por Banco do Brasil S/A.

Sustenta preliminarmente a nulidade da decisão decorrente do cerceamento de defesa havido com o julgamento antecipado da lide.

No mérito, defende que os termos da decisão promove flagrante afronta as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja julgada improcedente a ação.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de recursos de apelação interposto por Sérgio Roberto Castilho Vieira, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 19ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente a ação de cobrança ajuizada por Banco do Brasil S/A.

O apelado ajuizou a ação ordinária no intuito de cobrar débito no valor de R$ 75.409,50 decorrente de contrato de adesão a produtos e serviços nº 730.852.135, face a inadimplência do apelante.

O magistrado, reconhecendo a validade da cobrança de juros remuneratórios de acordo com a taxa média de mercado, bem como da capitalização mensal, desde que prevista no contrato, julgou procedente a ação.

A preliminar de cerceamento de defesa não merece prosperar pois compete ao magistrado aferir a necessidade de dilação probatória, uma vez que a produção de provas destina-se à formação de seu próprio convencimento, o que não implica na obrigatoriedade de maior revolvimento probatório, desde que repute os autos prontos para julgamento.

No presente caso denota-se que o juízo singular concluiu que o feito estava pronto para julgamento, considerando desnecessária a produção de outras provas, por encontrar-se instruído os autos com os elementos necessários à formação de seu convencimento, o que de fato constata-se à partir da natureza dos reclames do autor e os documentos existentes no processo.

Ademais, há de convir que a alegada necessidade de produção de prova para constatar a questão do anatocismo acaba por confundir-se com o mérito do recurso na medida em que a sentença pontuou a procedência da ação justamente em razão das questões dissolvidas no julgamento da ação de cobrança ajuizada pelo apelado.

Assim, afasto a preliminar de nulidade da sentença.

No mérito a pretensão também não conquista melhor sorte.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o § 3º do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, nos termos do enunciado da Súmula 648 e da recente Súmula Vinculante nº 7, publicada no Diário Oficial da União de 20 de junho de 2008, *in verbis:*

> *"A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela emenda constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar."*

No âmbito infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de que, com o advento da Lei nº 4595/1964, restou afastada a incidência do Decreto n. 22.626/33 (Lei de Usura) sobre as instituições financeiras, aplicando-se a Súmula n. 596 daquele Tribunal Superior, que assim dispõe:

> *"As disposições contidas no Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou provadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional."*

Afastada a limitação dos juros, inclusive com relação aos contratos firmados anteriormente à Emenda Constitucional nº 40/2003, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, sobrevêm a necessidade de proteger o consumidor hipossuficiente de eventuais abusos por parte das instituições financeiras, nos termos da legislação aplicável à espécie.

Diante do que, os juros remuneratórios contratados devem ser respeitados, salvo na hipótese de haver abusividade, oportunidade em que é cabível sua revisão.

Portanto, é imprescindível a prova de que tenha havido abusividade por parte do agente financeiro, tomando-se por paradigma a taxa média praticada pelo mercado em operações semelhantes, conforme tabela publicada pelo Banco Central do Brasil.

Noutro ponto, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a capitalização mensal dos juros para os contratos celebrados posteriormente a 31 de março de 2000, desde que convencionada, legalidade reconhecida em virtude da presunção de constitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória n. 1.963-17/00, reeditada sob n. 2.170-38/01.

Nesse sentido colaciono o seguinte julgado:

> *RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. DISPOSIÇÕES ANALISADAS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO AFASTADA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE DA COBRANÇA. CUMULAÇÃO VEDADA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. PACTUAÇÃO EXPRESSA. NECESSIDADE.*
>
> *(...)*
>
> *3. Nos contratos bancários firmados posteriormente à entrada em vigor da MP n. 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o n. 2.170-36/2001, é lícita a capitalização mensal dos juros, desde que expressamente prevista no ajuste.(...)"*[1]
>
> *"CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. ANUALIDADE. ART. 591 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INAPLICABILIDADE. ART. 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.963-17/2000 (2.170-36/2001). LEI ESPECIAL. PREPONDERÂNCIA. REGULARIDADE DOS ENCARGOS FIXADOS PARA O PERÍODO DE ADIMPLÊNCIA. I. Não é aplicável aos contratos de mútuo bancário a periodicidade da capitalização prevista no art. 591 do novo Código Civil, prevalecente a regra especial do art. 5º, caput, da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (2.170-36/2001), que admite a incidência mensal.(...)"*[2]

Acompanhando o posicionamento formado pelo Superior Tribunal de Justiça, reconheço a legalidade da capitalização dos juros remuneratórios em periodicidade mensal, a qual fica condicionada a data da celebração do contrato, se posterior a 31 de março de 2000, e a existência de previsão contratual que a autorize.

1 Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp 995990. Relator Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma. Publicado em 02/02/2009.

2 Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp. 917.459, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. 4ª Turma. Julgado em 13/05/2008. DJ 02/06/2008. p. 01.

Assim, não se observa qualquer equívoco na decisão do juízo *a quo* e nem sequer algum argumento plausível de afronta as disposições do Código do Consumidor com o entendimento exposado, consoante denuncia no recurso de apelação.

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

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (revisor):

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (vogal):

Peço vênia para divergir em parte do entendimento esposado pelo eminente relator, mais precisamente quanto a limitação dos juros remuneratórios e a capitalização dos juros.

Dos juros remuneratórios

Com relação aos juros, os Tribunais Superiores sedimentaram o entendimento, no sentido de que o ordenamento jurídico não tolera a liberdade absoluta na pactuação da remuneração de capital. O Decreto 22.626/33, conhecido como Lei da Usura, estabelece um limite à contratação de juros, equivalente ao dobro da taxa legal, de acordo com a previsão contida em seu art. 1º, "*caput*", que estabelece: *"É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, artigo nº 1.062)"*. A Constituição Federal de 1988 limitava em 12% ao ano os juros reais, no art. 192, § 3º, nestes termos: *"As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar"*. Este artigo foi revogado pela Emenda Constitucional nº 40/2003.

A Lei 4.595/64 – Lei de Mercado de Capitais – atribuiu ao Conselho Monetário Nacional competência para, entre outras, limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, órgão que jamais editou qualquer parâmetro limitativo.

O Supremo Tribunal Federal, acolhendo tese veiculada pelas instituições financeiras, editou a Súmula 596, preceituando que *"as disposições do Dec. Nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integrem o sistema financeiro nacional"*. Esse mesmo Tribunal editou, posteriormente (20 de junho de 2008), o verbete sumular vinculante nº 7, dispondo que *"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"*.

O Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência no sentido de que a taxa de juros cobrada pelas instituições financeiras não sofre as limitações previstas na Lei da Usura. Vejam-se os arestos, colhidos à ventura, usados como paradigma:

> *"COMERCIAL. CARTÃO DE CRÉDITO. ADMINISTRADORA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI N. 4.595/64. DISCIPLINAMENTO LEGISLATIVO POSTERIOR. SÚMULA N. 596-STF. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. VEDAÇÃO. LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). INCIDÊNCIA. SÚMULA N. 121-STF. I. As administradoras de cartões de crédito inserem-se entre as instituições financeiras regidas pela Lei n. 4.595/64. II. Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos de cartão de crédito.*

> *III. Nesses mesmos contratos, ainda que expressamente acordada, é vedada a capitalização mensal dos juros, somente admitida nos casos previstos em lei, hipótese diversa dos autos. Incidência do art. 4º do Decreto n. 22.626/33 e da Súmula n. 121-STF"* (REsp nº 450.453/ RS, Segunda Seção, Rel. para o acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 25/2/04)

Também:

> *"CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. TAXA DE JUROS. LIMITAÇÃO. SÚMULA Nº 596-STF. – As administradoras de cartões de crédito inserem-se entre as instituições financeiras regidas pela Lei nº 4.595/64. – Cuidando-se de operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, não se aplicam as disposições do Decreto nº 22.626/33 quanto à taxa de juros. Súmula nº 596-STF. Recurso especial conhecido e provido." (*REsp nº 337.332/ RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 24/11/03).

Sedimentou-se, assim, tanto na jurisprudência do STF quanto na do STJ o entendimento de que os juros não poderiam ser limitados a 12% ao ano, com base nas disposições da Lei da Usura ou nas do art. 192, § 3º, da Constituição Federal.

Por outro lado, reconheceu-se que a pactuação de juros não é ilimitada, e nem poderia ser diferente, porquanto o ordenamento jurídico repele, por meio de uma gama de normas dispositivas e principiológicas, as cláusulas leoninas. Na esteira desse raciocínio, surgiu, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a tese que considera nula a disposição contratual sobre juros que evidencie abusividade, aferida consoante taxa média de mercado praticada pelos bancos. Nesse sentido:

> *"Bancário e processual civil. Agravo no recurso especial. Ação de revisão. Contratos bancários. Taxa de juros remuneratórios. Dissídio não comprovado. - Nos termos da jurisprudência do STJ, não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios pelo CDC, a menos que cabalmente demonstrada sua abusividade em relação à taxa média de mercado, o que, in casu, não ocorre."* (AgRg no REsp 935893/MT – Rel. Ministra Nancy Andrighi – 3ª Turma – DJe 06/11/2008.)

Embora a tese explanada no aresto represente uma evolução de pensamento na jurisprudência daquele tribunal, na medida em que descarta o pretendido liberalismo absoluto e a não-intervenção do Estado na celebração de contratos de massa, tão inutilmente defendida pelos bancos, ela não espelha, a meu juízo, a melhor aplicação do direito, como se demonstrará adiante.

A atividade de crédito, regularmente exercida, é bem-vinda, pois alavanca o crescimento econômico. Todavia, quando abusivamente exercida, caracteriza usura, que não produz riqueza, mas tão-somente a transfere, concentrando-a nas mãos de poucos. A usura é, sem dúvida, agente catalisador da pobreza, da marginalização, da desigualdade social e da concentração de riqueza, diametralmente oposta, portanto, aos mais elevados objetivos da República (art. 3º, CF).

A usura em si, denominador comum de um conjunto de práticas financeiras proibidas. A usura é a arrecadação de juros por um emprestador nas operações que não devem dar lugar ao juro. Não é, portanto a cobrança de qualquer juro. Usura e juro não são sinônimos, nem usura e lucro: a usura intervém onde não há produção ou transformação material de bens concretos." (LE GOFF, Jacques. *A bolsa e a vida*: economia e religião na Idade Média. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 18.).

Fixada a premissa de que a usura é jurídica e moralmente repudiada pela sociedade, insta esclarecer que o que determina e qualifica um ato como usurário não é nenhuma qualidade de quem o pratica; mas característica do próprio ato em si, consistente no enriquecimento injusto do usuário, em razão do

empobrecimento do tomador, tendo em vista a cobrança de juros excessivos, indo muito além de simples remuneração de capital.

Mesmo que não se admita a aplicação da Lei da Usura às instituições financeiras, como têm entendido os tribunais superiores, a cobrança escorchante de juros não deixa de ser usura e, por conseguinte, prática abusiva, contrária aos fins da sociedade. Essa prática malfere os princípios da boa-fé objetiva, da finalidade social do contrato e da propriedade, a moralidade, os bons costumes e o próprio interesse público.

O entendimento de que a Lei da Usura não se aplica às operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional deve-se especialmente à Súmula 596 do STF, cuja origem remonta à década de 1970. Nessa época, o Governo Militar propugnava o crescimento econômico, se preocupava com a confiança dos banqueiros estrangeiros e das grandes multinacionais no Brasil, favorecendo novos investimentos, para combater os altíssimos índices de inflação e o crescimento brutal da dívida externa; por outro lado, a crise do petróleo (1973) fez com que a economia mundial passasse do crescimento à recessão, com a consequente elevação das taxas internacionais de juros e a dificuldade brasileira de exportação. É nesse cenário que nasceu a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal.

Essa Súmula, de 15/12/1976, decorre particularmente do voto do então Ministro Oswaldo Trigueiro, proferido no julgamento do RE 78.953, no sentido de que o art. 1º da Lei da Usura – frise-se: o artigo 1º – estaria revogado pela Lei 4.595/64, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, e criou o Conselho Monetário Nacional. O entendimento deve-se, sobretudo, ao disposto no art. 4º, IX, dessa lei, que estatui competir ao Conselho Monetário Nacional "*limitar, sempre que necessário, as taxas de juros"*.

Entretanto, antes de qualquer consideração a respeito, deve-se atentar a que a referida lei atribuiu ao Conselho Monetário Nacional, criado com poder deliberativo máximo do Sistema Financeiro Nacional, competência, nos exatos termos da lei, para limitar as taxas de juros, sempre que necessário.

Ressalte-se que limitar as taxas de juros não significa estipular livremente tais taxas, liberando-as, como entendem alguns. Limitar não é senão restringir, impor limites, sem que isso necessariamente implique revogação do art. 1º da Lei da Usura. Logo, competência para limitar será competência para estipular, somente e tão-somente quando a estipulação tiver o propósito de limitação, isto é: estipular dentro do limite.

No entanto, o Decreto 22.626/33, a Lei da Usura, em seu art. 1º, já limitava as taxas de juros, isto é, o Decreto impunha limite, o que fez o Supremo entender que, com a lei nova, a de 1964, a limitação imposta pela Lei da Usura não poderia prevalecer, até porque, na época, em razão do contexto econômico do País, o limite da Lei da Usura não era observado, tendo em vista os altíssimos índices de inflação, que tornavam inviável, não só para os bancos mas também para os cidadãos, a estipulação das taxas de juros em até um por cento ao mês.

Nisso, o Ministro Xavier de Albuquerque, no mesmo julgamento daquele RE 78.953, concluiu que "*a cláusula, sempre que necessário', contida nesse preceito* [o art. 4º, IX, da Lei 4.595/64]*"* parecia *"mostrar que deixou de prevalecer o limite genérico do Dec. 22.626/33; a não ser assim, jamais se mostraria necessária, dada a prevalência de um limite geral, único, constante e permanente, preestabelecido naquele velho diploma legal, a limitação que a nova lei atribuiu ao Conselho"* (*apud* Rizzardo, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 445).

Parece-me razoável sustentar que, a considerar a limitação da Lei da Usura, a disposição do art. 4º, IX, da Lei 4.595/64 seria despicienda, pois, numa época em que a limitação da Lei da Usura não se adequava à realidade econômica do País, no contexto interno e internacional, entender que o Conselho Monetário

Nacional só poderia limitar os juros a uma taxa abaixo de 1% (um por cento) ao mês seria entender que essa competência limitativa era fictícia, pois, dificilmente, seria viável ou conveniente exercê-la.

O entendimento, como afirmado, ensejou a Súmula 596 do STF, que estabelece: *"As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional."*

Veja-se, a respeito, a explanação de Rui Portanova, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> *"Com efeito, o enunciado nº 596 do Supremo Tribunal Federal surgiu, principalmente, porque naquela época não havia correção monetária nos mesmos moldes de hoje e, com isso, o sistema financeiro nacional não lograva repor o valor real da moeda, no mesmo passo em que obtinha a remuneração do capital mutuado. Sem a correção monetária, efetivamente, o limite de juros de 12% ao ano levaria o sistema financeiro à completa inviabilidade"* (Limitação dos Juros nos Contratos Bancários: ações e defesas dos devedores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 75).

Insta, contudo, ressaltar que o art. 1º do Decreto 22.626/33 não foi revogado pela Lei 4.595/64. A dicção da Súmula 596 é de que as disposições da Lei da Usura apenas não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados pelas instituições financeiras.

Assim como a Lei da Usura veio atender às expectativas de seu tempo, objetivando impedir e reprimir os excessos praticados pela remuneração exagerada do capital, no contexto mundial marcado pela Crise de 1929 e no cenário interno pós-revolução de 1930, marcado pelo teor social da Carta de 1934, visando ao desenvolvimento das classes produtoras –, assim também a Lei 4.595 de 31 de dezembro de 1964, proveniente de uma época de séria crise não só econômica mas também política no País (basta lembrar a ditadura militar instaurada a partir de abril de 1964), veio atender aos anseios de um Poder Executivo forte, preocupado de regular e controlar o valor da moeda, os surtos inflacionários, a dívida externa, os investimentos de bancos estrangeiros e das multinacionais, coordenando as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e a dívida pública, para assegurar a liquidez e solvência das instituições financeiras do Brasil.

No entanto, com a Constituição Federal de 1988, o País deixou de ser uma ditadura e passou a Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos.

À vista disso, a Constituição de 1988 atribuiu ao Sistema Financeiro Nacional o mister de promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade. Estabeleceu que ele seria regulado por lei complementar (art. 192, *caput,* em sua redação original), e, implantando a independência efetiva dos Poderes, atribuiu, no art. 48, III, exclusiva competência ao Congresso Nacional para dispor sobre *"matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações"*. No art. 68, § 1º, prescreveu: *"não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional"*.

Não bastasse isso, o art. 25, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou: *"Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional"*.

Assim, a Lei 4.595/64, que concedia competência ao Conselho Monetário Nacional para regular a matéria, estaria revogada num prazo de 180 dias da promulgação da Constituição, ou seja, 3 de abril de 1989. Foi o que aconteceu. Como a lei complementar referida no *caput* do art. 192 da Constituição

não viera à lume, o Executivo procurou prorrogar o prazo de 180 dias fixado no art. 25, *caput*, do ADCT, editando a Medida Provisória n. 45, publicada no Diário Oficial em 3 de abril de 1989 (último dia do prazo de 180 dias). Àquela época, porém, o art. 62 da Constituição Federal, que regulamenta a edição de medida provisória, possuía um parágrafo único, assim descrito:

> *"As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes".*

Logo, para que não tivesse a eficácia perdida, a Medida Provisória n. 45 precisaria ser convertida em lei, no prazo estipulado no art. 62, parágrafo único da Constituição. Isto, no entanto, não ocorreu, e, quando o Executivo editou uma segunda medida provisória, a de n. 53, em 3 de maio de 1989, a Medida Provisória n. 45 já havia perdido eficácia. Conseguintemente, o Conselho Monetário Nacional perdeu a competência para limitar taxas de juros, pois, com a Constituição de 1988, a regulamentação da matéria passou a lei complementar de competência do Congresso Nacional, sem possibilidade de delegação.

Não obstante isso, por meio de sucessivas medidas provisórias, o Executivo procurou prorrogar a competência do Conselho Monetário Nacional, até culminar na Lei 8.392/91, que, em seu artigo 1º, prorrogou, até a data da publicação da lei complementar referida no art. 192, *caput*, da Constituição, o prazo que mantém a competência do Conselho Monetário Nacional para limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil.

Sem embargo, independentemente das controvérsias acerca da reedição de medida provisória pelo Executivo antes da Emenda Constitucional n. 32 e da Súmula 651 do STF (*"a medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a EC 32/98, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição"*) –, o fato é que, a partir de 1994, com o Plano Real, a inflação deixou de ser um dos maiores problemas que assolavam o País, como esclarece Rui Portanova:

> *"Na época, a Lei da Reforma Bancária era quase uma necessidade conjuntural, em face do período inflacionário então vivido. Disso dá conta a decisão do Supremo Tribunal Federal, na apreciação do Recurso Extraordinário nº 78.953, o que serviu de base à Súmula 596. Aquela preocupação, hoje, já não faz mais sentido. De um lado, porque, como visto, na caracterização constitucional do que sejam juros reais, não está incluída a correção monetária. De outro lado, porque a correção monetária, até então mal compreendida, passou a ser admitida, inclusive na via legislativa, também a partir de 1964, como é de conhecimento geral e se pode constatar de diversos textos doutrinários" (ob. cit.,* pp. 74 e 75*).*

Diante disso, retomam-se alguns argumentos escoliados, para tecer as seguintes considerações: a) a Lei 4.595/64, art. 4º, IX, atribui ao Conselho Monetário Nacional a competência para limitar as taxas de juros, e não para estipulá-la; b) o art. 1º Decreto 22.626/33 não foi revogado pela Lei 4.595/64, e a Súmula 596 do Supremo não discrepa desse entendimento, pois apenas estabelece que não é aplicável às instituições financeiras.

Uma lei não se revoga pelo desuso e, diante da nova contextura, muito diferente daquela que justificou a Súmula 596, não há motivos aceitáveis que justifiquem não aplicar a Lei da Usura como limitadora da cobrança de encargos abusivos. A realidade social da qual não prescinde o direito já não é mais a mesma, e a Lei da Usura – mormente em seu art. 1º – muito embora estivesse em desuso, nem por isso perdeu a eficácia jurídica, como ensina Maria Helena Diniz:

> *"Se uma norma for sintaticamente eficaz, por apresentar condições técnicas de atuação, mas semanticamente inefetiva, por ser regularmente desobedecida ou inaplicada pela autoridade, por não se adaptar ao tempo, ao local, às convicções e aos pontos de vista valorativos da sociedade, fala-se em inefetividade pragmática no sentido de desuso, isto é, omissão que ocorre diante de fatos que constituem condições para a aplicação da norma.* ***A norma em desuso não perde, enquanto não for revogada por outra, a eficácia jurídica, apesar de ser regularmente desobedecida****." (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63. Grifo nosso.)*

Por esta razão, o entendimento que fundamenta na Súmula 596 deve ser revisto, sendo oportuno transcrever, a respeito do papel da súmula, o que já afirmou o Supremo Tribunal Federal, em voto do eminente Ministro Moreira Alves:

> *"No tocante ao dissídio com a súmula, ele não ocorre, uma vez que esta não é norma jurídica, mas representa a cristalização da jurisprudência da Corte, e seu alcance se afere das decisões tomadas nos precedentes em que ela se baseia. A súmula é mero instrumento de trabalho que simplifica o julgamento, uma vez que, com sua referência, o julgado não precisa de repetir os fundamentos que deram margem à tese enunciada, e isso porque as partes litigantes, para saberem quais sejam eles, dispõem dos acórdãos que deram margem a ela, e onde se encontram tais fundamentos."* (STF - AI-AgR 121969/RJ – 1ª T. – J. 6.11.1987.)

Se a súmula decorre logicamente de uma série de decisões que lhe são precedentes, é importante ter em conta se a realidade social, política e econômica em que essas decisões foram proferidas ainda se apresenta atual, a ponto de justificar a referência à mesma súmula. O Decreto 22.626/33 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que, de resto, continha disposição semelhante à do art. 1º, em seu art. 192, § 3º. Tanto é assim que os Tribunais Superiores não deixaram de reconhecer a aplicação da Lei da Usura, para coibir e afastar a abusividade praticada por instituições financeiras, como demonstra os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL – JUROS REMUNERATÓRIOS – LIMITAÇÃO – 12% AO ANO – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – VEDAÇÃO – MULTA MORATÓRIA – REDUÇÃO PARA 2%. CONTRATO POSTERIOR À LEI 9.298/96 – 1. Omitindo-se o Conselho Monetário Nacional em fixar as taxas de juros aplicáveis aos títulos de crédito comercial (Decreto-Lei 413/69 c/c o art. 5º da Lei 6.840/80), prevalece o art. 1º, caput, da Lei de Usura, que veda a cobrança de juros em percentual superior a 12% ao ano, ficando afastada a Súmula 596 do STF, porquanto se dirige à Lei 4.595/64, derrogada pelo diploma legal de 1980. 2. A comissão de permanência não é cabível nas cédulas de crédito comercial, em face da disciplina específica do artigo 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei 413/69. Precedentes."* (STJ – AGA 200601132850 – (780866) – MG – 4ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 05.11.2007 – p. 00271.)

Mais:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE CRÉDITO BANCÁRIO – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – CUMULAÇÃO COM JUROS REMUNERATÓRIOS – DESCABIMENTO – CAPITALIZAÇÃO MENSAL – IMPOSSIBILIDADE – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – CARACTERIZAÇÃO – (...) A capitalização dos juros somente é admitida em casos específicos, previstos em Lei (cédulas de crédito rural, comercial e industrial), ut Súmula 93/STJ, não ocorrentes na espécie, constatação apta a fazer incidir a letra do art. 4º do Decreto nº 22.626/33 e a Súmula 121/STF. Precedentes."* (STJ – AGRESP 200301947507 – (602184 RS) – 4ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 26.09.2005 – p. 00383)

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002 – ajustado ao relevante papel que o Direito Constitucional passou a desempenhar no âmbito do sistema jurídico, principalmente com o advento da Constituição de 1988 e do fenômeno da "constitucionalização do direito privado" –, veio reforçar, em seu art. 591, a preocupação com a abusividade dos encargos nos contratos de mútuo com fins econômicos, impondo os mesmos limites da Lei da Usura para as taxas de juros, autorizando a capitalização anual.

A Emenda Constitucional nº 40 de 29 de maio de 2003 produziu diversas alterações no art. 192 da Constituição Federal. Lembra Alexandre de Moraes (Direito Constitucional. 20. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006, p. 754) que uma importante mudança foi a determinação da desnecessidade de lei complementar única para disciplinar todo o sistema financeiro nacional. Com efeito, depois da Emenda 40, assim ficou mencionado artigo:

> *"Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado* ***por leis complementares*** *que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram."* (Grifei)

Sem embargo da observação do ilustre constitucionalista, partilho do entendimento de que, mesmo antes da Emenda 40, a dicção legal do art. 192 da Constituição já permitia a regulamentação da matéria por mais de uma lei complementar. Como anota André Ramos Tavares,

> *"A orientação geral é de que matérias autônomas, que independam umas das outras, não necessitam de previsão em uma única lei, ainda que a Constituição esteja a referir-se a uma lei única, por estar-se utilizando da expressão (lei complementar) no singular. Só não se apartam assuntos que sejam incindíveis por sua própria natureza."* (Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.156.)

Assim, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4, ao analisar a questão da auto aplicabilidade do § 3º do art. 192 da Constituição, entendeu que a matéria dependia de regulamentação de outros tópicos do mesmo art. 192, sustentando a necessidade uma única lei complementar a respeito do assunto, já que a limitação dos juros só podia surgir de regulamentação abrangente e completa da matéria.

O entendimento do Supremo, a meu ver, depois da Emenda 40, já não pode prevalecer. O texto da Constituição agora é expresso no sentido de que a matéria pode ser regulamentada por leis complementares, sem necessidade de lei complementar única. Por outro lado, não me parece adequado ao Judiciário sustentar, à vista da nova redação do art. 192 da Lei Maior, que, ainda assim, a regulamentação dos juros está na dependência da relação lógica das leis que tratam da matéria, pois isso implicaria intrometer-se nos atos do Poder Legislativo e julgar da pertinência ou não de cada matéria, não em relação à Constituição, mas umas em relação às outras, sob um ponto de vista não apenas jurídico. Essa postura implicaria negar aplicação à Lei da Usura e ao Código Civil; implicaria, como implica, atribuir ao Conselho Monetário Nacional uma eterna discricionariedade para regulamentar uma matéria que a própria Constituição reservou ao Congresso Nacional, por meio um processo legislativo menos flexível; seria liberar a abusividade praticada pelas instituição financeiras, ao imutável argumento de que a matéria não está suficientemente regulamentada, contrariando a Constituição e as leis vigentes, quando a atual conjuntura do País é muito diferente daquela em que surgiu a Súmula 596 do STF.

Já agora, afastada a divergência de uma lei complementar única para a regular o sistema financeiro nacional, e em face da inércia do Congresso Nacional em regulamentar a matéria, o Decreto 22.626/33, como limitador da taxa de juros e outras abusividades nos contratos de mútuo, foi não apenas recepcionado pela

Constituição Federal, mas também recepcionado com natureza de lei complementar. Esse é o entendimento que decorre da afirmação de que a taxa de juros deve ser limitada por lei complementar.

Logo, a Lei da Usura continua vigente e eficaz, tem papel limitador dos juros, proíbe a capitalização mensal deles, tem natureza de lei complementar e, portanto, só pode ser alterada por outra lei complementar.

Dessas disposições, reitere-se, não diverge o Código Civil 2002. Por oportuna, trago à colação a preciosa lição de Carlos Maximiliano:

> *"Assim, o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, como a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade." (Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.50.)*

Como ensina o mestre gaúcho, o juiz deve ter inteligência e coração atentos aos interesses e necessidades da sociedade, e seu pronunciar deve ter um cunho prático e humano, sem cerrar os olhos às realidades da vida. Daí que a Lei da Usura é, sim, aplicável aos contratos bancários.

Séria e respeitável jurisprudência tem entendido que a expressão "taxa legal"a que se refere tal dispositivo seria a prevista nos arts. 1.062 e 1.063 Código Civil de 1916, de seis por cento ao ano; com a vigência do Novo Código, cujo art. 406, combinado com o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional (CTN), a taxa dos juros passou a um por cento ao mês (portanto, 12% ao ano), e a limitação a que se refere a Lei da Usura seria, portanto, de 24% ao ano (*"dobro da taxa legal"*, art. 1º, *caput*, da Lei da Usura).

Essa não é, a meu ver, a melhor exegese, porque se fundamenta em análise parcial do Código Civil a respeito da matéria.

Não obstante a leitura do art. 406 do Novo Código Civil, c/c o art. 161, § 1º, do CTN, permitir afirmar que a taxa dos juros moratórios, quando não convencionada, será de um por cento ao mês, o art. 591 do mesmo Código, ao dispor sobre o contrato de mútuo destinado a fins econômicos, é expresso ao prescrever que os juros decorrentes desses contratos – e neste caso especialmente os juros remuneratórios –, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, ou seja, a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, que, se a lei não dispuser de modo diverso, será de 1% (um por cento) ao mês (CTN, art. 161, §1º), sob pena de redução, permitida a capitalização anual.

Ora, se os juros remuneratórios não podem exceder a taxa de um por cento ao mês, sob pena de redução, como dispõe expressamente o art. 591 do Código Civil de 2002, não me parece sustentável o argumento de que os juros remuneratórios, aplicando-se a Lei da Usura e o Novo Código Civil, podem exceder a taxa de dois por cento ao mês, até o limite de 24% ao ano.

O contrato de mútuo destinado a fins econômicos é justamente o empréstimo de dinheiro a juros. Abarca, portanto, os contratos de financiamento bancário, por meio dos quais a instituição financeira empresta dinheiro ao mutuário, que deverá pagar-lhe não só a quantia emprestada, mas também os juros remuneratórios, que decorrem da compensação pela utilização do capital alheio, e eventuais juros moratórios, devidos em razão de mora no pagamento. Regulamentando a matéria, o Código Civil proíbe expressamente a fixação da taxa dos juros remuneratórios em taxa superior a um por cento ao mês, de modo que o valor máximo por ele permitido é 12% ao ano. Confira a redação de seu art. 591, *ipsis litteris*:

> *"Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais,* ***sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406****, permitida a capitalização anual."* (Grifei).

O Decreto 22.626/1933 – a Lei da Usura – por sua vez, dispõe, no art. 1º, *caput*, que *"é vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal* (Código Civil, artigo nº 1.062)*"*, fazendo referência expressa ao art. 1.062 do Código Civil de 1916. Em consonância com o *caput*, o § 3º é mais direto, ao consignar que a taxa de juros, quando não acordada, será de seis por cento ao ano.

A Lei da Usura, em seu *caput*, faz menção ao art. 1.062 do Código 1916, de acordo com o qual a taxa de juros moratórios, quando não convencionados, seria de seis por cento ao ano. A leitura conjunta dos dois diplomas legais permite concluir que a intenção do legislador de 1933 (Decreto 22.626/33) era justamente estabelecer um limite para a taxa de juros, cujo valor máximo seria um por cento ao mês, circunstancialmente o dobro da taxa estabelecida no Código Civil 1916, a taxa legal, sendo vedada a taxa de juros superior a 12% ao ano.

Como o Código Civil dispunha que a taxa de juros não convencionada seria de seis por cento ao ano ("taxa legal", arts. 1.062 e 1.063), e o legislador de 1933 entendia que a taxa de juros acima de 12% ao ano seria abusiva, a conclusão só podia ser uma: vedar a cobrança de juros em valor superior ao dobro daquela taxa legal.

A interpretação daqueles que sustentam que, com a vigência do Novo Código Civil, o valor máximo da taxa de juros passou a ser dois por cento ao mês e, dessarte, 24% ao ano é, a meu ver, equivocada, porque simplesmente literal, sem considerar que a finalidade do legislador de 1933 não foi vincular o "conceito jurídico de usura" ao Código Civil; mas estabelecer um limite máximo aceitável, entendido como não abusivo, estabelecido em um por cento ao mês.

A referência ao Código Civil, porém, não foi apenas decorrente da situação ou contexto histórico em que surgiu a Lei da Usura. Essa lei reportava-se e reporta-se ao Código Civil, justamente porque as relações obrigacionais, os negócios jurídicos, os contratos, como os de mútuo, as consequências do inadimplemento das obrigações, tudo isso era e é regulamentado pelo Código Civil, que, como afirmado, contém preceitos sobre os juros moratórios e remuneratórios. Por essa razão, entendia-se (e deve ser entendido) que não pode haver incoerência entre o que a Lei da Usura considera abusivo, art. 1º do Decreto 22.626/33, e as disposições acerca dos juros proclamadas pelo Código Civil. Por isso, deve-se procurar conciliar as regras jurídicas, pois, como já ensinava o eminente Carlos Maximiliano, só do exame conjunto delas é que se pode deduzir o sentido de cada uma (Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 104).

O Código Civil de 1916 evidenciava a relação existente entre juros – art. 1.062 –, e mútuo com fins econômicos – art. 1.262. Cotejem-se:

> *"**Art. 1.062**. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionados (**artigo 1.262**), será de seis por cento ao ano."* (Grifamos.)
>
> *"**Art. 1262**. É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis.*
>
> *Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal **(artigo 1.062)**, com ou sem capitalização."* (Grifei.)

O art. 1.262 do Código de 1916, em consonância com o dogma da autonomia da vontade e a consequente liberdade de contratar, até então prevalecente no direito privado, não limitava a taxa de juros nos contratos de mútuo feneratício, dispondo que podia ser fixada abaixo ou acima da taxa legal, que era de seis por cento ao ano; por isso, a Lei da Usura, – surgida em meio à crise de 1929, quando se pretendia reprimir os efeitos nocivos da cobrança de juros abusivos e do anatocismo – tendo em vista os diversos

negócios jurídicos de mútuo, veio preencher a lacuna deixada pelo legislador de 1916 e, a considerar que os juros acima de um por cento ao mês eram intoleráveis, proibiu sua cobrança, referindo-se à vedação de estipulação de taxas acima do dobro da estabelecida pelo então Código Civil, chamada de "taxa legal", que era de seis por cento ao ano.

Portanto, a referência que a Lei da Usura faz ao Código Civil não é vinculativa, no sentido de estar subordinada ao valor que o Código chamava de "taxa legal". Não é o Código Civil que impunha o limite a que se referia o Decreto 22.626/33; ao revés, é o Decreto que impunha limite às taxas de juros referidas pelo Código. Perceba-se que, antes da Lei da Usura, o Código Civil, no art. 1.262, não limitava a cobrança de juros, nos contratos de mútuo feneratício: *"Art. 1262. É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis. Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (artigo 1.062), com ou sem capitalização."*

A referência que a Lei da Usura faz ao Código Civil se deve à estreita relação entre taxa de juros, taxa legal e mútuo com fins econômicos. Deve-se assentar que a *"mens legis"* do Decreto 22.626/33 é de que os juros cobrados acima de um por cento ao mês são abusivos, e a alusão ao Código Civil de 1916, feita no *"caput"* do art. 1º, é, no que diz respeito ao valor da taxa de juros, meramente circunstancial. Reitere-se: a relação entre Lei da Usura e Código Civil é exigência de conformidade, de adequação do sistema jurídico, e não de vinculação de valores, daí não haver nenhum critério ou fundamento *jurídico*, mas tão-somente literal, a sustentar o entendimento de que a taxa de juros abusiva é aquela que não ultrapasse dois por cento ao mês, ou 24% ao ano.

A interpretação a ser feita deve levar em consideração a época em que o texto da Lei da Usura foi redigido, para compreender a referência ao Código Civil 1916 e o sentido da expressão "taxa legal"; não se pode simplesmente interpretar referida lei, tendo por critério o sentido atual de "taxa legal", sem procurar conhecer a conexão íntima entre as regras estudadas (Lei da Usura e Código Civil, inclusive o Novo Código Civil), buscando-se harmonizar as disposições acerca da matéria, como, aliás, acontecia entre a Lei da Usura e o Código Civil de 1916.

Assim, assentado o propósito e a conveniência do exame conjunto da matéria, percebe-se que não foi por acaso que a Constituição Federal de 1988, no revogado § 3º do art. 192, também estabelecia que a taxa de juros reais não poderia ser superior a um por cento ao mês, e não a dois por cento ao mês. Por sua vez, o Código Civil de 2002 veio ao encontro do que pretendia o legislador de 1933 (Lei da Usura), visto que, diferentemente do Código de 1916, estabeleceu um limite para a taxa de juros decorrente de contratos de mútuo feneratício, suprindo a lacuna existente no estatuto de 1916 e até então preenchida pelo Decreto 22.626/33. Trata-se do já mencionado art. 591, segundo o qual os juros não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, isto é, a taxa de um por cento ao mês.

Consequentemente, se se quiser harmonizar o sistema, determinando-se o sentido e o alcance das expressões do Direito (MAXIMILIANO, Carlos, ob. cit., p. 4), deve-se entender que a Lei da Usura, quando se refere à taxa legal, está a considerar a taxa de meio por cento ao mês, como, aliás, exprime em termos explícitos o § 3º de seu art 1º, e não a taxa de um por cento ao mês. A pensar diferentemente, a cobrança de juros acima de 1% ao mês, conquanto vedada pelo Código Civil (art. 591), não seria considerada abusiva pela Lei da Usura, que visa justamente reprimir os excessos praticados pela usura e resguardar o interesse superior da economia do País (Lei da Usura, "considerandos"). Não bastasse isso, haveria necessidade de conciliar os dois dispositivos com o art. 4º, *a*, da Lei 1.521/51, que dispõe sobre crimes contra a economia popular e estabelece ser crime a usura pecuniária ou real, consistente, entre outras formas, em cobrar juros, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei.

Se ao intérprete e aplicador da lei compete eliminar as antinomias e atender aos fins sociais a que a ela se destina e às exigências do bem comum (LICC, art. 5º); se ao aplicador da lei compete não apenas

procurar atrás das palavras os pensamentos possíveis, mas também entre os pensamentos possíveis o mais apropriado, jurídico, correto e justo, tendo em vista o objetivo da lei toda e o do Direito em geral (MAXIMILIANO, Carlos, ob. cit., "passim") – então é correto afirmar que a taxa de juros há de ser limitada, seja em contratos firmados entre particulares, seja em contratos firmados por instituições financeiras, não podendo ser superior a 12% ao ano, porque essa é a vontade da lei.

Também não é possível afastar a limitação dos juros cobrados pelas instituições financeiras, ao argumento de que a Lei da Usura não é aplicável à espécie, já que o Código Civil, no art. 591, não deixa dúvida sobre a vedação da estipulação de taxas acima da que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, ou seja, um por cento ao mês (CTN, art. 161, §1º). Nesse sentido, o enunciado nº 20 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: *"Art. 406: a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês."*

Aliás, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consistente no fato de a Lei da Usura não se aplicar às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, materializado na Súmula 596 daquele Pretório, remonta a uma época em que o País sofria com uma inflação inexorável, cujos índices eram, muitas vezes, superiores a 1.000% ao ano (Figueiredo, Alcio Manoel de Sousa. *Juros Bancários*: limites e possibilidades. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 21 e ss.), de molde que os próprios cidadãos brasileiros conviviam com a atualização constante de seus recursos. O contexto atual, porém, é completamente outro, de forma que a discriminação entre os contratos civis de mútuo e os contratos firmados pelas instituições financeiras é flagrantemente afrontosa ao princípio constitucional da isonomia, por considerar crime a usura praticada pelo cidadão comum, mas não impor limites às taxas de juros cobradas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, permitindo a livre pactuação dos juros, sem considerar seus reflexos sociais e os fins da lei.

Os princípios gerais de direito, como a vedação ao enriquecimento sem causa ou a desproporção exagerada nas relações negociais; os princípios constitucionais, tal como a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade; os princípios contratuais, a exemplo da função social do contrato, da equivalência material; ainda do regramento legal em vigor, já que mesmo se admitindo a sujeição das instituições financeiras aos preceitos da Lei 4.595/64, aplica-se, analogicamente, o Decreto-lei nº 22.626/33, bem como a moral e os bons costumes, que repudiam a prática da usura; ou ainda o lucro exagerado à custa do desenvolvimento econômico e social, vedam peremptoriamente a prática de juros em taxas superiores a 12% ao ano.

Ademais, a falta de tratamento isonômico entre os ruralistas, que pagam juros de 3% a 12%, no máximo, ao ano, e a grande massa de consumidores não ruralistas, que pagam juros de até (cheque especial) 12% ao mês. Está certo os ruralistas pagarem juros com taxas menores, pois representam setor importante do seguimento produtivo; errado está os não ruralistas serem penalizados com taxas de juros excorchantes, pois também representam setor importante da vida nacional.

Daí que, por qualquer ângulo que se analise a questão posta, a revisão e consequente limitação dos juros remuneratórios em 12% ao ano é medida que se impõe.

A súmula 596 do Supremo Tribunal Federal *"foi editada numa época em que a única forma de se repor as perdas inflacionárias e remunerar o capital era através dos juros. Note-se que não havia um mecanismo de correção monetária. Assim, a partir do momento que passou a ser possível repor a desvalorização da moeda por índice próprio, a súmula 596 perde a sua finalidade e passa a ser, não instrumento de manutenção do sistema financeiro, mas passaporte para a usura"*. (AC. n.º 194247698 – 4ª Câm. Cível do TARGS – Rel. Juiz Marcio Puggina, "O Limite Constitucional dos Juros Reais", Editora Síntese, Gabriel Wedy, p. 37/38, 1997.)

Nos dias atuais, as elevadas taxas de inflação, que consumiam rapidamente o poder aquisitivo da moeda, são apenas sombra, um esboço da insegurança econômica de outrora. Assim, a excepcionalidade econômica circunstancial, que admitia e quiçá exigia uma regulação mais branda da matéria, não existe mais, daí que não se justifica a liberdade de mercado defendida pelas instituições financeiras. Equivocam-se aqueles que consideram as peculiaridades do País um fator preponderante na política de juros praticada no mercado nacional. O simples fato de o País atuar no mercado financeiro internacional, seja na pessoa do próprio Estado ou de instituições privadas, impõe forte influência daquele nas regras locais, pois decisões são tomadas segundo critérios macroeconômicos.

Por oportuno, tendo em vista os fins sociais da Lei da Usura, do art. 591 do Código Civil, da Lei 1.521/51 (crimes contra a economia popular) e da própria Lei 4.595/64, que instituiu o Conselho Monetário Nacional, torna-se imperioso concluir pela aplicação da Lei da Usura aos contratos bancários, como fator limitador dos juros abusivos, conclusão que decorre da própria harmonia dos dispositivos legais mencionados, em consideração, ademais, aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Entendo que a dificuldade não está em sustentar a aplicação da referida Lei da Usura aos contratos bancários; difícil é sustentar a sua não-aplicação, já que ao juiz cumpre aplicar a lei, e não negá-la. Se o entendimento no sentido da aplicação da lei decorre do sistema jurídico (o ordenamento jurídico; os princípios gerais de direito, como a boa-fé objetiva e a equidade; os princípios fundamentais, como a dignidade humana; as normas de nítido caráter social, como Código de Defesa do Consumidor) e da própria lei em si, que não contém ressalvas sobre as hipóteses de incidência, então os dispositivos da Lei da Usura podem e devem ser utilizados para limitar os juros, ao lado do Código Civil, art. 591, e demais normas limitadoras da abusividade, como o Código de Defesa do Consumidor.

Ainda que se reconheça a competência do Conselho Monetário Nacional para dispor sobre os juros, segundo disposição contida na Lei a 4.595/64, referido órgão nunca se desincumbiu desse mister. Esse fato, entretanto, diferentemente do que sustentam as instituições financeiras e alguns tribunais, não conduzem à conclusão, juridicamente insustentável, a meu ver, de que os juros não sofrem nenhuma limitação. Por tudo quanto foi dito, os juros são limitados pelo sistema jurídico e, portanto, as taxas abusivas devem ser coibidas pelo Poder Judiciário, como, aliás, consignou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar, em voto louvável, proferido no julgamento do Resp 271.214/RS, nestes termos:

> *"É certo que não cabe ao juiz interferir genericamente no mercado para estabelecer taxas, mas* ***é seu dever intervir no contrato que está julgando, para reconhecer quando o princípio do equilíbrio contratual foi violado****, a fim de preservar a equivalência entre a prestação oferecida pelo financiador e a contraprestação que está sendo exigida do mutuário. É função dele aplicar o dispositivo legal que proíbe cláusulas potestativas; é função dele verificar se no modo de execução do contrato não há perda substancial de justiça, com imposição de obrigação exagerada ou desproporcionada com a realidade econômica do contrato.* ***Para isso, sequer necessita invocar o disposto no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o sistema do nosso Direito Civil é suficiente para permitir a devida adequação****."* (Grifamos.)

Assim, o sistema do nosso Direito Civil é suficiente para permitir a limitação das taxas de juro.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a despeito da posição ultraliberal em relação aos juros, tem feito uso do parâmetro de 12% ao ano, ao reconhecer a abusividade dos contratos com previsão de incidência de juros remuneratórios sem especificação de taxas, adequando-as ao ordenamento:

> *"PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – NEGATIVA DE PROVIMENTO – AGRAVO REGIMENTAL – CONTRATO BANCÁRIO – JUROS REMUNERATÓRIOS – TAXA NÃO ESTABELECIDA NO CONTRATO – PACTUAÇÃO*

> *NÃO DEMONSTRADA – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO – DESPROVIMENTO. 1. Encontra-se pacificado nesta Corte o entendimento de que, quanto aos juros remuneratórios, uma vez não estabelecida no contrato a taxa de juros a ser aplicada, deve ser imposta a limitação de 12% ao ano, vez que a previsão de que o contratante deve arcar com os juros praticados no mercado financeiro é cláusula potestativa, que sujeita o devedor ao arbítrio do credor ao assumir obrigação futura e incerta. Precedentes. (...)"* (Ag.Rg. no REsp nº 723.778/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª Turma, DJ de 21/11/2005)

E mais:

> *"Agravo regimental. Recurso especial a que se negou seguimento. Contrato bancário. Código do Consumidor. Juros remuneratórios. Limitação. Precedentes. 1. Não havendo previsão no contrato do percentual dos juros remuneratórios, correta a decisão que impôs a limitação a 12% ao ano. 2. Impossibilidade de reexame da questão em face do óbice da Súmula nº 5/STJ. 3. Agravo regimental desprovido."* (Ag.Rg. no REsp nº 646.386/RS, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 1º/2/2005)

As relações contratuais assumiram notória relevância econômica e social, exigindo do Estado proteção e regulação, de forma a viabilizar a consecução dos objetivos fundamentais da República (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos. Surge, assim, a figura do dirigismo contratual, proclamando a supremacia dos interesses coletivos, valorizando, homenageando e respeitando a dignidade da pessoa humana, ao lado de princípios e preceitos de envergadura constitucional.

Nessa realidade da noção de contrato, extrai-se, como principal característica, a regulamentação legal de cláusulas, a fim de coibir abusos decorrentes da desigualdade técnica e, especialmente, econômica entre as partes. A mitigação, ou melhor, a adequação do princípio da autonomia da vontade a essa nova realidade é uma tendência mundial, pois também as outras nações reconhecem a importância das relações contratuais, ainda mais acentuada em tempos de globalização.

Os contratos, em especial aqueles que têm por objeto o crédito, não podem produzir, sozinhos, o efeito de reduzir o devedor ao patamar patrimonial inferior àquele anterior à pactuação. O mútuo deve, pelo contrário, trazer benefícios econômicos tanto ao tomador do crédito quanto à cessionária, pois essa é sua essência, sua função social. Derivado de todos esses relevantíssimos preceitos, e sintetizando-os, formulou-se o princípio da equivalência material, que impede, basicamente, que uma parte aufira lucros desproporcionais em detrimento da outra, mantendo sempre equilibrada a relação contratual. Bastante elucidativa a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, citando Paulo Luiz Netto Lôbo:

> *"O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico 'pacta sunt servanda' passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas"* (Novo Curso de Direito Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. IV, t. 1º, p. 59-60).

Esse princípio produz efeitos tanto na esfera civil (lesão, estado de perigo, teoria da imprevisão) quanto na administrativa (equilíbrio econômico-financeiro), permitindo a adequação das cláusulas e

obrigações, com vistas à manutenção da relação contratual, segundo os elevados parâmetros de justiça, honestidade e boa-fé, mantendo, sempre que possível, a comutatividade entre direitos e obrigações.

O Código de Defesa do Consumidor contém parâmetros bastante objetivos, e, por isso, extremamente úteis, acerca da verificação da abusividade. Dispõe, com efeito, referido diploma legal:

> *"Art. 51. São nulas de plano direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos ou 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.*
>
> *(...)*
>
> *§ 1º – Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:*
>
> *I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;*
>
> *II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;*
>
> *III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso."*

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que seriam abusivas somente as taxas de juros pactuadas acima da "taxa média de mercado", definida pelo Banco Central. Esse entendimento, em meu entender, conduz à usura oficializada, que é, como afirmado, repudiada pelo ordenamento jurídico brasileiro, daí não poder prevalecer, sendo oportuno transcrever, uma vez mais, excerto do brilhante voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que assim se pronunciou:

> *"O entendimento que hoje predomina na Segunda Seção é francamente favorável à cobrança dos juros de acordo com os índices fixados pelos bancos, sem outro limite senão a taxa média de mercado e sem possibilidade de sua revisão pelo juiz, salvo quando o mutuário comprovar que o banco está cobrando dele mais do que cobra de outro, em situação similar. Como dificilmente ocorrerá tal hipótese (e, caso ocorra, implica indevida transferência ao mutuário da carga da prova do abuso, a ser feita possivelmente em perícia de difícil e onerosa realização), o resultado prático daquele julgamento é a liberação dos juros, sejam remuneratórios, sejam moratórios, sem nenhum controle efetivo. Controle administrativo não existe, pois não se conhece limite imposto pela autoridade administrativa, e o controle judicial fica agora condicionado a uma prova irrealizável ou de difícil realização.Todos sabemos que as taxas praticadas no Brasil chegam a resultados muitas vezes absolutamente inaceitáveis do ponto de vista ético. É certo que a Escola de Chicago prega a "interpretação econômica do contrato", com absoluta submissão ao interesse do mercado,* ***mas é inaceitável proibir ao juiz corrigir o evidente excesso presente no caso submetido a seu julgamento, apenas porque se trata de um abuso praticado massivamente contra todos****. As taxas de mercado podem ser aceitas para os negócios em geral,* ***quando houver efetiva concorrência, adequadamente fiscalizada pelo Estado, possibilidade real de escolha, o que de nenhum modo acontece****. Quais as opções e o poder de negociar as cláusulas de contrato bancário que se permitem ao nosso pequeno agricultor, ou ao microempresário? Se o Estado libera os juros e o Tribunal se recusa a afastar o abuso, algumas situações podem causar perplexidade."* (STJ - REsp 466.979/RS – 4. T. – J. 22.4.2003. Grifei)

No mesmo voto, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar transcreve fragmento do voto do Ministro Pádua Ribeiro, proferido no REsp 407097/RS, que assim se manifestou:

> *"Hoje, os bancos sentem-se muito à vontade para cobrar juros remuneratórios a taxas mensais que superam, em muitos casos, o dobro da inflação anual, sobre débitos corrigidos monetariamente, adotando, por inércia, procedimentos que lhes são altamente convenientes, vigentes na época da inflação exacerbada.Argumentam que praticam taxas de mercado. Mas que mercado?Nos Estados Unidos existem cerca de 14 mil bancos e a taxa de juros média não chega a 6% ao ano. No Brasil, em 1997, tínhamos 206 bancos, em 2002 temos aproximadamente 180, com um predomínio quase absoluto dos 10 maiores, que detinham, em 2000, 76,70% dos depósitos, caminhando para 85% nos próximos anos (fonte: Austin Asis).O Código de Defesa do Consumidor, por meio dos artigos 6º, inciso V, 39, inciso V, 51, inciso IV e 52, possibilita que o Judiciário defina regras de eqüidade para implantar ou restabelecer o equilíbrio na relação dos bancos com os seus clientes quando estes se sintam em desvantagem exagerada. Não há lugar para o sofisma que as instituições costumam apresentar quando questionadas perante o Poder Judiciário segundo o qual, se os juros não estão limitados é permitido cobrar qualquer taxa.No caso em tela, o documento de fls. 63-463, trazidos aos autos pelo recorrente, dá conta da cobrança de juros à taxa mensal que varia de 9,90% a 13,58%, incidente sobre os valores postos à disposição do cliente em sua conta corrente, a partir de agosto de 1996, quando já vigorava e surtia efeitos o plano de estabilização do Governo Federal. Não há, nesse caso, uma vantagem exagerada? Há. E contra tal fato é muito difícil divisar a plausibilidade de qualquer argumento."*

Seguindo o raciocínio trilhado pelo STJ, não se poderia considerar abusivos os juros cobrados pela operadora de cartão de crédito (13,5% ao mês) e o cheque especial (8,73% ao mês e 197,75% ao ano), sem mencionar a capitalização mensal, prática também usual no mercado, ainda que só admitida quando expressamente autorizada por lei especial. Muito mais do que abusivas, essas taxas de juros são inarredavelmente usurárias e criminosas. É desnecessário afirmar que taxas de juros nesses patamares, praticadas regularmente no mercado, constituem vantagem exagerada àquele que concede o crédito, pois ofendem princípios fundamentais do direito e revelam-se excessivamente onerosas ao mutuário.

A propósito do assunto, lembra Alcio Manoel de Sousa Figueiredo, em obra monográfica sobre o assunto, que o entendimento do STJ "*na prática autorizou as instituições financeiras a fixarem taxas de juros moratórios e remuneratórios que melhor lhes convier, sem qualquer limite, desde que não superior à taxa média de mercado. Acontece, todavia, que a estipulação da taxa média dos juros praticados no mercado e apurada pelo Banco Central do Brasil, fica a critério exclusivo das instituições financeiras, ou seja, os bancos é que fixam as taxas de juros que serão aplicadas nos empréstimos bancários"* (Juros Bancários: limites e possibilidades. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 61).

Assim, é possível concluir que *a)* a Lei 4.595/64 foi revogada pela Constituição, tendo em vista que a Medida Provisória n. 45/1989 não foi convertida em lei no prazo estabelecido pelo então parágrafo único do art. 62 da Constituição, devendo aplicar-se o Decreto 22.626/33 como limitador das taxas de juros; *b)* sem embargo, é possível sustentar que o Conselho Monetário Nacional não tem competência para fixar livremente as taxas de juros, mas apenas para limitá-las, quando for necessário, devendo limitá-las nos limites da lei; *c)* as taxas de juros estão limitadas pelo art. 591 do Código Civil de 2002; *d)* o Decreto 22.626/33 não foi revogado pela Lei 4.595/64, tanto que continua a ser aplicado pelo STJ, como limitador de juros abusivos; *e)* a Emenda Constitucional n. 40/2003 deixou claro que o sistema financeiro nacional pode ser regulado por leis complementares, o que permite reconhecer que o Decreto 22.626/33 foi recepcionado pela Constituição como lei complementar; *f)* o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, autoriza o Judiciário limitar os juros abusivos.

Pelo exposto, com fundamento do Decreto 22.626/33, no Código Civil Brasil, art. 591, e no Código de Defesa do Consumidor, entendo que a taxa dos juros contratuais, sejam moratórios, sejam remuneratórios, não pode ser superior a 12% ao ano, sob pena de redução.

2. Da capitalização dos juros

Visando à uniformização da jurisprudência sobre questões idênticas que caracterizam multiplicidade de recursos, o STJ exarou orientação no seguinte teor:

> *"CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. DECRETO 22.626/1933 MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO. 1. A capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros. 2. Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de "taxa de juros simples" e "taxa de juros compostos", métodos usados na formação da taxa de juros contratada, prévios ao início do cumprimento do contrato. A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não é proibido pelo Decreto 22.626/1933. 3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: - "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada." - "A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada". 4. Segundo o entendimento pacificado na 2ª Seção, a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios. 5. É lícita a cobrança dos encargos da mora quando caracterizado o estado de inadimplência, que decorre da falta de demonstração da abusividade das cláusulas contratuais questionadas. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido."* (Relatora p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, J. 08/08/2012, DJe 24/09/2012).

Embora respeite o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, mantenho firme o entendimento de que o art. 591 do novo Código Civil revogou a Medida Provisória 2.170/36.

Frise-se que ao contrário do que entendeu a Corte Superior, o Código Civil, no caso específico da capitalização, não pode ser tratado como norma de caráter geral, fazendo sobressair o art. 5º da MP 2.170-36/01, ao argumento de que este último seria de caráter especial por se referir especificamente às "operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional". É que, de acordo com o o art. 591: *"Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual."*

Assim, o Código Civil é enfático ao vedar a capitalização de juros em período inferior a um ano, para as operações de fins econômicos, dentre as quais destaca-se as operações realizadas pelas instituições financeiras. Se esse não fosse o entendimento do legislador, certamente teria ressalvado, como, aliás, se verifica do artigo 4º do Decreto 22.6264/33 (Lei da Usura), que dispõe: "*É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta-corrente de ano a ano".*

Por oportuno, sobre a matéria em testilha, há a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, em pleno vigor, que dispõe: "*É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada"*. Daí se concluir que a capitalização anual é permitida, enquanto a mensal é proibida, ainda que pactuada pelas partes, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei específica, como no caso das cédulas de crédito rural, industrial e comercial, não sendo permitida nos demais contratos bancários (Súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça: *"A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros").*

Outra questão a ser dirimida é a de que a medida provisória se aplica à administração dos recursos do Tesouro Nacional, não mantendo nenhuma relação com o caso vertente. Aliás, tal entendimento se coaduna com o entendimento desta Corte. Confira:

> *"Ainda que celebrado o contrato sob a vigência da Medida Provisória nº 2.170-36, que prevê a capitalização dos juros em periodicidade inferior a um ano, referido diploma dispõe apenas sobre a administração dos recursos do Tesouro Nacional, de modo que a capitalização de juros a que se refere o seu artigo 5º somente poderia dizer respeito às operações dessa natureza realizadas pelas instituições financeiras, inclusive em face do disposto no artigo 11, III, a, da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998".* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2005.013679-5/0000-00 – Segunda Turma Cível – julgado em 04/10/2005 TJMS).

Afora isso, há que ser destacado que tramita pelo Supremo Tribunal Federal a ADIN nº 2.316-DF, que busca a declaração de inconstitucionalidade do referido artigo 5º.

Feitas essas considerações, tem-se que a capitalização, seja dos juros remuneratórios ou moratórios, não poderá ser inferior a um ano.

Pelo exposto, divirjo parcialmente do ilustre relator por entender que a taxa dos juros contratuais, sejam moratórios, sejam remuneratórios, não pode ser superior a 12% ao ano, enquanto que a capitalização deve ser anual. No mais, acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar, nos termos do voto do relator e, no mérito, por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o vogal.

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. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, MS, 26 de junho de 2014.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0006847-61.2007.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA EM RAZÃO DO OFÍCIO – FARTO ACERVO PROBATÓRIO – CONDENAÇÃO MANTIDA – MAJORANTE DEVIDAMENTE COMPROVADA – PENA-BASE – REDUÇÃO, ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E EXCLUSÃO DA REPARAÇÃO DO DANO À VÍTIMA – INFRAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PLEITOS NÃO CONHECIDOS – NÃO PROVIMENTO.

Não se acolhe o pleito absolutório pela prática do crime de apropriação indébita quando o farto acervo probatório, consubstanciado especialmente pela prova testemunhal, depõe em desfavor do acusado.

Rejeita-se o pedido de exclusão da majorante do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, diante da prova de que o acusado, em razão de seu ofício, apropriou-se de bem recebido pela vítima, dele dispondo como se proprietário fosse.

Não se conhecem os pleitos de redução da pena-base, alteração do regime prisional e afastamento da condenação de reparação do dano à vítima formulados de forma genérica em manifesta ofensa ao princípio da dialeticidade.

Apelação defensiva conhecida parcialmente e para qual se nega provimento, ante o acerto da decisão singular.

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, não prover o recurso.

Campo Grande, 30 de junho de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de apelação interposta por Sidnei Sérgio Ribeiro a fim de reformar a sentença que o condenou a 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 46 (quarenta e seis) dias-multa, ante a prática do crime de apropriação indébita (art. 168, § 1º, III, do Código Penal).

Clama pela absolvição ante a suposta insuficiência probatória.

Alternativamente, pugna pela desclassificação da conduta para modalidade simples.

Mantida a condenação, requer a redução da pena-base para o mínimo legal, alterando-se o regime prisional e excluindo-se a decretação de reparação do dano às vítimas.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 255/271).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (f. 275/282).

VOTO (EM 16.06.2014)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

Sidnei Sérgio Ribeiro interpõe apelação a fim de reformar a sentença que o condenou a 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 46 (quarenta e seis) dias-multa, ante a prática do crime de apropriação indébita (art. 168, § 1º, III, do Código Penal).

O acusado foi denunciado porque, no mês de outubro de 2005, em Dourados, apropriou-se de 40 (quarenta) cabeças de gado de que tinha a posse em razão do emprego. Tais semoventes pertenciam a José Luiz Cramolisk e deveriam ser entregues à vítima Osmar Da Silva, o qual os havia adquirido pelo valor de R$ 10.400,00 (dez mil e quatrocentos reais).

Narra a denúncia que, *"referida transação comercial foi acordada verbalmente e que em razão disso a vítima Osmar da Silva entregou para o* ***Denunciado*** *a lâmina de cheque nº 851951, Banco do Brasil, agência 0391-3 e conta nº 523009-8, de sua titularidade, devidamente preenchida no valor de R$ 10.400,00 (dez mil e quatrocentos reais) e pré-datada para o dia 31/11/2005 (fl. 05), como forma de pagamento pelos animais que adquiriu"* (f. 02 – destaque original).

Todavia, ao se dirigir à propriedade de José Luiz Cramolisk e após entregar-lhe a cártula, o acusado *"embarcou as quarenta cabeças de gado em dois caminhões fretados e levou os bovinos, não obstante, inverteu o título da posse, ao passo que não os entregou para a vítima* Osmar da Silva*, conforme combinado"* (f. 02).

A insurgência recursal referente à absolvição e desclassificação da conduta deve ser rechaçada.

Ouvida na fase inquisitiva, a vítima descreveu o *modus operandi* da prática delitiva, informando que, na qualidade de corretor, o acusado vendeu as 40 (quarenta) cabeças de gado, recebendo como pagamento a sobredita lâmina de cheque, porém, não as repassou. Acrescentou, dizendo que a venda fora intermediada por Sidnei, sendo que em nenhum momento entrou em contato com a pessoa de José Luiz Cramolisk (f. 06/07, 13 e 72).

Na ocasião, procedeu-se à oitiva da testemunha Flávio Lemos de Sousa que apresentou a seguinte versão para os fatos (f. 65):

> *"QUE, o depoente é genro de José Luiz Cramolisk e recebeu deste a lâmina de cheque número 851951 preenchida no valor de R$ 10.400,00 a qual está acostada às folhas 05 destes autos; Que, no ano de 2005 seu sogro efetuou a venda de quarenta e cinco cabeças de gado para pessoa conhecida pelo nome de Sidnei; Que, Sidnei, como forma de pagamento, entregou a José Luiz a lâmina de cheque acima referida, sendo certo que referida cártula era pré-datada para o dia 30/11/2005; Que, o depoente tem conhecimento que a venda foi negociada apenas com Sidnei e o gado foi entregue ao mesmo; Que, esclarece ainda que na data prevista para depósito do cheque, Sidnei compareceu no escritório do depoente e disse que queria resgatar o cheque de Osmar, sob a alegação de que ele não teria fundos; Que, Sidnei acabou deixando um segundo cheque com o depoente, mas mesmo assim o depoente ficou com o primeiro cheque emitido por Osmar; Que, na data*

> *prevista o depoente depositou o cheque de Osmar da Silva e para sua surpresa o mesmo foi devolvido pelo motivo 28; (...); Que, o depoente ouviu comentários de que Osmar havia efetuado outras compras de gado nesta região, sendo Sidnei o intermediário."*

Por outro lado, José Luiz Cramolisk asseverou (f. 66):

> *"QUE, na época do fato o depoente era proprietário de quarenta e cinco cabeças de gado bovino e em outubro de 2005 vendeu sua criação para pessoa de Osmar da Silva; Que, na oportunidade foi procurado pelas pessoas de Sidnei e Galdino os quais estiveram em sua propriedade e disseram que representava a pessoa de Osmar e pretendiam adquirir gado para ele; Que, não chegou a conversar pessoalmente com Osmar, mas ligou em seu telefone e fechou o negócio com o mesmo; Que, o valor negociado com Osmar foi de R$ 10.400,00, tendo o depoente recebido a lâmina de cheque do banco do Brasil, cuja cópia está acostada às folhas 05 destes autos; Que, referida cártula foi entregue ao depoente por Sidnei; Que, o gado foi entregue a Sidnei e Galdino, tendo estes embarcado o bovino em dois caminhões alugados por eles; Que, na data prevista para pagamento o cheque foi depositado na conta corrente de Flavio Lemos de Sousa, genro do depoente, mas foi devolvido pelo banco; Que, o genro do depoente procurou por Osmar, mas este alegou que não recebeu o gado de Sidnei e por tal motivo não poderia pagar o cheque; Que, reconhece a foto estampada às folhas 49 destes autos como sendo da pessoa de Sidnei, a qual esteve em sua propriedade e recebeu o gado vendido pelo depoente; (...)"*

Inquirido, o acusado negou a autoria delitiva, afirmando que sequer se lembrava de haver conhecido Osmar (f. 52/53).

Em juízo, a vítima ratificou as declarações anteriores (f. 144/146).

Ainda nesta fase, procedeu-se à oitiva do informante Galdino Onório, o qual ratificou a venda do gado pelo acusado Sidnei à vítima Osmar, que, por seu turno, não o recebeu como combinado (f. 147/149).

Em igual sentido, as assertivas das testemunhas Flavio Lemos de Souza e José Luiz Cramolisk (f. 150/154).

Interrogado, o acusado voltou a negar a autoria delituosa, apresentando o álibi de que de fato, na qualidade de corretor da vítima, havia adquirido os semoventes da pessoa de José Luiz Cramolisk, mas que, em seguida, terceira pessoa apresentou-se como credora de Osmar e levou o gado como pagamento de uma dívida (f. 169/172).

Destarte, ao contrário do que quer fazer crer a defesa, o exame do acervo probatório permite concluir pela responsabilidade do acusado pelo cometimento da figura típica que lhe é imputada.

Note-se que desde a fase inquisitiva a prova testemunhal é uníssona quanto ao envolvimento de Sidnei na negociação das cabeças de gado à vítima, havendo sua devida ratificação em juízo.

Por outro lado, é certo que enquanto na fase inquisitiva o acusado sequer se lembrava de haver conhecido Osmar, perante a autoridade judiciária ofereceu "detalhes" de seu proceder, ainda que tenha alegado em seu favor versão não comprovada.

Como cediço, *"a utilização de álibi faz transmudar o ônus da prova da sua existência à defesa, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal"* [1], de modo que cabia ao acusado desincumbir-se de comprovar que a "negociação" realizou-se nos moldes em que alegado.

Ademais, *"pratica o crime de apropriação indébita o agente que, na condição de possuidor ou detentor da coisa alheia móvel que recebeu da vítima em confiança, passa a comportar-se como se dono da coisa fosse, negando-se a devolvê-la ou realizando ato de disposição"* [2].

Por outro lado, não há de se cogitar a exclusão da majorante do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, pois, conforme reconhecido pelo próprio acusado, *"já havia feito negócios com a vítima anteriormente, afirmando que a vítima confiava integralmente em sua pessoa, a ponto de lhe passar cheques, tal como aconteceu no fato denunciado"* (f. 171).

Como sabido, *"incide no delito de apropriação indébita qualificada o agente que, em razão da confiança gerada pelo ofício que exerce, dispõe do bem que recebeu do real proprietário, comportando-se como se dono fosse"* [3].

Finalmente, não conheço dos pleitos de abrandamento da pena-base, abrandamento do regime prisional e exclusão da determinação de reparação do dano à vítima, uma vez que formulados de forma genérica, infringindo, assim, o princípio da dialeticidade.

Deveras, *"pelo princípio da dialeticidade recursal, segundo o qual o efeito devolutivo da apelação criminal encontra limites nas razões expostas pela defesa, não se pode conhecer do pedido genérico de redução da pena, sobretudo se o apelante não apresenta nenhum fundamento idôneo para ensejar a alteração da sentença nesse ponto. Precedentes do STJ"* [4].

Ante o exposto, conheço parcialmente do apelo de Sidnei Sérgio Ribeiro e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Revisor)

De uma análise detalhada dos autos, acompanho integralmente o relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar, para conhecer parcialmente do apelo e na parte conhecida negar-lhe provimento.

Conclusão do julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista do vogal (Des. Ruy Celso Barbosa Florence), após o relator e o revisor conhecerem parcialmente do recurso e negarem provimento.

VOTO (EM 30.06.2014)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal)

Pedi vista dos autos e, após análise detida, entendo que as provas realmente são suficientes para a condenação de Sidnei Sérgio Ribeiro no crime de apropriação indébita qualificada, motivo pelo qual acompanho o e. Relator, Des. Carlos Eduardo Contar, para negar provimento ao apelo defensivo, mantendo incólume a sentença de origem.

1 TJMT, Ap 99359/2013, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Pedro Sakamoto, j. 19/03/2014, DJ 24/03/2014, p. 157.
2 TJDF, Rec 2009.07.1.038546-2, 2ª T. Crim., rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos, DJ 23/10/2012, p. 219.
3 TJRO, Ap 1009030-35.2005.8.22.050-1, rel. Des. Zelite Andrade Carneiro, j. 24/03/2011, DJ 31/03/2011, p. 43.
4 TJSC, Ap 2012.052832-3, 1ª Câm. Crim., rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 18/03/2014, DJ 27/03/2014, p. 466.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não proveram o recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 30 de junho de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0059760-18.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – AMEAÇA E VIAS DE FATO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – PRELIMINARES REJEITADAS – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – LEGÍTIMA DEFESA – INOCORRÊNCIA – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – INCOMPATIBILIDADE – AGRAVANTE DO ART. 61, "F", DO CÓDIGO PENAL – APLICAÇÃO DEVIDA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – NÃO PROVIMENTO.

Não se reconhece nulidade do feito pela falta de fundamentação quando do recebimento da denúncia, uma vez que sobre o mesmo não incide a regra do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Presentes indícios suficientes de autoria e materialidade e preenchendo a exordial acusatória os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, não há falar em ausência de justa causa para a persecução criminal.

Se a prova demonstra de maneira convincente que o acusado praticou o crime de ameaça e a contravenção penal de vias de fato torna-se incabível o pleito absolutório.

Incabível a alegação de legítima defesa quando a prova demonstra a inexistência dos requisitos do art. 25, do Código Penal.

Não se aplica o princípio da insignificância se a conduta for deliberada e causou temor à vítima, mormente pela incompatibilidade com a Lei n.º 11.340/2006.

É inarredável a incidência do art. 61, II, "f", do Código Penal, eis que não há *bis in idem* quando tal circunstância não é elemento do tipo penal e nem qualifica a conduta do art. 21, do Decreto-Lei n.º 3.688/41, e art. 147, do Código Penal.

Não se aplica a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em casos de violência doméstica.

Apelação defensiva a que se nega provimento, ante a ausência de elementos aptos a modificação.

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, não prover o recurso.

Campo Grande, 7 de julho de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

E. Q. interpõe apelação objetivando a reforma da sentença que o condenou a 02 (dois) meses de detenção, em regime aberto, pela prática do crime de ameaça (art. 147, do Código Penal) e da contravenção penal de vias de fato (art. 21, do Decreto-Lei n.º 3.688/41).

Preliminarmente, pugna pela nulidade do feito eis que a denúncia fora recebida sem a necessária fundamentação; bem como por ausência de justa causa para ação penal.

No mérito, aduz que a prova é insuficiente para condenação. Alternativamente, alega que agiu albergado pela excludente de legítima defesa, bem como pugna pela aplicação do princípio da insignificância.

Por fim, requer a exclusão da agravante do art. 61, II, "f", do Código Penal, e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 220/234).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 253/264).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

E. Q. interpõe apelação objetivando a reforma da sentença que o condenou a 02 (dois) meses de detenção, em regime aberto, pela prática do crime de ameaça (art. 147, do Código Penal) e da contravenção penal de vias de fato (art. 21, do Decreto-Lei n.º 3.688/41).

Infere-se dos autos que, aos 09 de outubro de 2010, por volta das 16h45min, no "Bar do Chaparro", na Rua Dom Aquino, Centro, em Campo Grande, o acusado ameaçou causar mal injusto e grave a E. O., sua ex-companheira, ameaçando furar os olhos da vítima com pedaços da lente de seus óculos.

Apurou-se que o acusado abordou a vítima em via pública, momento em que a puxou, segurou-a e arrancou seus óculos de lentes corretivas, jogando-o no chão e quebrando-o. Em seguida passou a ameaçar prejudicar a visão de E. O. com os cacos dos óculos recém quebrados, dizendo que *"iria pegar aqueles pedaços e enfiar dentro do olho"* da vítima.

Processado, pugna preliminarmente pela nulidade do feito por falta de fundamentação no recebimento da denúncia e ausência de justa causa para ação penal.

Não merece a guarida o pleito de nulidade, porquanto *"o despacho de recebimento da denúncia dispensa fundamentação, dada a sua natureza de interlocutória simples"* [1]

Quanto à preliminar da ausência de justa causa em face da inexistência de elementos probatórios mínimos a mesma é descabida, pois a exordial encontra-se respaldada pela *notitia criminis* veiculada no inquérito policial, observando-se a existência de indícios para a persecução criminal.

Ademais, a exposição dos fatos está em consonância com o art. 41, do Código de Processo Penal.

Neste sentido é o entendimento doutrinário, nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

1 STJ: RT 683/357.

> *"A ação só pode ser validamente exercida se a parte autora lastrear a inicial com um mínimo probatório que indique os indícios de autoria, da materialidade delitiva, e da constatação da ocorrência de infração penal em tese (art. 395, III, CPP). É o fumus commissi delicti (fumaça da prática do delito) para o exercício da ação penal. Como a instauração do processo já atenta contra o status dignitatis do demandado, não se pode permitir que a ação seja uma aventura irresponsável, lançando-se no polo passivo, sem nenhum critério, qualquer pessoa. Nos dizeres de Afrânio Silva Jardim,*
>
> *"torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração da prima facie, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade."*
>
> *Normalmente tais elementos são extraídos do inquérito policial, e nada impede que possam ser obtidos através de outras peças de informação, como relatórios de CPI, inquéritos militares, dentre outros."* [2]

No mérito, aduz que a prova é insuficiente para condenação. Alternativamente, alega que agiu albergado pela excludente de legítima defesa, bem como pugna pela aplicação do princípio da insignificância.

Interrogado o acusado negou a prática delitiva.

A vítima E. O. confirmou os fatos contra si praticados destacando que no dia dos fatos o acusado arrancou seus óculos, quebrou-os e ameaçou furar seus olhos. Salientou que o acusado já lhe bateu muito, que conviveu com o acusado por cerca de 20 (vinte) anos e que já foi agredida outras vezes (f. 113).

A testemunha Luddie Guttemberg Dagustinho Ferreira, policial militar, afirmou que foi acionada pela vítima que relatou as agressões praticadas pelo acusado, razão por que encaminhou os dois para delegacia.

Vê-se que a prova é firme e convincente acerca da prática delitiva sendo descabido o pleito absolutório.

Incabível, ainda, a alegação de legítima defesa, eis que o acusado não agiu repelindo injusta agressão a direito seu ou de outrem, conforme exige o art. 25, do Código Penal.

Outrossim, não prospera a pretensão de aplicação do princípio da bagatela, ante o objeto ofendido que não pode ser afastado, nem as consequências da prática delitiva poderão ser desprezadas.

O intuito da Lei n.º 11.340/2006 foi criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, como determinado no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, o que é incompatível com a aplicação do princípio da insignificância.

Por fim, requer a exclusão da agravante do art. 61, II, "f", do Código Penal, e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O art. 61, II, "f", do Código Penal, é expresso ao estabelecer acréscimo na reprimenda do delito praticado mediante a prevalência de "*relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma de lei específica*."

Neste ponto, deve-se estabelecer uma diferenciação imprescindível. A condenação pelo crime de lesão corporal não admite a incidência da circunstância agravante questionada, porque tal elemento já é qualificadora daquele tipo penal. Assim, sua incidência na dosimetria de pena caracterizaria *bis in idem*. [3]

2 **Curso de Direito Processual Penal,** 7 ed., Salvador: *Jus Podium*, 2012, p. 162/163.

3 TJDFT, Rec 2009.02.1.004680-8, Ac 570.018, 3ª T. Crim., rel. Des. JESUÍNO RISSATO, DJ 09/03/2012.

Os delitos de ameaça e de vias de fato, por outro lado, não prevêem qualquer qualificação para seu cometimento no âmbito doméstico ou familiar.

Destarte, a aplicação da agravante objurgada é plenamente viável.

Por fim, incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Inobstante tenha acolhido a tese por longo período, conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a substituição não vem sendo admitida pelo colegiado deste Tribunal de Justiça, conforme precedentes:

> *"EMBARGOS INFRINGENTES – AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PROMESSA DE DANO INJUSTO E GRAVE – INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *Se a ameaça contou com a promessa de causar dano injusto e grave à vítima, a ponto desta sentir-se intimidada e com medo concreto de sofrer alguma lesão física, moral ou patrimonial, mostra-se completamente incompatível a aplicação do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista o não preenchimento do requisito previsto no art. 44, I, do CP."* [4]
>
> *"EMBARGOS INFRINGENTES – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO LEGAL – CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *A condenação pelo crime de lesão corporal com violência doméstica não pode ter a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito, por vedação legal no art. 44, I, do CP."* [5]

Desta forma, a fim de pacificar o entendimento desta Corte de Justiça, ressalvando o entendimento pessoal acerca da matéria, deve ser indeferida a pretensão de substituição de pena em casos de violência doméstica.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por E. Q.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não proveram o recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 07 de julho de 2014.

***

4 EIfNu 0070598-20.2010.8.12.0001/50000, Seção Criminal, rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, DJ 23/06/2014.

5 EIfNu 0207640-11.2010.8.12.0002/50000, Seção Criminal, rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, DJ 29/04/2014.

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1408967-54.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PROCESSO PENAL – HOMICÍDIO CULPOSO – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO COMO CONDIÇÃO FACULTATIVA – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – CONCESSÃO PARCIAL.

Inobstante a prestação de serviços à comunidade esteja prevista como forma de pena restritiva de direitos, não há óbice legal para sua utilização como condição facultativa à suspensão do processo, nos termos do art. 89, § 2º, da Lei n.º 9.099/95.

A diversidade da natureza jurídica da prestação de serviços à comunidade torna imprescindível a ponderação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade quando a mesma é utilizada como condição da suspensão processual, a fim de que não se confunda com a própria pena (eventual e incerta).

Habeas Corpus que se concede parcialmente, para readequar a condição imposta pelo juízo *a quo* aos limites da proporcionalidade.

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 em parte a ordem.

Campo Grande, 8 de setembro de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Os advogados Eduardo Dalpasquale e José Raffi Neto ingressam com pedido de *habeas corpus*, com pleito de liminar, em favor de Solange de Cassia Minelli sob a alegação de que esta sofre constrangimento ilegal por parte do juiz de direito da 2ª vara de execução penal da comarca de campo grande.

Esclarecem que a paciente foi denunciada pela prática do crime do art. 121, § 3º, do Código Penal, tendo aceito a proposta de suspensão condicional do processo.

Relatam que " *foi inserida condição à aceitação não prevista em Lei, referente à prestação de serviços à comunidade, sendo fixado prazo de 3 (três) anos, por oito horas semanais, já com início previsto para agosto de 2014*" (f. 02).

Alegam que a paciente não teve outra opção a não ser a de aceitar a proposta do *parquet* nos moldes mencionados. Entretanto, agora se vê à iminência de constrangimento ilegal, eis que a prestação de serviços à comunidade possui caráter de pena, absolutamente incompatível com a suspensão condicional do processo.

Sustentam ser absolutamente inviável o *sursis* processual com caráter punitivo, devendo ser excluída a pena de prestação de serviços das condições.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 26/27), e a autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 31).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pela denegação (f. 33/42).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

Os advogados Eduardo Dalpasquale e José Raffi Neto ingressam com pedido de *habeas corpus*, com pleito de liminar, em favor de Solange de Cassia Minelli sob a alegação de que esta sofre constrangimento ilegal por parte do juiz de direito da 2ª vara de execução penal da comarca de campo grande.

Consta nos autos que a paciente foi denunciada pela prática do crime do art. 121, § 3º, do Código Penal, tendo aceito a proposta de suspensão condicional do processo.

Dentre as condições impostas à paciente para aceitação da benesse, constava a de "*prestar serviços à comunidade, pelo prazo de 03 (três) anos, por oito horas semanais, o que não deverá ocorrer na condição de técnica de laboratório tampouco em entidades que atendam crianças e adolescentes*" (f. 21).

É contra esta cláusula que se insurge a impetração, argumentando que a suspensão condicional do processo não pode estabelecer prestação de serviços à comunidade, que possui caráter de pena.

A matéria da impetração restringe-se, assim, em saber se a imposição de prestação de serviços à comunidade é possível ou ofende o princípio da legalidade por seu caráter punitivo.

Para adequada compreensão da *quaestio* transcreve-se trecho pertinente da Lei n.º 9.099/95:

> *"Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).*
>
> *§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:*
>
> *I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;*
>
> *II - proibição de frequentar determinados lugares;*
>
> *III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;*
>
> *IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.*

> *§ 2º* ***O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado****."* (Destaques não originais)

Doutrinariamente, classificam-se as condições do § 1º de obrigatórias (porque devem constar em todas as propostas de suspensão condicional do processo) e a previsão do § 2º de facultativas (porque derivam da avaliação concreta do julgador acerca da necessidade do caso).

Diante da enorme gama de infrações penais abarcadas pela possibilidade de suspensão condicional do processo, absolutamente impraticável que o legislador estabelecesse rol taxativo de condições a serem impostas.

Abre-se, então, a discussão acerca da possibilidade de impor condutas que noutros trechos da lei penal também são previstas como pena, como é o caso da prestação de serviços à comunidade.

Não se olvida a existência parcela da jurisprudência que rejeita a possibilidade de aplicação de prestação de serviços à comunidade como condição da suspensão condicional do processo. Entretanto, esta não se mostra a solução mais adequada ao caso.

Isso porque a legislação admite perfeitamente a prestação de serviços à comunidade mesmo em situações dissociadas de pena.

Exemplificando: o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece tal procedimento como medida socioeducativa (art. 112, III), mesmo sendo de conhecimento meridiano a impossibilidade de aplicação de pena propriamente dita aos inimputáveis. O mesmo diploma legal autoriza que a remissão (algo extremamente semelhante à suspensão condicional do processo) seja cumulada com medidas socioeducativas (art. 126 e 127).

Neste contexto, induvidosa a legalidade do estabelecimento de prestação de serviços à comunidade como condição do art. 89, § 2º, da Lei n.º 9.099/95, conforme dispõe a jurisprudência do Superior Tribunal De Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – SURSIS PROCESSUAL – LEI Nº 9.099/95 – CONDIÇÕES – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA OU DE SERVIÇOS À COMUNIDADE – POSSIBILIDADE – EXEGESE DO § 2º DO ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95 – PRECEDENTES DA QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que o art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, autoriza, no momento da elaboração da proposta do sursis processual, a imposição de prestação pecuniária ou de serviços à comunidade como condição para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo; desde que se mostre adequada ao caso concreto, em atenção os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes da Quinta Turma.*
>
> *2. Agravo regimental desprovido."* [1]

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha uníssona na mesma direção:

> *"HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – FURTO – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – IMPOSIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OU DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – VALIDADE.*

1 AgRg-REsp 1.376.161/RS, 5ª T., rel.ª Min.ª LAURITA VAZ, DJ 01/08/2014.

> *Não é inconstitucional ou inválida a imposição, como condição para a suspensão condicional do processo, de prestação de serviços ou prestação pecuniária, desde que 'adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado' e fixadas em patamares distantes das penas decorrentes de eventual condenação.*
>
> *A imposição das condições previstas no § 2º do art. 89 da Lei 9.099/95 fica sujeita ao prudente arbítrio do juiz, não cabendo revisão em habeas corpus, salvo se manifestamente ilegais ou abusivas."* [2]
>
> *"Habeas Corpus – 2. Suspensão condicional do processo – Prestação de serviços à comunidade – Possibilidade prevista no art. 89, § 2º, da Lei 9.099/95 – 3. Ordem denegada."* [3]

Desta forma, inconteste o cabimento de prestação de serviços à comunidade como condição da suspensão processual prevista no art. 89, da Lei n.º 9.099/95.

Ocorre que, toda doutrina e jurisprudência que chancelam a possibilidade de utilização desta medida como condição para a suspensão do feito destacam a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade.

Isso porque, sendo a prestação de serviços à comunidade também uma modalidade de pena restritiva de direitos, quando a mesma é imposta como condição da suspensão processual não pode ser dotada do mesmo rigor que estaria presente em eventual condenação.

No caso dos autos, é exatamente neste ponto que a condição padece de abuso e ilegalidade.

A paciente é acusada da prática de homicídio culposo, crime que a lei penal estabelece pena de "*detenção, de um a três anos*" (art. 121, § 3º, do Código Penal).

O Código Penal estabelece premissas para a prestação de serviços como pena:

> *"Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.*
>
> *§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.*
>
> *§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.*
>
> *§ 3º* ***As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho****.*
>
> *§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada."* (Destaques não originais)

Neste caso, conclui-se que apenas em caso de condenação da paciente à pena máxima prevista ao crime de homicídio culposo haveria a possibilidade de cumprimento de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 03 (três) anos.

2 HC 108.914/RS, 1ª T., rel.ª Min.ª Rosa Weber, j. 29/05/2012, DJ 31/07/2012.

3 HC 106.115/RS, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08/11/2011, DJ 28/11/2011.

Espantosamente, nem mesmo em caso de condenação à pena máxima seria admissível a carga de 08 (oito) horas semanais, eis que o art. 46, § 3º, do Código Penal, estabelece o cômputo de 01 (uma) hora para cada dia da condenação, resultando a carga máxima de 07 (sete) horas semanais.

Fácil concluir, portanto, que o período e a carga horária atribuídos à prestação de serviços da paciente seria abusiva até mesmo se aquela tivesse natureza de pena. Lembrando-se que a mesma é apenas uma condição para a suspensão processual, inevitável a necessidade de readequá-la, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Observadas as circunstâncias do caso concreto, principalmente o fato de a paciente ser acusada de homicídio culposo de uma criança de 11 (onze) anos e também a provável complexidade da instrução probatória daquele feito, mostra-se adequada a alteração da condição de prestação de serviços à comunidade para o prazo de 02 (dois) anos, por 04 (quatro) horas semanais, persistindo incólumes os demais termos da suspensão condicional do processo n.º 0007130-77.2013.8.12.0001.

Ante o exposto, concedo parcialmente o pedido de *habeas corpus* em favor de Solange de Cassia Minelli, apenas para reduzir o prazo e a carga horária da prestação de serviços à comunidade prevista como condição à suspensão do processo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam em parte a ordem.

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, 08 de setembro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000768-06.2012.8.12.0030 - Brasilândia
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – DISPARO DE ARMA DE FOGO E CORRUPÇÃO DE MENORES – PLEITO ABSOLUTÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – CORRUPÇÃO DE MENORES – PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE – CRIME FORMAL – PRESCINDIBILIDADE DE IDONEIDADE MORAL ANTERIOR DO MENOR – REINCIDÊNCIA – MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO E DE OFÍCIO, COMPENSADA A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA.

I- Não há que se cogitar a absolvição quanto à conduta descrita no art. 15, *caput*, da Lei n. 10.826/03, isso porque, embora não tenha efetuado os disparos, o recorrente estava ciente de que o menor portava arma de fogo, sendo certo o liame subjetivo e ajuste prévio de Cláudio com o menor infrator, o qual alvejou o veículo da vítima. Assim, é indubitável que nas condições descritas nos autos, o resultado era absolutamente previsível.

II- É certo que, para a caracterização do tipo descrito no art. 244-B, *caput*, da Lei n. 8.069/90, despiciendo é o fato de o menor ter se envolvido em práticas infracionais pretéritas, eis que se trata de crime formal, de modo que a mera exposição de adolescente ao cometimento de ato infracional já caracteriza o início ou o agravamento do dano à formação moral da pessoa em desenvolvimento e, por corolário, torna imperiosa a manutenção da condenação do recorrente.

III- O simples fato de o recorrente ostentar condenação anterior, pela prática do delito previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, a qual transitou em julgado em data anterior a presente conduta, caracteriza a agravante da reincidência, eis que não houve o decurso do período depurativo.

IV - Presente a confissão espontânea e a reincidência na segunda fase da dosimetria da pena, devem ser compensadas de ofício.

V- Recurso desprovido e, de ofício, operada a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, redimensionando-se a reprimenda para o patamar de 07 (sete) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

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 com o parecer, negar provimento ao recurso, e, de ofício, compensar a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de julho de 2014.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Cláudio de Paula, em face da r. sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Brasilândia, MS (fls. 373/386), que, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, absolvendo-o da conduta descrita no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e condenando-lhe como incurso nas sanções dos artigos 14 e 15, ambos da Lei n. 10.826/03 e 244-B, *caput*, da Lei nº 8.069/90, à pena total de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 50 (cinqüenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato.

Em suas razões recursais (fls. 413-416), o apelante pleiteia a sua absolvição quanto ao crime descrito no artigo 15, *caput*, da Lei n. 10.826/03, argumentando, para tanto, que o conjunto probatório produzido é insuficiente para manter sua condenação. Quanto à conduta descrita no artigo 244-B, *caput*, da Lei nº 8.069/90, o recorrente sustenta que tal crime é material, razão pela qual, entende que a conduta perpetrada é atípica, eis que o inimputável já era corrompido. Alternativamente, postula a exclusão da circunstância agravante genérica da reincidência.

Ao final, prequestiona negativa de vigência aos artigos 157, §2º, I e II, do Código Penal, artigo 244-B, *caput*, da Lei n. 8.069/90, artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal.

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (fls. 418-429).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e, no mérito, pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 434-438).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Trata-se de apelação criminal interposta por Cláudio de Paula, em face da r. sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Brasilândia, MS (fls. 373/386), que, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, absolvendo-o da conduta descrita no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e condenando-lhe como incurso nas sanções dos artigos 14 e 15, ambos da Lei n. 10.826/03 e 244-B, *caput*, da Lei nº 8.069/90, à pena total de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 50 (cinqüenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato.

A prefacial acusatória narra que:

> *"(...) no dia 21 de junho de 2012, por volta de 22:00 horas, na Rua Julião de Lima Maia, Centro, nesta cidade e Comarca de Brasilândia,o denunciado Claudio de Paula e o adolescente F. B, agindo em concurso de agentes, caracterizado pela unidade de desígnios e divisão de tarefas, voltados ao propósito comum, utilizaram-se de violência e grave ameaça contra a vítima Raimundo Nonato Tavares, para subtraírem para eles, coisa alheia móvel, consistente em R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais).*
>
> *2) Consta, também, dos autos do incluso inquérito policial que no dia 25 de junho de 2012, por volta de 03:00 horas, nas proximidades da Rua João Augusto Fonseca n. 953, nesta cidade e Comarca de Brasilândia, o denunciado Claudio de Paula e o adolescente*

F. B., agindo em concurso de agentes, caracterizado pela unidade de desígnios e divisão de tarefas, voltados ao propósito comum, efetuaram disparos com a arma de fogo calibre 38, marca Taurus, n. de série IK233028 (fls.49) em via pública e em adjacências de local habitado, com o objetivo de assustar Robson Rodrigues Alcantara.

3)Consta, ainda, que logo após a prática dos disparos de arma de fogo acima, o denunciado Claudio de Paula ocultou referida arma de fogo na residência de Osmar Ricardo da Silva, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 47/50).

4) Consta, ademais, que o denunciado Claudio de Paula ao praticar os crimes descritos com F. B. R., menor de 18 anos de idade, facilitou sua corrupção.

5) Consta que o denunciado Osmar Ricardo da Silva, no dia 25 de junho de 2012, no período da manhã, em sua residência, cito na quadra 09, lote n. 05, bairro José Inácio Batista, nesta cidade e Comarca de Brasilândia, possuía e mantinha sob sua guarda uma arma de fogo classificada como garrucha de dois canos, calibre 32, n. de série 7933 (c.f. laudo pericial de fls. 43/46) e uma arma de calibre 38, marca Taurus, n. de série IK233028 (c.f. laudo pericial de fls. 47/50), tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Narram os autos que no ano de 2012 o menor F. R. e o denunciado Claudio de Paula passaram a residir na casa da vítima Raimundo Nonato.

Na data dos fatos descrita no item 1, após tomarem conhecimento que a vítima tinha negociado a venda de um veículo, o adolescente F. R. e Claudio de Paula resolveram praticar o roubo.

Então, F. R. e Claudio de Paula arrombaram a porta do quarto em que a vítima residia e, mediante violência e ameaça exercidas com arma de fogo e um pedaço de madeira, subtraíram da vítima o valor de R$ 380,00.

A violência contra a vítima foi tão grande que a mesma ficou desmaiada, oportunidade em que F. R. e Claudio de Paula levaram o dinheiro.

Não satisfeitos, no dia 25 de junho de 2012, o denunciado Claudio de Paula e o menor F. B. , montados numa motocicleta, efetuaram disparos de arma de fogo na direção do muro e do veículo de Robson Alcântara, com objetivo de coagi-lo a pagar uma dívida.

Em seguida, o denunciado Claudio de Paula e o menor foram até a residência do denunciado Osmar Ricardo da Silva e ocultaram a arma de fogo calibre 38 (...)"

Diante desses fatos, Cláudio de Paula foi denunciado pelo cometimento dos crimes de roubo duplamente majorado, porte ilegal de arma de fogo, disparo de arma de fogo e corrupção de menores.

Após a instrução processual, sobreveio sentença (fls. 373/386), que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, absolvendo o réu da conduta tipificada no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal e condenando-lhe como incurso nas sanções dos artigos 14 e 15, ambos da Lei n. 10.826/03 e 244-B, *caput*, da Lei nº 8.069/90, à pena total de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 50 (cinqüenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Inconformado, o réu interpôs o presente recurso de apelação criminal.

Em suas razões (fls. 413-416), postulou, em síntese, a sua absolvição quanto ao crime descrito no artigo 15, *caput*, da Lei n. 10.826/03, argumentando, para tanto, que o conjunto probatório produzido é insuficiente para manter sua condenação. Quanto à conduta descrita no artigo 244-B, *caput*, da Lei nº 8.069/90, o recorrente sustenta que tal crime é material, razão pela qual, entende que a conduta perpetrada é atípica, eis que o inimputável já era corrompido. Alternativamente, postula a exclusão da circunstância agravante genérica da reincidência.

São esses, pois, os fatos que merecem relevância.

Adentro, portanto, ao exame recursal.

1) Da absolvição quanto ao crime de disparo de arma de fogo.

A defesa almeja, inicialmente, a absolvição do recorrente quanto ao crime descrito no art. 15, *caput*, da Lei n. 10.826/03, argumentando, em síntese, que tal "*ato só pode ser efetuado por quem está de posse de arma de fogo no momento do disparo, o que não se coaduna com concurso de agentes, quando somente uma pessoa está com o revólver. Por tal razão, é incabível condenação por disparo para quem não disparou*" (fl. 414).

Razão não lhe assiste.

Cabe registrar que a materialidade delitiva consubstancia-se no boletim de ocorrência de fls. 28-30, nos relatos de fls. 17-20 e no laudo pericial às fls. 52-55.

Quanto à autoria criminosa, passo à análise da farta prova testemunhal.

Indagado durante a fase preparatória, o recorrente assumiu a autoria delitiva, narrando pormenorizadamente a empreitada delitiva, ocasião em que asseverou ter conduzido a motocicleta para que o infrator F. B. R. efetuasse os disparos contra o veículo de Robson, o qual era desafeto do apelante. Vejamos:

> *"(...) Que o interrogando, instado a se manifestar sobre o fato ocorrido, qual seja os disparos ocorridos na madrugada de hoje contra o veículo e o muro da residência, ambos de ROBSON ALCANTARA, alegou que realmente foi até a residência dele, em razão de que ele lhe devia trinta reais, que lhe havia emprestado. Que no domingo passado (10.06.2012), a tarde foi com um outro colega que não o adolescente F. B. R., o qual de nome EVERTON e lhe cobrou a quantia já nominada, ao que ROBSON teria achado ruim e "LHE CHAMOU PARA SAIR NA PORRADA", ao que desceu da motocicleta em que se encontrava e partiu para cima dele, sendo que ROBSON saiu correndo para o interior da casa e lhe disse em voz alta que "IRIA LHE DAR O QUE ESTAVA QUERENDO", frase esta que o interrogando entendeu como uma AMEAÇA, razão pela qual foi embora. Que conhece o adolescente F. B. R há uns dois três anos, da cidade de Três Lagoas (MS), sendo certo que há mais de trinta dias teria encontrado com F. B. R. naquela urbe e comentou com ele que estaria morando em Brasilândia (MS), ao que este então pediu ao interrogando se podia vir para cá e passou a residir com o memo.* ***Que na semana passada*** *F. B. R* ***teria vindo de Três Lagoas (MS) e dali trouxe o revólver de calibre nominal "38", o qual foi aqui apreendido****. Que nega terminantemente ter participado com F. B. R no cometimento de qualquer delito aqui citado. Que não furtou ou roubou quem quer que seja.* ***Que a única bronca cometida pelo interrogando teria ocorrido nesta madrugada, quando em companhia do adolescente, veio a pilotar uma motocicleta de marca Honda de cor preta, de propriedade de um seu amigo o qual conhecido como "GRANDE" mora em área rural deste município ... Que realmente veio a comentar com*** *F. B. R* ***que o ROBSON ALCANTARA "ESTAVA TIRANDO UMA NELE" e que além de estar devendo para***

> ***ele o ameaçou***. ***Que em comum acordo resolveram então dar um susto em ROBSON, sendo que para tanto se dirigiram para a residência dele, isto por volta das 03h30min, e o veículo VW/GOL o qual de sua propriedade estava estacionado em frente a casa. Que o interrogando conduzia a motocicleta e o adolescente ia na garupa. Que foi o adolescente quem fez uso da arma e disparou três vezes por sobre o veículo***. *Que após isso rumaram para a casa do interrogando a qual sita a quadra 03, lote 07, bairro José Inácio Batista. Que passaram em seu ex-sogro OSMAR RICARDO DA SILVA, também conhecido como "Mazinho", e ali deixaram o revólver e a motocicleta, sendo que para tanto disse a ele que não era para se preocupar "QUE NADA ALI TINHA ROLO" e que na manhã seguinte iria pegá-la. Que para sua surpresa na manha de hoje policiais desta urbe conseguiram localizar a arma e ao interrogando e o adolescente F. B. R. Que muito embora jamais tenha se imiscuído na vida do adolescente, sabe informar que tinha conhecimento de que este estava "APRONTANDO" na cidade, mas que não tem nada a ver com isso (...)" (fls. 19/20) (g.n.).*

Tal versão foi corroborada sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, oportunidade em que o recorrente relatou:

> *"(...) que no dia seguinte ao roubo a vítima Raimundo encontrou o interrogando e dito que havia sido vítima de um roubo; que o roubo foi do valor de R$ 380,00; que no dia do roubo o acusado não morava mais com a vítima Raimundo Nonato; que o acusado passou a morar em uma casa popular cerca de três ou quatro quadras da casa da vítima Raimundo; que nega que tenha juntamente com o menor F. B. R. praticado o furto contra a vítima Raimundo Nonato; que só tomou conhecimento da acusação do roubo dois meses depois que estava preso; que no que se refere aos disparos efetuados, diz o acusado que foi ameaçado pela vítima Robson após uma cobrança feita pelo réu de uma dívida de drogas; que o acusado só fazia uma ponte para a vítima, uma vez que o mesmo se utilizava do veículo da empresa e dizia que não poderia pegar a droga na boca;* ***que após ter sido ameaçado pela vítima, Robson e cerca de dez dias após, juntamente com o menor F. B. R, utilizando-se de uma moto, o adolescente efetuou quatro disparos contra o carro da vítima Robson que estava estacionado em frente a sua casa, sendo que o interrogando é que pilotava a moto; que o menor estava na garupa da moto, sendo este quem efetuou os disparos****; que tanto o interrogando quanto o menor estavam de capacete, ambos apreendidos na delegacia de polícia; que após os disparos a arma foi deixada na casa do acusado Osmar, o qual não tinha conhecimento dos fatos (...)" (fls. 160-161).*

No mesmo viés, o menor infrator F. B. R. assevera ter efetuado os disparos contra o veículo de Robson, o qual supostamente contraiu uma dívida com o recorrente Claúdio, tendo este pilotado a motocicleta para que o adolescente alvejasse o referido veículo, *in verbis*:

> *"(...) Há já dois meses, por saber que o seu amigo CLAUDIO DE PAULA aqui se encontrava e por o conhecer a mais de três anos, para cá veio com o intuito de ganhar dinheiro, mesmo que para isso viesse a cometer delitos, o que por sinal fez. Que se estabeleceu no endereço supra mencionado e ali residia com CLAUDIO. Que realmente é responsável pelos delitos praticados em desfavor: Roubo (BO 616/2012) tendo como vítima Raimundo Nonato Tavares de Souza, à Associação Recreativa União (BO nº 617/2012), ao da Loja Econômica (BO 621/2012) e a disparar em Robson Rodrigues Alcântara (BO 632/2012), que sua participação se deu nos três primeiros BO.S, com pessoas a quem sequer sabe dizer o nome, e que com relação aos disparos praticados contra veículo de ROBSON, estava acompanhado de seu amigo CLAUDIO DE PAULA,* ***ao que tem a dizer que ROBSON devia para o depoente como para seu amigo CLAUDIO, a importância de R$ 100,00 (cem reais)***. *Que o cobraram um monte de vezes e que este nunca lhes pagou. Que alega o depoente que por ter ROBSON "PAGADO COM A CARA DELE E DEU CLAUDIO" resolveram dar uns tiros no veículo, pois era uma maneira de intimidalo.*

> *Que a arma utilizada vem a ser sua e que a adquiriu de uma pessoa desconhecida, isto na cidade de Três Lagoas (MS), tendo pago por ela R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais). Que desde que aqui veio trás consigo tal arma. Que estava armado quando dos BO(s) de nº 616 e 632/2012 nos demais não estava.* ***Que foi o depoente quem fez uso de tal arma, e que CLAUDIO somente pilotou a motocicleta utilizada na prática delitiva e que fora emprestada por um amigo dele o qual dormiu na casa nesta madrugada mas que ele nada tem a ver com os fatos*** *(...)" (fls. 14/15) (g.n.).*

A prova, conforme demonstrado, mostrou-se absolutamente segura à condenação do recorrente, estando arrimada nas declarações firmes e coerentes do menor infrator, bem como na confissão do recorrente, o qual relata pormenorizadamente a empreitada delitiva.

Mesmo assim, apega-se a defesa ao fato de que o recorrente, durante a perpetração dos disparos, estava apenas pilotando a motocicleta. Afirmando que o simples fato de ter conduzido o infrator para efetuar os disparos tornaria a sua conduta atípica.

Malgrado tal entendimento, a alegação defensiva é totalmente insubsistente, eis que a efetiva atuação do apelante Cláudio na empreitada ilícita foi essencial para a consecução dos atos.

Ora, não é crível que o apelante Cláudio não tenha aderido à conduta criminosa com todas as suas circunstâncias, uma vez que, mesmo ciente de que o infrator portava arma de fogo, o recorrente o transportou em sua motocicleta, deslocando-se até a residência do ofendido, instante em que o menor disparou a arma de fogo contra o veículo de Robson de Alcântara, o qual, segundo se extrai dos autos, era desafeto de Cláudio.

Acerca do concurso de agentes, colaciono julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) 2. Inviável, outrossim, é o reconhecimento do instituto da participação de menor importância, porquanto o acórdão, de maneira motivada, afastou o benefício legal, demonstrando que as ações do paciente, a saber, a locação de imóvel para acomodação dos comparsas, bem como o auxílio por ele prestado até o local dos fatos tiveram proeminente relevância causal.*
>
> *3. Cumpre ressaltar, por relevante, que,* ***em tema de concurso de agentes, a autoria pode se revelar de diversas maneiras, não se restringindo à prática do verbo contido no tipo penal****. Assim, é possível, por exemplo, que um dos agentes seja o responsável pela idealização da empreitada criminosa; outro, pela arregimentação de comparsas; outro, pela obtenção dos instrumentos e meios para a prática da infração; e, outro, pela execução propriamente dita. Assim, desde cada um deles - ajustados e voltados dolosamente para o mesmo fim criminoso - exerça domínio sobre o fato, responderá na medida de sua culpabilidade (...)" (HC 191.444/PB, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 06/09/2011, DJe 19/09/2011).*

Desta forma, embora não tenha efetuado os disparos, o recorrente estava ciente de que o menor portava arma de fogo, sendo certo o liame subjetivo e ajuste prévio de Cláudio com o menor infrator, o qual alvejou o veículo de desafeto do próprio apelante.

Assim, é indubitável que nas condições descritas nos autos, o resultado era absolutamente previsível.

2) Do pleito absolutório quanto à conduta de corrupção de menores.

A Defesa pretende, ainda, a absolvição quanto à conduta descrita no art. 244-B da Lei nº 8.069/90, argumentando, para tanto, que o menor já havia sido corrompido antes da presente conduta (fl. 414).

Razão não lhe assiste.

É que, em análise atenta aos presentes autos, vislumbra-se a existência de elementos de convicção suficientes no sentido de atestar a tipicidade da conduta perpetrada.

Com efeito, segundo o tipo penal incriminador infringido, o crime de corrupção de menores é configurado pela conduta de "***Corromper*** *ou* ***facilitar*** *a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la*" (g.n.).

O objeto jurídico tutelado pela norma penal incriminadora é a boa formação moral da criança e do adolescente.

A propósito, eis o escólio de Guilherme de Souza Nucci, o qual versa, com muita propriedade, sobre as condutas nucleares do tipo penal descrito no art. 244-B da Lei n.8.069/90, *in verbis*:

> *"(...) corromper (perverter, estragar) ou facilitar a corrupção de menores (tornar mais fácil tal perversão) são os verbos do tipo misto alternativo, cujo objeto é o menor de 18 anos. O meio utilizado pelo agente, para atingir a corrupção da criança ou do adolescente, desagregando sua personalidade, ainda em formação, é a sua inserção no mundo do crime, por dois modos: a) a prática conjunta (agente+vítima) de infração penal (crime ou contravenção penal); b) a indução (dar a ideia) à prática da infração penal, atuando a vítima por sua conta (...) De um modo ou de outro, o que se busca punir é a associação do maior com o menor, gerando a corrupção deste último que, precocemente, insere-se no mundo da criminalidade. Essa inserção tem origem, em grande parte das vezes, por atuação do maior, pessoa amadurecida, que se vale do menor, imaturo, para fins penais (...)"* (NUCCI. Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 277-278.)

Como se vê, o delito em apreciação é de perigo abstrato e visa proteger a criança e o adolescente da má influência de maiores de 18 anos para o ingresso ou permanência na criminalidade.

Por consequência, a mera exposição do menor ao cometimento de ato infracional já caracteriza o início ou o agravamento do dano à formação moral da pessoa em desenvolvimento.

Desta forma, torna-se despicienda a comprovação da idoneidade moral anterior da vítima menor, caracterizando-se independentemente de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, bastando apenas a participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

Por tal razão, a condenação do recorrente pelo delito em epígrafe deve ser mantida, eis que os relatos do recorrente (fls. 19-20 e 160-161) e do menor infrator (fls. 14-15 e 317), atestam de forma clara e harmônica que a prática delitiva foi perpetrada em companhia do adolescente.

Nesse prospecto, eis os fundamentos apresentados pelo magistrado sentenciante, *in verbis*:

> *"(...) Em relação ao crime de corrupção de menores, o réu confessou que ajustou com o adolescente F. B. R. dar um susto na vítima ROBSON, que os devia certa importância em dinheiro. Assim, pilotou a motocicleta, enquanto o adolescente efetuava os disparos em via pública, próximo à residência de ROBSON.* ***Não há dúvidas, portanto, da participação do adolescente na empreitada criminosa, fato suficiente para condenar o réu nas sanções do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente*** *(...)"* (fl. 382) (g.n.).

Entendimento em sentido contrário, permitiria que o maior imputável induzisse ou facilitasse a manutenção do menor na esfera criminal, contrariando, desta forma, a própria objetividade material do tipo, qual seja, a boa formação moral da criança e do adolescente.

Nesse sentido é o entendimento do e. Supremo Tribunal Federal:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME IMPOSSÍVEL. ARTIGO 17 DO CÓDIGO PENAL. PRESSUPOSTOS. CORRUPÇÃO DE MENORES. ART. 1º DA LEI 2.252/54. NATUREZA FORMAL. 1. Havendo possibilidade, ainda que remota, de burlar a vigilância exercida sobre a coisa e, por conseguinte, de ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal, não se configura o crime impossível. Precedentes. 2. O crime de corrupção de menores é formal, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável. Precedentes. 3. Ordem denegada (...)"* (HC 107577, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, Processo Eletrônico DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011)

No mesmo viés, os julgados desta Colenda Primeira Câmara Criminal:

> *"(...) III - O crime tipificado no art. 244-B do ECA é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos (...)"* (TJMS, Apel. Crimin. n. 0200435-03.2012.8.12.0020, 1ª Câmara Criminal, Rel. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Julgado em 09.12.2013).

> *"(...) O crime de corrupção de menor estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é crime formal, que independe de comprovação da efetiva corrupção do menor, bastando a sua participação, já que tem como finalidade a proteção da moralidade da criança ou adolescente (...)"* (TJMS, Apel. Crimin. n. 0012636-21.2011.8.12.0028, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Julgado em 04.11.2013).

Desta forma, robustas são as provas para atestarem a prática do delito de corrupção de menores perpetrado pelo apelante Cláudio de Paula, tornando imperativa a manutenção da condenação.

3) Do afastamento da circunstância agravante genérica da reincidência.

O recorrente pretende, subsidiariamente, o afastamento da agravante da reincidência, pois, no seu entender, a condenação anterior pelo crime de porte de drogas para o consumo pessoal não é idônea para configurar referida agravante.

Sem razão entrementes.

O simples fato de o recorrente ostentar condenação anterior, pela prática do delito previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, que transitou em julgado em data de 14/01/2010, caracteriza a agravante da reincidência, pois não houve o decurso do período depurativo.

Assim, tal prática pode perfeitamente alicerçar o agravamento da pena pela reincidência, visto que, consoante já decidido pelo STF, no Recurso Especial n. 43.105-9-RJ, o porte de substância entorpecente para consumo pessoal constitui crime e, portanto, é plenamente apto a gerar a reincidência.

Colaciono os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, *verbis:*

> *"(...) Não prospera a alegação de que a condenação por porte de drogas para consumo próprio - art. 16 da Lei nº 6.368/1976 - não é apta para caracterizar a reincidência, após a edição da Lei nº 11.343/2006. Já se manifestou a Suprema Corte que houve uma "despenalização" da conduta, pois a nova lei não mais fixa penas privativas de liberdade para o tipo penal, todavia, não houve uma abolitio criminis, vez que a conduta continua sendo considerada típica, ilícita e culpável (...)"* (HC 169.531/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 25/10/2012)
>
> *"(...) O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a conduta antes descrita no art. 16 da Lei n. 6.368/1976 - porte de substância entorpecente para consumo pessoal - continua sendo crime (Questão de Ordem no RE n. 430.105-9/RJ). Precedentes.*
>
> *Verificando-se que consta em desfavor do paciente uma condenação definitiva anterior relativa ao delito previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/1976 e constatando-se que os fatos disciplinados nesse dispositivo legal (agora previstos no art. 28 da Lei n. 11.343/2006) não deixaram de ser crimes, não há como afastar-se a agravante genérica da reincidência, como pretendido (...)"* (HC 196050/SP Habeas Corpus 2011/0021246-0 Relator(a) Ministro Sebastião Reis Júnior (1148) Órgão Julgador T6 - Sexta Turma Data do Julgamento 07/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 21/03/2012).

De rigor, portanto, a manutenção da circunstância agravante da reincidência.

4) Da compensação, de ofício, da atenuante da confissão espontânea com a circunstância agravante da reincidência.

Deve-se ponderar que durante as confecções das dosimetrias dos crimes de porte ilegal de arma de fogo, de disparo de arma de fogo e de corrupção de menores, o d. magistrado sentenciante entendeu como presentes as circunstâncias da confissão espontânea e da reincidência, aplicando com preponderância esta última.

Tenho que tal posicionamento não deve prevalecer.

Com efeito, segundo entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça em julgamento da EResp 1.154.752/RS, a agravante de reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes. Vejamos:

> *"(...) 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 (...)"* (STJ; Eresp-1.154.752/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior,3ªSeção.Julgado em 23/5/12)

Anote-se, por oportuno, que a matéria ora apreciada 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 (...)"*

Desta forma, não é possível valorar de forma diversa a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência, levando em consideração o peso de cada uma como operado pelo magistrado singular, pois segundo entendimento consolidado são igualmente valoradas, podendo assim ser compensadas.

4) Do redimensionamento da reprimenda.

4.1) Do crime de porte ilegal de arma de fogo.

Na etapa inicial, mantém-se a reprimenda no patamar estabelecido pelo magistrado singular, assim sendo, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Quanto à segunda fase da dosimetria da reprimenda, observado o concurso previsto no art. 67 do Código Penal, a agravante da reincidência será compensada com a atenuante da confissão espontânea (tópico 3), de modo que a pena intermediária será conservada no patamar de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Na terceira fase, inexistindo quaisquer causas de aumento ou de diminuição de pena, fixo a reprimenda, definitivamente, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

4.2) Do delito de disparo de arma de fogo.

Na fase inicial, mantém-se a reprimenda no patamar estabelecido pelo magistrado singular, assim sendo, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Quanto à segunda fase da confecção da reprimenda, vislumbrado o concurso previsto no art. 67 do Código Penal, a agravante da reincidência será compensada com a atenuante da confissão espontânea (tópico 3), de modo que a pena intermediária será conservada no patamar de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Na terceira fase, inexistindo quaisquer causas de aumento ou de diminuição de pena, fixo a reprimenda, definitivamente, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

4.3) Do crime de corrupção de menores.

Na fase inicial, mantém-se a reprimenda no patamar estabelecido pelo magistrado singular, assim sendo, em 02 (dois) anos de reclusão.

Quanto à segunda fase da dosimetria, presente o concurso previsto no art. 67 do Código Penal, a agravante da reincidência será compensada com a atenuante da confissão espontânea (tópico 3), de modo que a pena intermediária será conservada no patamar de 02 (dois) anos de reclusão, a qual torno definitiva ante a inexistência de causas de aumento ou de diminuição de pena.

Incidente o concurso material de crimes no caso (art. 69 do CP), fixo a reprimenda total, definitivamente, no patamar de 07 (sete) anos de reclusão, em regime prisional fechado e 40 (quarenta) dias-multa.

5) Das disposições finais.

Ante o exposto, em parte com o parecer, conheço do recurso defensivo e, no mérito, nego-lhe provimento, todavia, de ofício, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, estabelecendo a reprimenda no patamar de 07 (sete) anos de reclusão, em regime prisional fechado, e 40 (quarenta) dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, negaram provimento ao recurso, e, de ofício, compensaram a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, nos termos do voto do relator

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 07 de julho de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0004141-84.2012.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INCÊNDIO – PRELIMINAR DE NULIDADE – ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE – PENA-BASE – REDUÇÃO – CABÍVEL – PARCIALMENTE PROVIDO.

Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa no caso, eis que foi oportunizado à defesa tempo hábil para que impugnasse o laudo pericial, uma vez que a perícia foi juntada aos autos antes mesmo da audiência de instrução e julgamento. Assim, não evidenciado prejuízo, não há falar em nulidade, conforme o enunciado sumular 523 do STF.

Mantém-se a condenação pelo crime de incêndio em casa habitada, se as provas colhidas são seguras a apontar a materialidade e a autoria delitivas, especialmente o propósito de criar incêndio capaz de colocar em perigo a vida, a integridade física e o patrimônio da vítima, bem como da comunidade vizinha, conforme bem delineado no laudo pericial carreado aos autos.

Pena-base. Redução para o mínimo legal. A culpabilidade não autoriza a exasperação da pena, pois não demonstrada a intensidade do dolo que enseja o recrudescimento da resposta penal. Inexistindo condenação definitiva anterior, não há como manter a valoração negativa dos antecedentes. Súmula 444 do STJ. Afasta-se a valoração das consequências do crime, pois não se constata a ocorrência de qualquer prejuízo que exceda os normais do próprio tipo penal. Deve ser rechaçada, também, a valoração dos motivos do crime, eis que os argumentos apresentados constituem elementos genéricos, desprovidos de qualquer individualização e que serviriam para qualquer crime abstratamente considerado.

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 com o parecer, rejeitar a preliminare e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 7 de julho de 2014.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposta por R. C. V., contra a sentença de fls. 186-192, que o condenou como incurso nas sanções do artigo 250, § 1º, II, "a", do Código Penal, à pena total de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime prisional aberto.

Em suas razões recursais, as fls. 202-207, pleiteia, preliminarmente, a nulidade do feito, em razão de cerceamento de defesa, ao argumento de que o laudo pericial de exame em local foi juntado sem que a defesa fosse cientificada. No mérito, pugna pela absolvição sustentando que o conjunto probatório é insuficiente. Alternativamente, postula a fixação da pena-base no mínimo legal.

Em contrarrazões, o órgão ministerial manifesta-se pelo conhecimento e não provimento do apelo (fls. 209-223).

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça, manifesta-se pelo rejeição da preliminar e, no mérito, pelo não provimento do recurso. Ao final, prequestiona contrariedade aos arts. 59 e 250 do Código Penal, e arts. 6º, VII, 156 e 563, todos do Código de Processo Penal (fls. 227-237).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Consoante relatado, trata-se de recurso de apelação criminal interposto por R. C. V., contra a sentença de fls. 186-192, que o condenou como incurso nas sanções do artigo 250, § 1º, II, "a", do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime prisional aberto.

Em suas razões recursais, as fls. 202-207, pleiteia, preliminarmente, a nulidade do feito, em razão de cerceamento de defesa, ao argumento de que o laudo pericial de exame em local foi juntado sem que a defesa fosse cientificada. No mérito, pugna pela absolvição sustentando que o conjunto probatório é insuficiente. Alternativamente, postula a fixação da pena-base no mínimo legal.

Preliminar

O apelante aduz que a juntada do laudo pericial foi inoportuna, sem o requerimento da acusação e sem a intimação tempestiva da defesa, configurando cerceamento de defesa, razão pela qual requer seja decretada a nulidade parcial.

Nada obstante tais argumentos, vislumbra-se que a defesa não demonstrou, de forma concreta, qual teria sido o prejuízo suportado pelo apelante com a juntada do referido laudo pericial.

Com efeito, no caso, a alegação de prejuízo está sustentada na não intimação do réu acerca da juntada do laudo pericial, o que, na realidade, não inviabiliza o processo em si, especialmente porque foi oportunizado à defesa e ao Ministério Público impugnarem o referido laudo pericial em sede de memoriais, não havendo, portanto, como falar em nulidade.

Deve-se ponderar, ainda, que o respectivo laudo foi juntado em data anterior à audiência de instrução de julgamento, sendo assim, incontroverso que houve tempo suficiente para que a defesa se manifestasse quanto à referida perícia.

Em relação à insurgência no sentido de que a acusação não havia requerido a realização do laudo pericial, cabe registrar que o art. 173 do CPP, estabelece que "*No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato*".

Vê-se, portanto, que tal laudo é cogente, de modo que a manifestação da acusação ou defesa pleiteando a elaboração da perícia torna-se despicienda, eis que "*o incêndio é crime material que não pode prescindir de laudo de exame técnico para demonstrar a materialidade e seu resultado capaz de gerar perigo concreto*" (TJMS, Apelação Criminal n. 0000323-17.2009.8.12.0022, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, Julgado em 23.09.2013).

Ademais, a referida perícia já havia sido requerida pela autoridade policial (fl. 42).

Tais circunstâncias restaram muito bem sopesadas pela d. magistrada singular, como se vê:

> *"(...) Pois bem. Realmente houve a juntada do laudo, em data anterior à audiência, não tendo sido procedida a intimação formal das partes. Também procede a informação de que não houve requerimento da acusação pela juntada. Contudo, a perícia realizada era prova que foi requisitada pela autoridade policial durante o inquérito e que, por óbvio, só não o acompanhou porque ainda não estava pronto o laudo, como se vê no relatório da fl. 39. Assim, trata-se de mera irregularidade processual que não causou prejuízos à nenhuma das partes e, embora não oportunizada manifestação em momento próprio, foi possível manifestação em sede de alegações finais e eventual vício foi sanado, em atenção ao princípio insculpido no art. 563 do Código de Processo Penal.*
>
> *(...)*
>
> *Inadmissível a tese de cerceamento de defesa, vez que, em que pese não ter sido intimada especificamente, a juntada do laudo se deu em momento anterior à apresentação das alegações finais e por consequência, da sentença.* ***Na verdade, anterior até mesmo à audiência de instrução e julgamento.***
>
> ***Assim, houve tempo hábil para que as partes se manifestassem sobre o documento em questão, mesmo porque tanto defesa quanto acusação tiveram acesso ao conteúdo dos autos, ainda que por ocasião das alegações finais*** *(...)" (fl. 187)* (destaquei).

Nesse passo, cabe ressaltar que, para a caracterização da nulidade, a doutrina e a jurisprudência entendem que é imprescindível a demonstração de prejuízo concreto, posicionamento em perfeita consonância com os termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, o qual prevê que **"***Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*".

Sobre o tema Guilherme de Souza Nucci[1] leciona :

> *"(...) no cenário das nulidades, atua o princípio geral de que, inexistindo prejuízo, não se proclama a nulidade do ato processual, embora produzido em desacordo com as formalidades legais (pas de nullité sans grief). (...)".*

Na mesma trilha tem-se a jurisprudência do STF e do STJ:

> *"(...) Sem a demonstração de que, da irregularidade, proveio prejuízo, não se reconhece nulidade, conforme o princípio maior que rege a matéria (art. 563 do código de processo penal). Recurso ordinário desprovido (...)"* (STF; HC-RO 108.556; DF; Primeira Turma; Relª Minª Rosa Weber; Julg. 12/06/2012; DJE 27/06/2012; Pág. 47).
>
> *"(...) II - No sistema de nulidades pátrio, em que vigora o princípio pas de nullité san grief, somente se proclama a nulidade de um ato processual quando houver demonstração de efetivo prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese. III - In casu, o paciente apresentou tempestivamente resposta escrita à denúncia, razão pela qual resta*

1 NUCCI. Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 960.

> *sanada a eventual nulidade do ato de notificação por hora certa, já que ausente qualquer prejuízo ao exercício do contraditório e ampla defesa (Precedentes). Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada (...)"* (HC 127.789/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/08/2009, DJe 08/09/2009).

Como se vê, todas as insurgências aduzidas no presente apelo acerca da nulidade, em razão da juntada do laudo pericial sem que a acusação o tivesse requerido ou sem que houvesse a intimação quanto à tal ato, não merecem prosperar.

Assim, ante a inexistência de prejuízo à defesa, afasta-se a preliminar suscitada.

Absolvição

A Defesa sustenta que inexistem provas suficientes à manutenção da condenação, razão pela qual pugna pela absolvição em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*.

Razão não lhe assiste.

Em análise ao conjunto probatório dos autos, verifica-se a existência de elementos de convicção suficientes no sentido de consubstanciar a condenação imposta pela sentenciante.

No caso, observa-se que o recorrente foi condenado pela prática de incêndio (art. 250 do Código Penal). Com efeito, tal infração é configurada pela conduta de "*causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem*".

O objeto jurídico tutelado pela norma penal incriminadora é a incolumidade pública.

Segundo o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) causa significa provocar, dar origem ou produzir. O objeto da conduta é incêndio. Compõe-se com expor (arriscar), que, em verdade, já contém o fator perigo, podendo-se dizer que "expor alguém" é colocar a pessoa em perigo. Ainda assim, complementa-se o tipo exigindo o perigo à vida, à integridade física ou ao patrimônio de outrem (...)"* [2].

A materialidade delitiva restou consubstanciada no Boletim de Ocorrência (fl. 06), no Laudo Pericial (fls. 146-154) e nas provas orais que instruem o presente feito.

Da mesma forma, observa-se que a autoria está cabalmente demonstrada pelos depoimentos colhidos em juízo, assim como pelos demais elementos probatórios dos autos.

Em sede policial, o réu confessou ter incendiado a casa da vítima. Disse que, na ocasião, sua ex-companheira, embora tenha marcado encontro com ele, saiu e não retornou a residência, motivo pelo qual se irritou e resolveu adentrar o imóvel habitado pela vítima, juntando os pertences desta e ateando-lhes fogo (fls. 19-20).

No mesmo sentido, ao ser indagado em juízo, o apelante assumiu a autoria delitiva, relatando ter arrombado a janela da referida residência e ateado fogo nos pertences da vítima no interior da residência (fl. 167 – arquivo audiovisual disponível no Sistema SAJ).

N. D. de O., ex-companheira do apelante, narrou que o recorrente lhe procurou com intuito de reatar o relacionamento, todavia a mesma recusou-se a restabelecer a relação, sendo tal fato, aparentemente, aceito

2 NUCCI. Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 993

pelo apelante. No entanto, após tais acontecimentos, o recorrente retornou a moradia da ofendida, a qual se encontrava na residência de sua atual sogra, instante em que, aproveitando-se da ausência da proprietária, o apelante ateou fogo em sua moradia (fl. 167 – arquivo audiovisual disponível no Sistema SAJ).

E. P. de O., ex-sogro do recorrente, relatou, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, trabalhar de vigia noturno em Colégio próximo a moradia de sua filha. Tal testemunha, relatou, ainda, ter avistado o recorrente pulando a janela do imóvel após ter ateado-lhe fogo (fl. 167 – arquivo audiovisual disponível no Sistema SAJ).

O Policial Militar, Célio Marcos de Barros Benevides, em seus relatos durante a fase judicial, narrou que após denúncias acerca da prática de incêndio os milicianos diligenciaram em busca do recorrente, o qual estava escondido em um sítio desabitado. Após efetuar a prisão em flagrante do suposto autor, ele confessou a conduta delitiva, relatando ter praticado tais fatos em razão de a vítima não ter reatado o relacionamento (fl. 167 – arquivo audiovisual disponível no Sistema SAJ).

O laudo pericial (fls. 146-154) concluiu que "*a origem do incêndio, foi proposital, devido ao arrombamento da janela da cozinha do local examinado, ficando para provas outras, porventura existentes, a elucidação deste ponto*", mencionando, ainda, que o incêndio "*expôs o patrimônio alheio a perigo, haja vista que havia outros imóveis próximos ao local e que poderiam ter sido atingidos e conseqüentemente expondo vidas em perigo*".

As fotografias (fls. 152-154) revelam com suficiência o estado em que ficou o local, bem como de que ficava próximo a outras moradias, expondo a perigo a vida, integridade física e patrimônio alheio, fatos estes que restaram muito bem analisados no referido laudo pericial.

Vê-se, portanto, que o acervo probatório aponta indubitavelmente que o réu é o autor do delito de incêndio.

Em casos análogos ao presente, eis o entendimento jurisprudencial:

> *"(...) Havendo prova suficiente de que o acusado causou deliberadamente o crime de incêndio é medida de rigor a condenação. (...)"* (TJMS, Apelação Criminal n. 0010586-37.2010.8.12.0002, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, Julgado em 25.11.2013).

> *"(...) A despeito de não sofrer maiores prejuízos ou o resultado não ter sido mais grave com o alastramento de focos de incêndio na vizinhança, a figura delituosa está satisfatoriamente preenchida, não havendo como absolver o apelante por atipicidade. Demonstrada a extensão do incêndio e da destruição causada, e não havendo dúvidas quanto ao perigo, quer seja à integridade física ou ao patrimônio, que sua conduta ocasionou, mantém-se a condenação nas penas do art. 250, §1.º, II, 'a', do Código Penal (...)"* (TJMS, Apelação Criminal n. 0074834-49.2009.8.12.0001, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, Julgado em 27.08.2012).

Diante de tais considerações, não há falar em insuficiência do conjunto probatório, razão pela qual mantenho a condenação.

Dosimetria

Ao fixar a pena-base a magistrada singular consignou:

> *"(...) Considerando as diretrizes do art. 59 do Código Penal observo que o réu tinha pleno conhecimento da ilicitude do fato. É imputável, sendo exigível conduta diversa.*

> *O motivo do delito é reprovável e as consequências são lastimáveis, eis que o fato ocorreu no âmbito familiar. As consequências são as normais para o tipo. Não foram juntados aos autos elementos que permitam aferir a conduta social e nem a personalidade do agente. Registra antecedentes* (fl. 68/72).
>
> *Diante de tais matizes, e atenta às circunstâncias judiciais analisadas e ao que é necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, fixo a pena base em três anos e três meses de reclusão (...)"* (fls. 191-192).

Como se vê, foram consideradas como desfavoráveis as moduladoras da culpabilidade, dos antecedentes, dos motivos do crime e das consequências do delito, sendo a pena-base fixada em 03 (três) meses de reclusão acima do mínimo legal.

Pois bem. No que tange à culpabilidade, segundo ensina Ricardo Augusto Schmitt[3]:

> *"(...) A circunstância em questão se revela como sendo um juízo de reprovação que recai sobre o agente imputável que praticou o fato ilícito de forma consciente, cuja conduta podia não praticá-la ou evita-la, se quisesse, desde que tivesse atendido aos apelos da norma penal.* ***É o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social de sua conduta****. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base.*
>
> *Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo. (...)." - destaquei.*

Assim, a fundamentação apresentada pela sentenciante mostra-se insatisfatória, pois não demonstra a intensidade do dolo na execução do crime que exceda a previsão legal e enseja o recrudescimento da resposta penal.

Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado do STJ:

> *"(...). 3. Conquanto o grau de reprovabilidade da conduta constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos do tipo penal, que dêem suporte à sua consideração, o que não ocorreu no caso. Precedentes.(...).* (STJ; HC 229.260; Proc. 2011/0309648-8; GO; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Vaz; DJE 01/08/2013)

Quanto aos antecedentes também deve ser afastada a valoração desfavorável, porquanto é pacífico o entendimento de que "*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base*" (Súmula 444 do STJ).

Nesse contexto, em consulta à certidão de fls. 68-72 observa-se que inexiste condenação por crime anterior com trânsito em julgado, o que, por consequência torna imperioso que tal moduladora seja considerada neutra.

De igual forma, deve-se afastar a valoração das consequências, pois na hipótese, não se verifica a ocorrência de qualquer dano que exceda os normais do próprio tipo penal, uma vez que a fundamentação "lastimáveis" não demonstra o exigido dano exacerbado causado pelo modo de agir do apelante.

3 SCHIMITT. Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**: teoria e prática. 5. ed. Salvador: Podium, 2010. Pág. 88

Em relação aos motivos do crime, os argumentos apresentados constituem elementos genéricos, desprovidos de qualquer individualização e que serviriam para qualquer crime abstratamente considerado, razão pela qual não pode ensejar a exasperação da pena-base.

Nesse sentido:

> *"(...) 4. A simples afirmação de que os motivos do crime seriam injustificáveis e reprováveis, sem maiores considerações, não é suficiente a autorizar o aumento de pena realizado na primeira etapa da dosimetria, uma vez que se trata de argumento vago, genérico, que serviria para qualquer delito abstratamente considerado (...)"* (HC 186.073/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 12/09/2012).

Assim, afasto a valoração das vetoriais mencionadas.

Passo à nova dosimetria:

Na primeira fase, tendo em vista que inexistem quaisquer circunstâncias a serem sopesadas, estabeleço a pena-base no mínimo legal, assim sendo, em 03 (três) anos de reclusão.

Na segunda fase, presente a circunstância agravante descrita no art. 61, II, "f", do Código Penal, bem como as circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, razão pela qual mantenho a reprimenda intermediária no mínimo-legal, em atenção ao enunciado sumular 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na última fase, incide a causa de aumento do art. 250, § 1º, II, "a", do Código Penal, razão pela qual exaspero a reprimenda em 1/3 (um terço), fixando-a, definitivamente, em 04 (quatro) anos de reclusão, a serem cumpridos no regime prisional aberto (artigo 33, § 2º, alínea "*a*", do CP).

Ressalto por fim que quanto ao prequestionamento suscitado inexiste violação ou negativa de vigência.

Diante do exposto, em parte com o parecer, afasto a preliminar de nulidade e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso defensivo, a fim de reduzir a pena-base.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, rejeitaram a preliminare e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 07 de julho de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0005430-66.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – ABUSO DE CONFIANÇA – COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO SEGUNDO STJ – RECURSO PROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EResp 1.154.752/RS, fixou o entendimento de que é possível compensação de agravante de reincidência com atenuante da confissão espontânea por serem igualmente preponderantes. A decisão unifica a posição da Corte Superior sobre o tema. Portanto, não é possível valorar de forma diversa a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, levando em consideração o peso de cada uma.

Com 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 do relator, com ressalva da vogal (Des.ª Maria Isabel)

Campo Grande, 7 de julho de 2014.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Osmar Silvestre da Silva, em face da sentença de fls. 72-79, que o condenou pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, em regime semiaberto.

Em razões recursais, as fls. 94-98, a defesa requer a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência. Prequestiona violação ao art. 67 do Código Penal.

Em contrarrazões, as fls. 102-107, o *parquet* pugna pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, as fls. 112-117, pelo desprovimento da apelação. Prequestiona o art. 67 do Código Penal.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Consoante relatado trata-se de recurso de apelação interposto por Osmar Silvestre da Silva, em face da sentença de fls. 72-79, que o condenou pela prática do delito previsto no art. 155, §4º, II, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, em regime semiaberto.

Em razões recursais, as fls. 94-98, a defesa requer a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência.

Assiste razão à defesa.

Entendo que a agravante da reincidência não deve prevalecer sobre a atenuante de confissão espontânea, como fundamentou o juiz *a quo*. *In verbis*:

> *"Na segunda fase da fixação da pena, verifico que o acusado é reincidente, porquanto possui uma sentença condenatória anterior com trânsito em julgado (f. 35), restando caracterizada a agravante genérica prevista no art. 61, I, do Código Penal.*
>
> *Por outro lado, também deverá incidir a atenuante genérica da confissão prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.*
>
> *Como se vê, há nítido concurso de circunstâncias atenuantes e agravantes, razão pela qual a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, nos termos no art. 67 do Código Penal, prevalecendo a agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea (já que foi preso em flagrante sendo impossível desconstituir a flagrância), em atenção ao disposto no art. 67 do Código Penal.*
>
> *Logo, na segunda fase da fixação da pena, faço incidir a agravante reconhecida e majoro as penas em 03 (três) meses de reclusão e 02 (dois) dias-multa."*

Segundo entendimento pacificado do STJ em julgamento da EResp 1.154.752/RS, a agravante de reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes. *in verbis*:

> *"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.*
>
> *1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.*
>
> ***2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.***
>
> *3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local."* (STJ; Eresp-1.154.752/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior,3ªSeção.Julgado em 23/5/12).(GRIFO)
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. 1. DOSIMETRIA DA PENA.* ***CONFISSÃO. REINCIDÊNCIA. CONCURSO.***

> ***COMPENSAÇÃO. CABIMENTO.PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ.*** *2. PRESENÇA DE MAJORANTES.FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. SÚMULA 443/STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE. 3.AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.1.* ***Esta Corte Superior pacificou entendimento, quando do julgamento do EREsp nº 1.154.752/RS pela Terceira Seção, de que a agravante da reincidência pode ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto.****2. A Eg. Quinta Turma deste Colendo STJ firmou orientação no sentido da possibilidade da compensação total quando o réu possui uma só condenação transitada em julgado, como na hipótese.3. No caso concreto, as instâncias ordinárias consideraram, na terceira fase de aplicação da pena, o aumento de três oitavos, usando como critério apenas o número de majorantes e o raciocínio apresentado, baseado no tipo penal de roubo majorado, importa, na verdade, em argumento relativo à "gravidade abstrata do delito", o que caracteriza manifesto constrangimento ilegal.4. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no HC 211.528/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 21/02/2014)

Portanto, não é possível valorar de forma diversa a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência, levando em consideração o peso de cada uma como fez o juiz *a quo*, pois segundo entendimento consolidado são igualmente valoradas, podendo assim ser compensadas, independentemente do número de condenações que o apelante possua.

Passo, portanto, à dosimetria da pena.

Mantém-se a pena-base aplicada na sentença em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, aplico a compensação entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência, mantendo assim a pena em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, não havendo causas de aumento ou diminuição de pena, torno-a definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Mantenho o regime semiaberto, conforme fixado na sentença, tendo em vista tratar-se de réu reincidente.

Ressalto que não houve afronta ao dispositivo prequestionado.

Pelo exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso a fim de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Revisor)

De acordo com o voto do relator.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Vogal)

Osmar Silvestre da Silva foi condenado à pena de 02 anos e 03 meses de reclusão, no regime semiaberto, e ao pagamento de 12 dias-multa pela prática do crime de furto qualificado previsto no art. 155, §4º, II do CP.

Inconformado, recorreu a este Tribunal.

Não questiona a autoria nem a materialidade, e apenas requer a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

O ilustre relator dá provimento ao recurso consignando que não é possível dar peso distinto a reincidência ou à confissão, e que por isso deve haver a compensação integral entre elas.

Acompanho o ilustre relator mas por motivo diverso, explico:

É certo que a jurisprudência entende que estas duas circunstâncias legais são igualmente preponderantes, podendo assim em tese ser feita a pretendida compensação, como pleiteia o recorrente.

Assim foi decidido por esta 1ª Câmara Criminal, na Apelação Criminal 0062417-93.2011.8.12.0001, da relatoria do Des. Francisco Gerardo de Sousa, julgado à unanimidade em 26.11.2012, que *"(...) A agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (...)"*, por serem igualmente preponderantes.

Tal entendimento também é o da Terceira Seção do STJ que, representando as duas Turmas Criminais do STJ, no EREsp nº 1154752/RS decidiu ser possível a compensação da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, nesses termos:

> *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, Terceira Seção, julgado em 23/05/2012, DJe 04/09/2012)

Acompanho esse entendimento acerca da possibilidade de compensação destas duas circunstâncias, entretanto, entendo que em certos casos tal deve ser relativizado. É que, para haver equivalência entre as circunstâncias, se exigirá no caso concreto uma ponderação para saber se tal compensação deve ser feita em termos estritamente idênticos. Isso, no meu entender, só se justifica quando há idêntica intensidade e relevância das duas circunstâncias, para que possam ser ponderadas no mesmo patamar, compensando-se.

Com efeito, não tem sentido que uma lista de muitas condenações transitadas seja compensada integralmente pela confissão, podendo haver uma ponderação de grau de compensação que não redunde em compensação absolutamente igualitária.

Na hipótese dos autos, deve ser reconhecida a compensação igualitária entre a atenuante e a agravante, posto que no caso em tela o recorrente possui apenas 01 condenação transitada em julgado.

Por tais motivos, na presente situação, considerando o equilíbrio entre a reincidência e confissão, acompanho o relator para compensar integralmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com ressalva da vogal (Des.ª Maria Isabel).

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 07 de julho de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000035-17.2010.8.12.0028 - Bonito
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO (ART. 7.º, IX, DA LEI N. 8.137/90) – ALEGADA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – NÃO ACOLHIDA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – PRETENDIDA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA – NÃO ACOLHIDA – DOLO COMPROVADO - REDUÇÃO DA PENA-BASE – ACOLHIDA EM PARTE – EXTIRPAÇÃO DA MODULADORA DA CULPABILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O núcleo do tipo previsto no inciso IX do artigo 7.º da Lei n. 8.137/90, consiste em *vender* (alienar por determinado preço), *ter em depósito para vender* (manter algo estocado para alienação), *expor a venda* (apresentar algo para alienação por determinado preço) ou *entregar* (passar às mãos de terceiros) matéria-prima (substância em estado bruto, utilizada para a fabricação de algo) ou mercadoria (bem comerciável), caso estejam em condições impróprias (inadequadas), ao consumo (utilização para satisfazer necessidade). Trata-se de crime formal, ou seja, não depende da ocorrência de efetivo prejuízo ao consumidor, de sorte que a sua consumação pode ser instantânea (modalidade *vender* e *entregar*) ou permanente (modalidade *ter em depósito* e *expor à venda*). *In casu*, restou demonstrado que a Prefeitura Municipal de Bonito adquiriu, à época, 17 (dezessete) refeições no referido restaurante para alguns funcionários da Secretaria de Obras, os quais, logo após consumirem o alimento, sentiram-se mal, apresentando quadro de vômito e diarréia.

II - Não há que se falar que o crime foi praticado na modalidade culposa, pois, pouco antes da coleta das amostras infectadas, o réu já havia sido notificado pela Vigilância Sanitária a adequar diversas irregularidades constatadas e mesmo assim prosseguiu agindo de forma irregular, não fazendo jus à desclassificação.

III - A rigor do inc. X do art. 93 da Constituição Federal, as decisões judiciais devem ser adequadamente fundamentadas, máxime no momento da dosimetria da pena, quando resulta em recrudescimento da resposta penal.

Em parte com o parecer - para reduzir a pena-base próximo ao mínimo legal, restando o apelante condenado definitivamente em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção, em regime aberto, sendo ao final substituída por 02 (duas) restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 10 (dez) salários mínimos, em favor da "Fundação de Proteção à Criança – Vida Bonito – Casa da Criança.

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 com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, para o fim de reduzir a pena-base, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de agosto de 2014.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de apelação criminal interposta por Geneci Alves Junior, contra a sentença proferida pela Juíza de Direito da 2.ª Vara da Comarca de Bonito-MS (fls. 146 – 152), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso nas penas do art. 7.º, inc. IX, da Lei n. 8.137/90, em 03 (três) anos de detenção, em regime aberto, sendo ao final, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 10 (dez) salários mínimos, em favor da "Fundação de Proteção à Criança – Vida Bonito – Casa da Criança.

Dos autos consta que em 22 de outubro de 2009, por volta das 10h20min, no restaurante "O Casarão", localizado na Avenida Coronel Pilad Rebuá, na região central de Bonito-MS, o apelante foi flagrado enquanto tinha em depósito para vender mercadorias em condições impróprias ao consumo.

Em razões recursais (fls. 165 – 169), Geneci Alves Junior pugna a improcedência da ação por insuficiência de provas e, alternativamente, a redução da pena-base no mínimo legal, sendo considerada a modalidade culposa, na diminuição da pena de 1/3 (um terço).

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (fls. 171 – 180), pugna o improvimento do recurso defensivo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 183 – 189), opina pelo conhecimento e improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Trata-se de apelação criminal interposta por Geneci Alves Junior, contra a sentença proferida pela Juíza de Direito da 2.ª Vara da Comarca de Bonito-MS (fls. 146 – 152), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso nas penas do art. 7.º, inc. IX, da Lei n. 8.137/90, em 03 (três) anos de detenção, em regime aberto, sendo ao final, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 10 (dez) salários mínimos, em favor da "Fundação de Proteção à Criança – Vida Bonito – Casa da Criança.

Dos autos consta que em 22 de outubro de 2009, por volta das 10h20min, no restaurante "O Casarão", localizado na Avenida Coronel Pilad Rebuá, na região central de Bonito-MS, o apelante foi flagrado enquanto tinha em depósito para vender mercadorias em condições impróprias ao consumo.

Em razões recursais (fls. 165 – 169), Geneci Alves Junior pugna a improcedência da ação por insuficiência de provas e, alternativamente, a redução da pena-base no mínimo legal, sendo considerada a modalidade culposa, na diminuição da pena de 1/3 (um terço).

Passo à análise do recurso.

Da improcedência da ação por insuficiência de provas e do reconhecimento do crime na modalidade culposa.

O apelante pugna a improcedência da ação por insuficiência de provas.

Razão não lhe assiste.

Segundo se infere dos autos, o restaurante "O Casarão", de propriedade do ora apelante, vendia, tinha em depósito para vender e expunha à venda, alimentos impróprios para o consumo.

Conforme restou apurado, a Prefeitura Municipal de Bonito adquiriu, à época, 17 (dezessete) refeições no referido restaurante para alguns funcionários da Secretaria de Obras, os quais, logo após consumirem o alimento, sentiram-se mal, apresentando quadro de vômito e diarréia.

Pois bem.

O núcleo do tipo previsto no inciso IX do artigo 7.º da Lei n. 8.137/90, consiste em *vender* (alienar por determinado preço), *ter em depósito para vender* (manter algo estocado para alienação), *expor a venda* (apresentar algo para alienação por determinado preço) ou *entregar* (passar às mãos de terceiros) matéria-prima (substância em estado bruto, utilizada para a fabricação de algo) ou mercadoria (bem comerciável), caso estejam em condições impróprias (inadequadas), ao consumo (utilização para satisfazer necessidade).

Trata-se de crime formal, ou seja, não depende da ocorrência de efetivo prejuízo ao consumidor, de sorte que a sua consumação pode ser instantânea (modalidade *vender* e *entregar*) ou permanente (modalidade *ter em depósito* e *expor à venda*).

Outrossim, trata-se de "*crime de perigo presumido, jure et de jure, resultando da própria ação ou omissão do sujeito, bastando, pois, tão só a possibilidade de ocorrência do dano*"[1].

In casu, a materialidade delitiva restou consubstanciada pelos Boletins de Análises elaboradas pelo Laboratório Central de Saúde Pública/Divisão de Bromatologia Química, da Secretaria de Estado de Saúde de Mato Grosso do Sul, o qual atestou que as amostras coletadas estavam impróprias para o consumo, verificando-se a existência de coliformes termotolerantes e das bactérias *stafilococos* e *escherichia coli*(fl. 09 – 21).

A autoria também é certa, uma vez que restou comprovado que as amostras dos alimentos foram colhidas no estabelecimento de propriedade do recorrente 03 (três) dias depois de os funcionários da Secretaria de Obras terem passado mal logo após consumirem o marmitex fornecido pelo restaurante.

Nesse sentido, tem-se os depoimentos das testemunhas:

> *"(...) JUÍZA: Sr. Antônio, o senhor foi ouvido na Delegacia de Polícia no dia 31 de março de 2010, me confirma se foi isso que o senhor falou. O senhor é servidor da Prefeitura Municipal de Bonito lotado na Secretaria de Obras, onde exerce o cargo de chefe de divisões. No dia 19 de outubro de 2009, estava realizando um serviço onde excepcionalmente a equipe teve que almoçar no local de trabalho O senhor almoçou por volta de meio-dia começou a passar mal no período da tarde, por volta de 04h00min da tarde. Os sintomas eram fortes dores no estômago e muita disenteria. Os funcionários da Secretaria de Saúde foram acionados, foram até o local examinou o senhor e todos que la almoçavam e estavam passando mal em torno de 15 funcionários. DEPOENTE: Isso mesmo. JUÍZA: Teve que usar medicação com soro. O senhor passou mal durante todo o dia e ainda o dia seguinte. O senhor disse que a comida era fornecida pelo restaurante O Casarão. Foi o senhor mesmo que foi buscar a alimentação naquele dia. O senhor confirma então as declarações prestadas de folhas 39 e 40? DEPOENTE: Isso. (...)" (Antônio Alzair Nunes, fls. 95 – 96)*

1 NUCCI, Guilherme. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 1089.

> *"(...) JUÍZA: Sr. José, consta aqui as folhas 37 e 38 do processo que o senhor foi ouvido às 10:45, no dia 31 de março de 2010, na Delegacia de polícia. O senhor me confirma se foi isso que o senhor falou, tá bom? DEPOENTE: Sim. JUÍZA: O senhor disse que é servidor da Prefeitura Municipal de Bonito, lotado na Secretaria de Obras onde exerce o cargo de Auxiliar de Serviços Diversos. DEPOENTE: Sim. JUÍZA: Que no dia 19 de outubro o senhor estava realizando um serviço, aonde excepcionalmente a equipe teve que almoçar no local de trabalho. O senhor disse que almoçou por volta do meio-dia, e por volta de duas e meia começou a passar mal, o senhor teve muitas dores fortes no estômago e muita disenteria. Que os funcionários da secretaria de saúde foram acionados foram até o local e examinou o senhor e todos que lá almoçavam, porque todo mundo estava passando mal, era em torno de 20 funcionários e foram medicados com soro. O senhor passou mal durante todo o dia e ainda o dia seguinte. O senhor disse que a alimentação tinha sido fornecida pelo restaurante O Casarão. DEPOENTE: Sim. (...)" (José Aparecido Franco Godoy, fl. 97)*

> *"(...) JUÍZA: Sr. Roberto, consta aqui que o senhor foi ouvido e as suas declarações foram juntadas as folhas 41 e 42 do processo. Me confirma se foi isso que o senhor disse na Delegacia. Que o senhor é servidor da Prefeitura Municipal de Bonito, lotado na Secretaria de Obras, onde exerce o cargo de Auxiliar de Serviços Diversos, que no dia 19 de outubro de 2009, o senhor estava realizando um serviço onde excepcionalmente a equipe teve que almoçar no local de trabalho. O senhor almoçou e quando foi a noite o senhor estava na sua casa e começou a passar mal. Os sintomas eram fortes dores no estômago e também muita disenteria. Que o senhor passou mal durante toda a noite e ainda durante todo o dia seguinte, não conseguiu nem ir trabalhar no outro dia. O senhor disse que não foi procurar atendimento médico pois tomou um remédio caseiro, que o senhor sabia que a comida tinha sido fornecida pelo restaurante O Casarão. É isso mesmo? DEPOENTE? Isso mesmo. (...)" (Roberto Vargas, fl. 98)*

Logo, comprovadas a autoria e a materialidade do delito não há como reconhecer a improcedência da ação por insuficiência de provas.

Também não há que se falar que o crime foi praticado na modalidade culposa, pois, como bem ressaltado pelo representante ministerial de instância singela *"desprovida de fundamento é a alegação de que a prática delituosa deveria ser considerada na forma culposa, pois, como pontuou o d. Magistrada "a quo", "pouco antes da coleta das amostras infectadas, o réu já havia sido notificado pela Vigilância Sanitária a adequar diversas irregularidades constatadas" (f. 150) e mesmo assim prosseguiu agindo de forma irregular, não fazendo jus à desclassificação"* (fl. 178).

Da aplicação da pena:

A pena-base restou fixada acima do mínimo legal diante dos seguintes fundamentos:

> *"(...) Análise das moduladoras do artigo 59 do Código Penal - culpabilidade evidenciada, tendo o réu agido com dolo intenso; os antecedentes não são maculados (f. 52/54 e 65); não há nos autos elementos para aferição da sua conduta social e personalidade, pois não se pode concluir seja esta desvirtuada e propensa a práticas criminosas; o motivo do crime é comum ao tipo delitivo; as circunstâncias não lhe favorecem, pois pouco antes da coleta das amostras infectadas, o réu já havia sido notificado pela Vigilância Sanitária a adequar diversas irregularidades constatadas e, pelo relato da testemunha de defesa Deocezia Rodrigues de Almeida (f. 99/100), sobrevieram mudanças no estabelecimento somente após a interdição pelo Departamento da Vigilância Sanitária; as consequências do fato foram minimizadas pela ação dos fiscais da Vigilância Sanitária, ao interditarem o estabelecimento do réu e, no caso, não há que falar em comportamento da vítima.*

> *Considerando que todas as circunstâncias judiciais, fixo a penabase em 03 (três) anos de detenção, tornando-a definitiva, diante da ausência de atenuantes, agravantes, causas de diminuição e de aumento da reprimenda. (...)"*

Como se vê, foram consideradas desfavoráveis as moduladoras da culpabilidade e circunstâncias do crime.

Em tema de culpabilidade, bem esclarece Ricardo Augusto Schmitt que:

> *"(...) É o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base.*
>
> *Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo. (...)." (Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p. 88.)*

Como visto, apesar de ser considerada desfavorável, não houve indicação de quais fatores levaram o emérito julgador a considerar que, aferidos como circunstância judicial da culpabilidade, a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente excedem a previsão legal. Não há dúvida, pois, que a operação afronta o princípio constitucional instituído no inc. X do art. 93 da Constituição Federal, devendo ser retificada a dosimetria nesta parte.

Na mesma obra alhures citada, Ricardo Augusto Schmitt bem define a figura das circunstâncias do crime como *"os elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade*, *(...) não podendo valorar nada que se configure ao mesmo tempo como circunstância legal, causa de diminuição ou aumento de pena ou qualificadora*" (Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p. 104).

Nesse prospecto, a fundamentação declinada se revela suficiente para considerar desabonadora as circunstâncias do crime, eis que notificado pela Vigilância Sanitária para adequar as diversas irregularidades, o apelante somente tomou as providências cabíveis após o seu estabelecimento ter sido interditado pela Vigilância Sanitária, demonstrando descaso com a saúde alheia.

Desta forma, reduzo a pena-base para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção, tornando-a definitiva, diante da ausência de atenuantes, agravantes, causas de diminuição e de aumento da reprimenda.

Mantenho o regime aberto fixado, assim como a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, nos mesmos termos em que foi fixada pela juíza *a quo*.

Conclusões finais:

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a pena-base próximo ao mínimo legal, restando o apelante condenado definitivamente em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção, em regime aberto, sendo ao final substituída por 02 (duas) restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 10 (dez) salários mínimos, em favor da "Fundação de Proteção à Criança – Vida Bonito – Casa da Criança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, para o fim de reduzir a pena-base, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 04 de agosto de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1407161-81.2014.8.12.0000 - Naviraí
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO – ALIMENTOS – PRISÃO CIVIL DECRETADA – LEGALIDADE DA PRISÃO – ALTERAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O ABERTO – ORDEM CONCEDIDA.

1. Concede-se o regime aberto na prisão do devedor de alimentos, pois este se mostra mais adequado, possibilitando ao inadimplente auferir recursos para o pagamento da pensão alimentícia, mormente quando demonstrado que o regime fechado acarretaria a impossibilidade do exercício laborativo.

2. Ordem concedida.

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, contra o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator (Des. Francisco Gerardo), vencido o 1º Vogal (Des. Luiz Gonzaga), que a denegava.

Campo Grande, 15 de setembro de 2014.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

A Defensoria Pública do Estado impetra ordem de *habeas corpus* preventivo, com pedido de liminar, em favor de G. P., apontando como suposta autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Naviraí/MS.

Relata a impetrante que o menor C. H. G. P., representado pela sua genitora E. S. G. ingressou com Ação de Execução de Alimentos em face do paciente almejando o recebimento das pensões alimentícias devidas desde o mês de fevereiro de 2009.

Narra que o executado, após ser citado, pagou as pensões referentes aos meses de fevereiro a abril de 2009, mas não as subsequentes, o que ensejou o prosseguimento do feito e a decretação da prisão civil dele.

Aduz que o paciente não foi localizado para a sua intimação a fim de que pagasse o valor devido, assim, foi determinada a citação dele por edital.

Diante de nova intimação do executado para efetuar o pagamento do débito e de seu não adimplemento, foi determinada a expedição de mandado de prisão em desfavor dele.

Suscita, ainda, que a citação por edital não comprova com certeza que o paciente saiba da continuidade da execução de alimentos proposta contra ele, razão pela qual não se está diante de uma das hipóteses que autorizam a prisão civil por dívida alimentícia.

Enfatiza, além disso, que o executado não possui recursos para sanar o débito, já que também sustenta outra família, de modo que a inadimplência não é ocasionada por voluntariedade dele.

Frente a tais argumentos, requer que a ordem seja concedida para evitar que a prisão civil do paciente seja decretada. Se não for recebido o presente remédio constitucional ante o princípio da fungibilidade, pede que seja recebido então como agravo de instrumento. Alternativamente, almeja a conversão do regime de prisão do paciente para aberto ou domiciliar.

A tutela de urgência foi indeferida às fls. 184/186.

As informações da autoridade pontuada como coatora foram requisitadas e devidamente prestadas à fl. 192.

O Ministério Público manifesta-se pela denegação da ordem (fls. 194/199).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

A partir dos autos, verifica-se que o paciente possui débito por força de pensão alimentícia devida a seu filho J. C. P. Entretanto, mesmo com a expedição do mandado de prisão, ele não foi encontrado para ser recolhido ao cárcere.

Por isso, a defesa almeja a concessão da ordem de *Habeas Corpus* preventivo, em caráter liminar, por o paciente supostamente não poder arcar com a dívida, dada a sua atual situação financeira.

Eis, concisamente, o objeto do *writ*.

A ordem deve ser concedida.

Primeiramente, vale ressaltar que o regime aberto na prisão civil não é a regra, contudo, possível a sua aplicação em casos excepcionais, conforme reiteradas jurisprudências das Cortes Superiores, vejamos.

> *"(...) É certo que este Tribunal Superior vem admitindo o cumprimento da prisão civil em outros regimes, menos severos, como o aberto ou a prisão domiciliar; todavia, apenas em caráter excepcional, que dependerá do exame das circunstâncias de cada caso concreto. Isso porque, a par de a prisão civil e a prisão criminal possuírem naturezas e fundamentos jurídicos diversos, as normas da Lei de Execução Penal que disciplinam a progressão de regime prisional são destinadas, precipuamente, ao cumprimento das sanções penais. (...)"* (STJ - HC 63786 / RS - Relator(a) Ministro Jorge Scartezzini)

Compulsando-se os autos, verifica-se que as circunstâncias apresentadas demonstram a admissibilidade da conversão do regime fechado para o aberto.

Isso porque consta do feito que o paciente pagou parte da dívida adquirida, entretanto está inadimplente no tocante às parcelas a partir do mês de maio de 2009.

Assim, ainda que possua dívida alimentícia excessiva, fica demonstrado que o paciente tem vontade de quitar o valor.

A decisão singular que determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente foi proferida nos seguintes termos:

> *"(...) É bem verdade que a prisão é uma medida extrema que deve ser evitada pelo magistrado, quando presente alguma outra possibilidade de resolver o conflito sem a sua aplicação, até porque a custódia pessoal do devedor muitas vezes, acaba não resolvendo o problema daquele que necessita de alimentos. (...) In casu, como já dito o executado, devidamente citado, adimpliu apenas algumas pensões, deixando de pagar praticamente todas as prestações devidas desde meados de 2009, o que impõe, por conseguinte, a sua custódia pessoal, nos exatos termos do art. 733, §1º do CPC.(...) Ante o exposto (...) decreto a prisão civil do executado, pelo prazo de 03 meses, justificando a fixação do prazo acima do mínimo legal em razão do enorme atraso no pagamento (...)".*

Desse modo, não se verifica ocorrência de ilegalidade ou abuso de poder na decisão que decretou a prisão civil do executado, pois o débito alimentar referente às prestações autorizariam o decreto de prisão civil, tendo em vista a manifesta inadimplência do alimentante.

Foi oportunizado o momento para o pagamento ou justificativa e somente após, entendendo o magistrado, insuficiente a justificativa, a prisão foi decretada.

Constatada a persistência do débito, foi decretada a prisão civil do paciente. Contudo, ele não foi encontrado para cumprimento do mandado, o que ensejou a impetração do *writ* preventivo.

Dessa forma, observa-se que houve regular processamento do feito.

Destaco precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> *"CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PAGAMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA. REGULARIDADE DA ORDEM DE PRISÃO. OMISSÃO QUANTO AO VALOR A SER DEPOSITADO E AUSÊNCIA DE DESCONTO DAS QUANTIAS PAGAS. INOCORRÊNCIA. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE DESEMPREGO. TEMA A SER DISCUTIDO NA AÇÃO DE ALIMENTOS E NÃO NO WRIT. RECURSO IMPROVIDO.1. O pagamento parcial da obrigação alimentar não afasta a regularidade da prisão civil. Precedentes.2. A afirmação de que a ordem de prisão foi omissa em fixar o valor exato a ser pago e que teria deixado de descontar as parcelas adimplidas restou afastada pelas informações prestadas pelo Juízo.3. A razoabilidade do valor estipulado a título de pensão e a eventual dificuldade enfrentada pelo devedor devem ser discutidas nos autos da ação de alimentos e não no âmbito estreito do writ, cujo trâmite não comporta dilação probatória.4. Recurso a que se nega provimento.* (RHC 31.302/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/09/2012, DJe 25/09/2012).

> *"PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. HABEAS CORPUS. AÇÃO DE EXECUÇÃO. PENSÃO ALIMENTÍCIA.- É cabível a prisão civil do alimentante inadimplente em ação de execução contra si proposta, quando se visa ao recebimento das últimas três parcelas devidas a título de pensão alimentícia, mais as que vencerem no curso do processo.- O pagamento parcial do débito não afasta a possibilidade de prisão civil do alimentante executado.- Inviável a apreciação de provas na via estreita do HC.- Ordem denegada."* (HC 220.768/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/04/2012, DJe 16/04/2012).

Ademais, as alegações quanto à capacidade financeira do paciente e à impossibilidade de pagar a pensão alimentícia, devem ser analisadas em ação própria e não via estreita do *habeas corpus*.

No entanto, tenho que incabível o cumprimento da segregação em regime fechado, por se tratar de prisão civil que decorre de débito alimentar. A meu ver, o regime aberto é o mais adequado para cumprir com a finalidade da referida prisão, pois o paciente poderá exercer atividade laboral, e, dessa forma, adquirir recursos que lhe permitam pagar a pensão alimentícia.

Neste sentido:

> *"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. LEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE POSSIBILIDADE E PARCELAMENTO DA DÍVIDA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. Não há ilegalidade na ordem de prisão quando o paciente permanece inadimplente com a obrigação alimentícia, ainda que tenha efetuado pagamentos parciais, sem elidir o débito. O habeas corpus não é sede para discussão acerca da alegada impossibilidade, nem para exame de pedido de parcelamento da dívida, fundamentos que devem ser discutidos em ação própria.* ***Decreto de prisão civil, a ser cumprida em regime aberto, com possibilidade de saídas, pelo devedor, para o exercício de sua atividade laboral, uma vez comprovada ao Juízo na origem, objetivando a obtenção de recursos para satisfação do débito.*** *ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA."* (Habeas Corpus Nº 70046591855, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 22/12/2011) - destaquei.

Assim, frente a tais circunstâncias, quais sejam, o risco concreto do prejuízo que o regime fechado da prisão civil acarreta, caracterizado está o constrangimento ilegal a ser sanado por esta via constitucional, mesmo que o paciente ainda não tenha sido efetivamente recolhido ao cárcere.

Destarte, contra o parecer, concedo a ordem para que G. P. cumpra a prisão decretada em regime aberto.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (1º Vogal)

Divirjo do e. Relator, Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Isso porque, no meu entendimento, a ordem de *habeas corpus* merece ser denegada**,** pelos fundamentos que doravante serão expostos.

O presente recurso visa combater a prisão civil decretada nos autos da ação de execução de alimentos – processo nº 0001289-56.2009.8.12.0029, que tramitam na 1ª Vara da Comarca de Naviraí-MS.

Em consulta ao sistema SAJ de primeiro grau, observa-se que foi proposta ação de execução de alimentos contra o paciente para a cobrança dos débitos de natureza alimentar do período de fevereiro a abril de 2009. O paciente foi devidamente citado e então pagou ao exequente a quantia de R$ 704,00 (setecentos e quatro reais).

Prosseguiu-se a execução para a cobrança das pensões, ocasião em que o paciente deixou de cumprir a sua obrigação, ficando em débito a partir dos meses de maio de 2009 em diante, exceto com uma amortização de R$ 500,00 (quinhentos reais) em 30 de janeiro de 2012.

Intimado para fazer o pagamento, o mesmo tomou rumo ignorado. Procedida a intimação por edital, deixou de efetuar o pagamento do débito e de apresentar justificativa no prazo estabelecido, sendo, tais apresentadas pela curadoria especial.

Por isso, pela autoridade apontada como coatora, no ano de 2013, foi determinada a prisão civil do paciente.

Expedida a ordem de prisão, o paciente não foi localizado, pelo que o processo estava em arquivo aguardando a prisão do devedor/paciente.

Então, pelo paciente foi requerida a ordem de habeas corpus preventivo, sob o argumento de que não pode arcar com a dívida, dada a sua situação financeira, requerendo para tanto, que a prisão decretada em seu desfavor possa ser cumprida no regime aberto ou domiciliar, a fim de possibilitar que o mesmo continue a trabalhar para pagar as prestações alimentícias.

O Eminente Relator Des. Francisco Gerardo de Souza, concedeu a ordem de "*habeas corpus*" para que o paciente cumpra a prisão no regime aberto. É justamente, neste ponto que divirjo do ilustre relator, devendo o paciente permanecer no regime fechado. Explico.

O inadimplemento do paciente é manifesto, tanto que reconhecido nas razões do recurso.

Pelos documentos acostados com a inicial, observa-se que, de fato, o débito não foi pago desde o mesmo de maio de 2009.

Em consulta ao sistema SAJ de primeiro grau, observa-se que o paciente não apresentou a justificativa legal estabelecida pela lei processual civil.

O caso dos autos se refere à prisão civil do devedor de alimentos, a teor do art.733, caput e parágrafos do Código de Processo Civil.

A prisão civil do devedor de alimentos é permitida pela Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVII.

A decretação da prisão civil por dívida de alimentos é legítima se o responsável inadimplir voluntária e inescusavelmente a obrigação. Caso seja escusável ou involuntário o inadimplemento, não poderá ser decretada a prisão.

O inadimplemento é atual, remonta as três prestações anteriores ao ajuizamento da ação executiva, mais as que se vencerem no curso do processo, por força da Súmula 309 do STJ.

O paciente não demonstrou alguma causa que justificasse o inadimplemento da dívida alimentar. Consequentemente, o decreto de prisão civil decorre do inadimplemento. Desse modo, a prisão civil é regular.

O impetrante argumenta que o paciente está impossibilitado de pagar as prestações alimentícias, devido à alteração da sua capacidade financeira e também devido o fato de ter constituído nova família. Entretanto, as providências em questão são da alçada do Magistrado de origem, que deve analisar o real cabimento, diante das circunstâncias do caso, do referido pedido.

Qualquer deliberação nesse sentido por meio do presente *habeas corpus* demandaria o exame de matéria fático-probatória, o que é descabido em se tratando da via estreita.

Por certo, existem recursos apropriados que poderá ser valer o paciente, nos autos da ação originária.

Com efeito, em se tratando de ação executiva que segue o rito do art. 733 do Código de Processo Civil, em caso de inadimplemento e sem qualquer justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, a prisão civil é meio coercitivo regular para o pagamento do débito alimentar, a teor da lei processual.

O decreto da prisão civil pretende influir de modo positivo no ânimo do executado, compelindo-o ao cumprimento. Não se trata de sanção penal.

Consoante dispõe o art. 733, § 1º, do Código de Processo Civil, se o devedor de alimentos, intimado para efetuar o pagamento, não o faz nem justifica a impossibilidade de fazê-lo, o Juiz poderá decretar a sua prisão.

Dessa forma, não há, nesse ato, qualquer ilegalidade ou abuso de poder que justifique a concessão da ordem.

A propósito, destaco os seguintes julgados das Cortes Superiores que bem se coadunam com o caso dos autos:

> *RECURSO EM HABEAS CORPUS. ALIMENTOS. INADIMPLÊNCIA DE DÉBITO ALIMENTAR. PRISÃO CIVIL. CABIMENTO. SÚMULA N. 309/STJ. ALEGAÇÃO DE INCAPACIDADE DE PAGAMENTO DO VALOR INTEGRAL DA PRESTAÇÃO ALIMENTAR. EXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO NO WRIT. 1. É cabível o decreto de prisão civil em razão do inadimplemento de dívida atual, assim consideradas as parcelas alimentares vencidas nos três meses antecedentes ao ajuizamento da execução, bem como aquelas que se vencerem no curso da lide. Aplicação da Súmula n. 309/STJ. 2. O recurso ordinário em habeas corpus não é via adequada para o exame aprofundado de provas relativas à condição econômica do devedor e à necessidade do credor dos alimentos. 3. Os juros de mora e a correção monetária são verbas acessórias que integram o cálculo da dívida alimentar; no caso, portanto, como a verba principal, constituem prestação de natureza alimentar. 4. Recurso em habeas corpus desprovido.*[1]
>
> *EMENTA. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. INADIMPLÊNCIA DE DÉBITO ALIMENTAR. ALEGAÇÃO DE INCAPACIDADE DE PAGAMENTO. EXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO NO WRIT. SÚMULA N. 309/STJ. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. ORDEM DENEGADA COM RECOMENDAÇÃO. 1. O habeas corpus não é a via adequada para o exame aprofundado de provas relativas à condição econômica do devedor e à sua capacidade de pagamento. 2. É cabível o decreto de prisão civil em razão do inadimplemento das parcelas alimentares vencidas nos três meses antecedentes ao ajuizamento da execução, bem como daquelas que se vencerem no curso da lide* (Súmula n. 309/STJ). 3. Recurso em habeas corpus desprovido com recomendação de observância da Súmula n. 309/STJ.[2]
>
> *EMENTA: HABEAS CORPUS. DEVEDOR DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. DECRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. POSSIBILIDADE DE UNIFICAÇÃO DAS EXECUÇÕES NUMA ÚNICA ORDEM DE PRISÃO. SÚMULA 309 DO STJ. ALEGAÇÃO DE INCAPACIDADE ECONÔMICA PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. III – A análise da suposta incapacidade econômica do executado ou do alegado cerceamento de defesa não tem lugar em habeas corpus, por demandar aprofundado exame dos fatos e provas da causa, providência sabidamente inviável nesta via. Precedente. IV – Ordem denegada.*[3]

Portanto, considerando que o paciente não providenciou o pagamento da dívida alimentícia e nem apresentou qualquer justificativa legal para o inadimplemento, há que ser mantida a prisão civil do paciente, na forma como fixada pelo magistrado "*a quo*".

1 RHC 37055 / GO Recurso Ordinario Em *Habeas Corpus* 2013/0108826-8 Relator(a) Ministro João Otávio de Noronha (1123) Órgão Julgador T3 - Terceira Turma, Data Da Publicação/fonte Dje 12/06/2013.

2 RHC 30729 / To Recurso Ordinario Em *Habeas Corpus* 2011/0160265-3 Relator(a) Ministro oão Otávio de Noronha (1123) Órgão Julgador T3 - Data da Publicação/Fonte DJe 27/05/2013.

3 HC 112254 / Rj - Rio De Janeiro, *Habeas Corpus*, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 04/12/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma.

Desse modo, não vislumbro qualquer ilegalidade a ser sanada pela via do presente remédio constitucional, vez que a prisão civil do paciente realmente atende aos pressupostos e condições que determinam a imposição da medida, a teor do art.733, §1º do Código de Processo Civil.

Assim, inexiste constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem.

Diante do exposto, ouso divergir do e. relator, e, com o parecer, denego a ordem pretendida.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, contra o parecer, concederam a ordem, nos termos do voto do Relator (Des. Francisco Gerardo), vencido o 1º Vogal (Des. Luiz Gonzaga), que a denegava.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 15 de setembro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1409337-33.2014.8.12.0000 - Maracaju
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – LESÃO CORPORAL EM VEÍCULO AUTOMOTOR – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – RESISTÊNCIA – FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA – DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – RISCO EFETIVO DE REITERAÇÃO DELITIVA – LIBERDADE PROVISÓRIA – INADMISSIBILIDADE – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES – INVIABILIDADE – ORDEM DENEGADA.

Tendo o paciente sido preso em flagrante regular por suposta prática dos delitos de lesão corporal em veículo automotor, embriaguez no volante e resistência, posteriormente convertido em prisão preventiva, estando presentes os requisitos autorizadores da cautelar, pela noticiada reiteração delitiva, impõe–se a manutenção da custódia cautelar para garantia da ordem pública. O paciente já foi condenado pelos crimes tipificados no art. 306 do CTB, art. 331, 329 e 129, todos do CP, o que denota reiteração na prática de delitos, inclusive nos aqui apurados.

Eventuais condições pessoais favoráveis, por si só, não são suficientes para garantir a revogação da custódia cautelar, quando presentes os requisitos legais e elementos que recomendam a sua manutenção.

No tocante à concessão de medidas cautelares diversas da constrição cautelar, entendo que na hipótese elas seriam insuficientes, pelas razões acima explanadas.

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 o parecer, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de setembro de 2014.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

A advogada Katiússia Ribeiro Vieria impetra ordem de *Habeas Corpus,* com pedido de liminar, em favor de Silvio de Jesus, apontando como autoridade coatora o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Maracaju-MS.

Discorrendo acerca dos fatos, a impetrante narra que o paciente foi preso em flagrante no dia 23 de julho de 2014, por ter supostamente praticado os crimes previstos nos artigos 303 e 306, ambos do Código de Trânsito, e artigo 329 do Código Penal.

Alega que a autoridade apontada como coatora converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, fundamentando estarem presentes os indícios suficientes de autoria e a materialidade delitiva, bem como os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Alude, entretanto, que a decisão objurgada está fundamentada com proposições genéricas e abstratas, e que não há nos autos indicativos que demonstrem que o paciente oferece risco à ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Afirma que o paciente exerce atividade lícita, possui residência fixa e família constituída, e que embora a existência de condenação anterior configure maus antecedentes, tal motivo não é suficiente para mantê-lo preso.

Pondera ainda que, em caso de eventual condenação, o paciente teria direito ao regime inicial semiaberto, o que torna desproporcional a medida constritiva imposta.

Salienta que estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora.*

Requer, assim, seja expedido alvará de soltura em favor do paciente, ou subsidiariamente, aplicada medidas cautelares diversa da prisão. Por fim, pugna pela concessão da ordem.

Às fls. 96/98, restou indeferida a liminar.

Uma vez solicitadas, a autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 102.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem às fls. 104/110.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

A advogada Katiússia Ribeiro Vieria impetra ordem de *habeas corpus,* com pedido de liminar, em favor de Silvio de Jesus, apontando como autoridade coatora o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Maracaju-MS.

Discorrendo acerca dos fatos, a impetrante narra que o paciente foi preso em flagrante no dia 23 de julho de 2014, por ter supostamente praticado os crimes previstos nos artigos 303 e 306, ambos do Código de Trânsito, e artigo 329 do Código Penal.

Alega que a autoridade apontada como coatora converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, fundamentando estarem presentes os indícios suficientes de autoria e a materialidade delitiva, bem como os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Alude, entretanto, que a decisão objurgada está fundamentada com proposições genéricas e abstratas, e que não há nos autos indicativos que demonstrem que o paciente oferece risco à ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Afirma que o paciente exerce atividade lícita, possui residência fixa e família constituída, e que embora a existência de condenação anterior configure maus antecedentes, tal motivo não é suficiente para mantê-lo preso.

Pondera ainda que, em caso de eventual condenação, o paciente teria direito ao regime inicial semiaberto, o que torna desproporcional a medida constritiva imposta.

Salienta que estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora.*

Requer, assim, seja expedido alvará de soltura em favor do paciente, ou subsidiariamente, aplicada medidas cautelares diversa da prisão. Por fim, pugna pela concessão da ordem.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do writ impetrado.

Como visto alhures, almeja o impetrante a concessão da liberdade, sustentando que a decisão que converteu o flagrante em prisão preventiva não foi devidamente motivada pelo juízo *a quo*, não se fazendo presentes os requisitos insertos no art. 312 do CPP. Afirma, ainda, que o paciente é tecnicamente primário, além de possuir residência fixa e ocupação lícita.

A despeito dos valiosos argumentos apresentados pela combativa Defesa, verifico que a segregação cautelar imposta ao paciente encontra amparo no art. 312 do CPP, não sendo o caso de concessão da liberdade provisória.

Isso porque, verifico que a prisão foi devidamente motivada em primeira instância, não padecendo de qualquer irregularidade quanto à fundamentação, pois justificada em garantia da ordem pública.

Por oportuno, transcrevo trecho da decisão que converteu o flagrante em prisão preventiva:

> *"(...) Destaca-se, ainda, que as condutas imputadas ao flagrado são daquelas que envolvem violência à pessoa, tendo o suposto crime previsto no art. 303 do CTB, sido praticado contra a vítima com 63 anos de idade. Além disso, o indiciado teria ameaçado de morte um policial (fls. 04). De outro vértice, como bem ressaltado pelo Parquet, ante os antecedentes criminais acostados às fls. 19/22, o flagrado já foi condenado pelos crimes tipificados no art. 306 do CTB, art. 331, 329 e 129, todos do CP, o que denota reiteração na prática de delitos, inclusive nos aqui apurados, justificando, portanto assim a sua mantença no cárcere para a garantia da ordem pública, já que não há garantias de que se solto não voltará a delinquir. Portanto, presente também a necessidade de garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal, pois se solto, poderia atrapalhar a colheita de provas, intimidar vítimas e testemunhas ou, ainda, empreender fuga, diante da elevada quantidade de pena a ser porventura aplicada. Desta forma, considerando as particularidades do caso concreto (gravidades dos delitos apontados - dirigir veículo automotor sob a influência de álcool, vítima idosa, resistência à ordem emanada por agente público e ameaça de morte) a conversão da prisão flagrante em preventiva tem relevância para a garantia da ordem pública, da instrução e da aplicação da lei penal.(...)"*

Observa-se, pois, que foram apresentados argumentos concretos da espécie a indicar a necessidade da medida constritiva, atendidos os requisitos do art. 312 do CPP e art. 93, IX, da Constituição da República.

Além disso, como bem consta da decisão objurgada, constata-se que o nome do paciente não é estranho às serventias criminais, pois já foi condenado pelos crimes tipificados no art. 306 do CTB, art. 331, 329 e 129, todos do CP, o que denota reiteração na prática de delitos.

De fato, as várias anotações criminais em desfavor do paciente demonstra que a concessão da pretendida liberdade representa risco efetivo à ordem pública, pois há dados concretos nos autos a atestar a efetiva possibilidade de nova prática delitiva.

Nesse sentido, destaco o seguinte aresto do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PACIENTE REINCIDENTE. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO DELITIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANTIDOS OS FUNDAMENTOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. A admissibilidade da impetração originária também neste Superior Tribunal de Justiça foi reformulada, adequando-se à nova orientação da Suprema Corte, de modo a não admitir o conhecimento do habeas corpus substitutivo do recurso ordinário, com a ressalva das hipóteses de flagrante ilegalidade, nas quais deverá ser concedida a ordem de ofício. 3. A custódia cautelar do Paciente - preso em flagrante, em 08/10/2012, com 15,78 gramas de crack, além de uma balança de precisão e a quantia de R$ 298,00 - encontra-se devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, ante a possibilidade concreta de reiteração delitiva, dada a sua condição de reincidente e de ser possuidor de outros registros criminais. 4. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que "a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva demonstram a necessidade de se acautelar o meio social para que seja resguardada a ordem pública, além de constituírem fundamento idôneo para a prisão preventiva." (HC 115462, 2.ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 23/04/2013).5. Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício.6. Ordem de habeas corpus não conhecida. (STJ, 5ª Turma, HC HC 263332 / MG, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, v.u., j. 24.04.2014; pub. DJe 08.05.2014).Assim, ainda que a nova ordem constitucional consagre no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e que a faculdade de aguardar o julgamento em liberdade seja regra, tais diretrizes não têm aplicação à espécie, vez que a prisão antes do trânsito em julgado do édito condenatório é admitida a título de cautela, em virtude de periculum libertatis, como in casu, restou evidenciado e fundamentado, em consonância com o art. 93, IX c/c art. 5º, LXI, ambos da CF/88.*

Logo, tendo-se em consideração que a negativa de liberdade encontra-se devidamente fundamentada em aspectos concretos do caso, sendo amparada pelas circunstâncias apresentadas em desfavor do paciente, cumpre manter a medida extrema.

Além disso, destaque-se que a mera alegação de que o paciente é tecnicamente primário, possui residência fica e ocupação lícita, por si sós, não tem o condão de retirar a cautelaridade da medida,

ainda mais quando outros elementos estão a amparar a sua responsabilidade nos eventos levados à persecução criminal.

Sobre o assunto, confira-se a orientação jurisprudencial:

> *"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÕES DE EXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS A RECOMENDAR A SOLTURA DA PACIENTE E DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO PARA A PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E DA POSSIBILIDADE DE FUGA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Não se comprovam, nos autos, constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem. 2. A decretação da prisão preventiva, baseada na garantia da ordem pública, está devidamente fundamentada em fatos concretos, a justificar a prisão cautelar, especialmente pela participação do Paciente e de policiais civis e militares em organização criminosa destinada ao tráfico de drogas, além da grande quantidade de droga, dinheiro e bens nos crimes investigados. Precedentes. 3. Periculosidade do Paciente verificada pela gravidade in concreto do crime e pelo modus operandi, mediante o qual foram praticados os delitos: elementos idôneos para a prisão preventiva 4. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis do Paciente, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar. Precedentes. 5. Evasão do Paciente: razão suficiente para a manutenção da prisão preventiva 6. Habeas corpus denegado."* (STF, 2.ª Turma, HC 111009/PA, Rel.ª Ministra Cármem Lúcia, v.u., j. 18.12.2012; pub. DJe de 18.10.2013).

> *"Habeas Corpus. Processual Penal. Tráfico de drogas, associação para o tráfico e receptação. Crimes conexos. Alegação de nulidade por inobservância do rito ordinário. Inocorrência. Adoção do rito previsto na Lei nº 11.343/06. Absolvição da acusação de prática do crime de receptação. Inexistência de prejuízo. Nulidade processual não caracterizada. Prisão preventiva. Condições pessoais favoráveis. Insuficiência. Requisitos cautelares concretamente demonstrados. Ordem denegada. Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância do rito ordinário, uma vez que a paciente foi absolvida da acusação de prática do único crime que justificaria a adoção de rito diverso. Por conseguinte, inexiste qualquer interesse de agir, haja vista a inocorrência de qualquer prejuízo à defesa. No tocante à custódia cautelar, é da jurisprudência desta Corte que a primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a profissão lícita são circunstâncias pessoais que, de per se, não são suficientes ao afastamento da prisão preventiva. Ordem denegada."* (STF, 2.ª Turma, HC 112642/SP, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, v.u., j. 26.06.2012; pub. DJe de 10.08.2012).

Destarte, malgrado a irresignação do impetrante, não havendo qualquer mácula na decisão combatida, outra solução não resta senão manter a segregação provisória, não sendo os argumentos expendidos na exordial do writ hábeis a desconstituí-la.

Por fim, registro que as medidas cautelares alternativas contidas no art. 319 do CPP, a meu ver e diante do contexto ora descrito, não se mostram suficientes para garantir a ordem pública, evitando a reiteração na prática delitiva, sendo imperiosa, portanto, a manutenção da prisão preventiva, devidamente justificada nas hipóteses do art. 312 do CPP.

Ante o exposto, com o parecer, conheço e 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 do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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 e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 22 de setembro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0001745-98.2012.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO MINISTERIAL – FURTO DE ENERGIA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO**.**

A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica depende de que esta seja de tal modo irrelevante que não seja razoável a imposição da sanção. Esse princípio não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, aplicando-se o princípio da razoabilidade no caso concreto, como medida de justiça.

Na hipótese dos autos, não há que se admitir que o furto de energia importe em comportamento com reduzido grau de reprovabilidade e em inexpressividade da lesão jurídica.

Ao contrário, certamente as circunstâncias e os resultados do crime em espécie provocará em importância do objeto material já que atingirá toda uma sociedade na condição de consumidores de energia elétrica.

Não preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos, inaplicável é o princípio da insignificância para a rejeição da denúncia que imputou ao recorrido o crime de furto de energia.

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 ministerial, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de setembro de 2014.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão de fls. 69-71 do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Naviraí-MS que rejeitou a denúncia oferecida contra a recorrida por infração ao crime previsto no art. 155, § 3º e 4º, II, do Código Penal por ausência de justa causa e aplicação do princípio da insignificância, com fundamento no art. 395, III do Código de Processo Penal.

Sustentou, em síntese, que não se trata de um fato inexpressivo.

A recorrida pelas contrarrazões de fls.91-98 requer o improvimento do recurso.

Em Juízo de retratação o Magistrado sentenciante manteve a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos (fl. 99).

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo parecer de fls.105-110, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e pelo improvimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Trata-se de Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão de fls. 69-71 do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Naviraí-MS que rejeitou a denúncia oferecida contra a recorrida por infração ao crime previsto no art. 155, § 3º e 4º, II, do Código Penal por ausência de justa causa e aplicação do princípio da insignificância, com fundamento no art. 395, III do Código de Processo Penal.

Sustentou, em síntese, que não se trata de um fato inexpressivo.

Narra a denúncia que:

> *"(...) no período compreendido entre os meses de dezembro de 2011 e janeiro 2012, na Rua Baltazar Rocha, 402, Centro, nesta cidade e comarca, a denunciada Marta Helena dos Santos Matos, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, mediante fraude, subtraiu para si ou para outrem, energia elétrica* (cf. documentos de fls. 40-46 e laudo pericial de exame em unidade consumidora de energia elétrica de fls. 54-59.)
>
> *Infere-se que, no dia 26 de janeiro de 2012, técnicos da empresa de fornecimento de energia elétrica, Enersul, em vistoria realizada no medidor de energia do aludido imóvel, de propriedade da denunciada, constataram que o medidos de energia estava com "ligação direta" desviando a fase de eletricidade para fora do medidor, 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."*

Instaurado o inquérito, a ré foi denunciada, como incursa no art. 155, § § 3º e 4º, II, do Código Penal.

A ação penal foi distribuída perante a Vara Criminal da Comarca de Naviraí– MS, onde, sobreveio a decisão judicial desafiada, que rejeitou a denúncia, absolvendo o réu com relação ao crime que lhe foi imputado pela peça acusatória.

Em razão disso, o Ministério Público interpôs o presente recurso.

Em sua razões recursais postula pela reforma da sentença desafiada, para o fim de que seja recebida a peça acusatória e instaurada a ação penal correspondente.

Passo, então, ao exame recursal.

O denominado princípio da insignificância tem sido reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente no crime de furto, como causa de exclusão da tipicidade. No entanto, para o seu reconhecimento exige-se a presença de requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

São requisitos objetivos, a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica. Já os requisitos subjetivos são a importância do objeto material para a vítima, levando-se em conta sua situação econômica, o valor sentimental do bem e também as circunstâncias e resultados do crime.

Frise-se, no entanto, que não basta para o reconhecimento do princípio da insignificância unicamente o ínfimo valor da coisa subtraída.

O princípio da insignificância relaciona-se com o fato típico, com a análise do desvalor da conduta e do resultado.

O entendimento que vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, com a admissibilidade desse princípio da insignificância, não foi estruturado, no entanto, para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto.

Pelo que se denota dos autos, o suposto comportamento do recorrido é de alto grau de reprovabilidade. Admitir-se no caso esse princípio será um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal por outros usuários de energia elétrica.

Essa perspectiva, aliás, foi bem ponderada pelo órgão acusador ao ponderar que:

> *" Evidentemente, não se trata de um fato inexpressivo. Cuida-se sim de um comportamento desafiador de valores relevantes a ponto de merecer a tutela da norma penal.*
>
> *Uma questão a ser necessariamente levada em conta é a da repetição de condutas como a do recorrido, de obter energia elétrica mediante artifícios até causadores de insegurança social. (...)*
>
> *Se não houve sequer possibilidade de processar criminalmente um caso tão precisamente individualizado, como o desta acusação, isso terá implicações desastrosas quanto ao controle da criminalidade patrimonial."*

E bem complementa ainda que:

> *"Por outro lado, por mais que a empresa lesada seja abastada em recursos econômicos, se somadas centenas ou talvez milhares de condutas como a que é investigada neste processo, chega-se a uma monta extremamente alta de prejuízo, prejuízo este que fatalmente será distribuído ao restante dos cidadãos consumidores do mesmo serviço ..."*

Confira-se ainda elucidativo julgado do excelso pretório:

> *"A Turma, por maioria, denegou a ordem de habeas corpus a paciente condenado por tentativa de furto de um cartucho de tinta para impressora avaliado em R$25,70. Segundo o Min.Relator, não obstante o ínfimo valor do bem que se tentou subtrair, o alto grau de reprovação da conduta não permite a aplicação do princípio da insignificância, pois perpetrada dentro da penitenciária em que o agente cumpria pena por crime anterior, o que demonstra seu total desrespeito à atuação estatal."*[1]

1 HC 163.435/DF, HC 96.003/MS, Rel.Min.Ricardo Lewandowski, noticiados no Informativo 449 do STF.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. SUBTRAÇÃO DE 13 METROS DE CANO PVC, AVALIADOS EM R$ 125,71. PEQUENO VALOR. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DECISÃO RECORRIDA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO.1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social.

2. Conforme decidido pela Suprema Corte, "[o] princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimas, isoladas, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal" (STF, HC 102.088/RS, 1.ª Turma, Rel. Min.Cármem Lúcia, DJe de 21/05/2010).

3. Na hipótese dos autos, a despeito do reduzido valor da res furtiva - no caso, - 13 metros de cano PVC, avaliados em R$ 125,71 -, não ocorre o desinteresse estatal à repressão do delito praticado, porquanto, muito embora não expresse intensa agressão ao patrimônio da vítima, não se pode confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante.

4. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental desprovido.[2]

Ademais, nesse particular, a aplicabilidade do princípio da insignificância somente ocorre quando o desvalor do resultado do crime se apresenta ínfimo, inexpressivo. *In casu*, revela valor considerável – R$146,61 (cento e quarenta e seis reais e sessenta e um centavos), tendo em vista a sociedade que paga pelo consumo.

No caso, não é razoável admitir como de reduzido grau de reprovabilidade o comportamento do recorrido.

As circunstâncias e os resultados do crime em questão que poderão surtir efeitos e precedentes negativos para toda uma sociedade, na condição de usuários de energia elétrica, que por isso, serão incentivados à fraudar o consumo desse serviço. A par disso, a incidência de crimes dessa natureza levam a um custo a toda sociedade, que arca com esse custo.

Com vistas ao caso concreto, não foi mínima a ofensividade da conduta do agente, sendo reprovável o comportamento do recorrido, pelo que a instauração da ação penal é medida que se impõe e, consequentemente, o recebimento da denúncia, para que seja devidamente instruído o processo, quando, então, poderão ser analisadas todas as circustâncias do caso, para o devido julgamento de mérito.

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso interposto para o fim de reformar a decisão recorrida e determinar o recebimento da denúncia oferecida contra a recorrida pela imputação do crime previsto no art. 155, § § 3º e 4º, do Código Penal, para processamento, instrução e julgamento.

2 AgRg no REsp 1364991 / MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 01/07/2013

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 22 de setembro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0038907-17.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – ESTELIONATO POR DISPOSIÇÃO DE COISA ALHEIA COMO PRÓPRIA – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – CRIME COMETIDO COM O PATRIMÔNIO SOB A ADMINISTRAÇÃO MILITAR – ALEGAÇÃO DE ESTADO DE NECESSIDADE – CAUSA DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE – INOCORRÊNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – FORMAS ATENUANTES DO CRIME DE ESTELIONATO – NÃO APLICABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

1. O art. 251, § 1º, I, do Código Penal Militar é figura especial de estelionato na modalidade de disposição de coisa alheia como própria. Nesse caso, o agente vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia, coisa alheia como própria. Na hipótese em tela, infere-se, portanto, comprovado que o apelante praticou a conduta narrada na exordial acusatória e que esta é típica, pois se enquadra no tipo penal em comento, que dispõe que incorre no crime de estelionato, dentre outras condutas, o militar que dá em garantia coisa alheia como própria.

2. Os elementos concretos constantes dos autos não caracterizam estado de necessidade apto a afastar a antijuridicidade do fato imputado ao apelante, sobretudo porque não comprovados.

3. Sendo o agente primário e de pequeno valor a coisa obtida por fraude, é facultado ao juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou considerar a infração como disciplinar (art. 240, § 1º, do Código Penal Militar). Pode ainda ser atenuada a pena, se o agente, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara a lesão patrimonial, antes de ser instaurada a ação penal (art. 240, § 2º, do Código Penal Militar). Os artigos em comento estabelecem as condições das formas atenuantes do crimes previstos no art. 251 e seus parágrafos e no art. 252 do Código Penal Militar. Com base em elementos concretos constantes dos autos, as benesses pretendidas pelo apelante não podem ser admitidas, ficando mantida a condenação.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 28 de julho 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 Aparecido França Otacio contra a sentença de fls. 211-215 que o condenou à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, com a suspensão

condicional da pena, mediante condições, por infração ao art. 251, § 1º, I (estelionato por disposição de coisa alheia como própria) c/c art. 70, II, "g" (violação de dever inerente ao cargo), todos do Código Penal Militar.

O apelante pelo recurso interposto (fls. 241- 249) requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com fundamento no art. 439, "d", do Código de Processo Penal Militar.

Sustenta que teria agido em estado de necessidade (art. 42, I do Código Penal Militar).

Alternativamente, pugna pelo reconhecimento das benesses do art. 253, c/c art. 240, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal Militar (furto atenuado).

O Ministério Público em contrarrazões de fls. 251-256 requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo parecer de fls. 261-266, manifestou-se, opinando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Aparecido França Otacio contra a sentença de fls. 211-215 que o condenou à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, com a suspensão condicional da pena, mediante condições, por infração ao art. 251, § 1º, I (estelionato por disposição de coisa alheia como própria) c/c art. 70, II, "g" (violação de dever inerente ao cargo), todos do Código Penal Militar.

Narra a denúncia que:

> *"(...) O denunciado CB PM Aparecido França Otácio, ciente da reprovabilidade de sua conduta, deu em garantia o revólver de carga da PMMS, acautelado em seu nome, a fim de obter empréstimo, em dinheiro, do civil Fábio Pereira Barbosa.*
>
> *Consta dos autos que, no dia 29 de maio de 2012, o CB PM Nelson de Oliveira Gonçalves, armeiro do 11º Batalhão de Polícia Militar de Jardim/MS, ao passar pelo Fórum local, constatou que o Cb PM Aparecido França Otácio (ora denunciado) cumpria escala de serviço, sem portar a arma de fogo de carga da PMMS que havia sido acautelada em seu nome.*
>
> *Ato contínuo, o Cb PM Nelson comunicou o fato ao Comandante do Batalhão, CAP PM Claudino Gonçalves, que, imediatamente, ordenou ao Asp Oficial Rafael Pinheiro Garcia que comparecesse ao Fórum local e conduzisse o CB PM Aparecido França, munido de seu cinto de guarnição, até sua sala, no 11º BPM.*
>
> *Comparecendo ao Batalhão, o denunciado foi inquirido pelo CAP PM Claudino sobre a arma de fogo de carga da PMMS, que deveria estar em sua posse, ocasião em que o Cb PM Aparecido confessou ter dado a referida arma como garantia de pagamento ap civil Fábio Barbosa, explicando que se encontrava em difícil situação financeira, tendo, então, procurado o referido civil e realizado o empréstimo da quantia de R$300,00 (trezentos reais).*
>
> *Na sequência, o Ten PM Oscar Leite Ribeiro, que escutou a confissão do CB PM Aparecido, cumpriu a determinação do CAP PM Claudino e saiu em diligências, a fim de encontrar o civil Fábio Barbosa e a arma de fogo de carga da PMMS, ocasião*

em que compareceu ao local de trabalho do referido civil, porém, não obteve êxito no esclarecimento dos fatos, pois Fábio negou estar na posse da arma de fogo, bem como que havia realizado empréstimo ao CB PM Aparecido.

Ocorre que, após a saída da guarnição, Fábio Barbosa, amigo de infância do SD PM Valdson Gomes de Pinho, ligou para este informando que havia policiais militares à procura da arma de fogo do Cb PM França, relatando que havia feito negócio com França, mas que não sabia que a arma de fogo dada como garantia de pagamento era de carga da PMMS, dizendo, ainda, que jogaria a arma de fogo no rio, a fim de evitar confusão.

Diante da situação, o SD PM Valdson solicitou a Fábio barbosa que entregasse a arma na Delegacia de Polícia Civil, momento em que o civil, temendo ser preso, combinou que deixaria a arma na residência do militar. Após, a conversa, o SD PM Valdson comunicou o fato ao Asp oficial Rafael e sua guarnição, que se deslocaram até a residência do referido militar e encontraram a arma de fogo de carga da PMMS, enrolada em um saco plástico e jornal, colocada dentro do tanque de lavar roupas."

Diante desses fatos, o apelante foi denunciado pela prática do crime militar de estelionato por disposição de coisa alheia como própria. Após a instrução processual, sobreveio sentença que o condenou pela prática do crime em questão e a sanção penal respectiva.

Em virtude disso, o condenado interpôs o presente recurso de apelação criminal se insurgindo contra a condenação.

O apelante pelo recurso interposto requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com fundamento no art. 439, "d", do Código de Processo Penal Militar.

Sustenta que teria agido em estado de necessidade (art. 42, I, do Código Penal Militar). Defende que a sua conduta é justificada pela necessidade urgente de medicamento para sua filha que apresentou grave doença alérgica.

Alternativamente, pugna pelo reconhecimento das benesses do art. 253, c/c art. 240, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal Militar (furto atenuado).

Do pedido de absolvição.

Postulou o apelante pela sua absolvição pelo reconhecimento do estado de necessidade.

Sustenta que teria agido em estado de necessidade (art. 42, I, do Código Penal Militar). Defende que a sua conduta é justificada pela necessidade urgente de medicamento para sua filha que apresentou grave doença alérgica que lhe exigiu recursos que não possuía.

O art. 251 do Código Penal Militar trata do crime de estelionato e outras fraudes que prevê *"Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento". Pena – Reclusão, de dois a sete anos.* O § 1º, em seu inciso I, estabelece que *"Nas mesmas penas incorre quem: vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia, coisa alheia como própria;"*

É figura especial de estelionato na modalidade de disposição de coisa alheia como própria. Nesse caso, o agente vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia, coisa alheia como própria.

O objeto jurídico tutelado neste tipo penal militar é o patrimônio. *In casu*, praticado o delito por militar contra o patrimônio sob a administração militar.

Como é elementar, o julgador forma a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório produzido no processo, com a devida fundamentação.

É certo que, como se sabe, o julgador formará a sua convicção pela livre apreciação da prova. É o conhecido sistema da persuasão racional, adotado pelo processo penal brasileiro, que encontra, fundamento no art. 93, IX da Constituição Federal.

Sabe-se que o julgador decide a causa de acordo com o seu livre convencimento, no entanto, deve fundamentá-lo, extraindo a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo, sob o crivo do contraditório.

Verifica-se dos autos que o suporte fático é suficiente para ensejar um juízo condenatório. Os elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, são de forma a evidenciar a materialidade e a autoria do delito.

As provas formam um juízo de certeza acerca da ocorrência do fato. Assim, o conjunto probatório produzido no processo se apresenta suficiente para confirmar a acusação imputada ao apelante.

Nesse particular, bem ponderada a sentença condenatória ao dispor que:

> *"Nesse ponto, colhe-se da denúncia que em data não esclarecida, mas anterior ao dia em que foi preso em flagrante delito (29/05/2012), o denunciado deu em garantia o revólver de carga da PM/MS – acautelado em seu nome – ao civil Fábio Pereira Barbosa a fim de obter deste o empréstimo do valor de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais)".*

Ao ser interrogado judicialmente (f. 115/117), o denunciado confessou a prática do fato delitivo e justificou que assim agiu porque necessitada de dinheiro para custear o tratamento de saúde de sua filha.

As testemunhas Valdson Gomes de Pinho (f. 117/119) e Oscar Leite Ribeiro (f. 119/120) confirmaram a confissão do réu, asseverando que este entregou a referida arma de fogo ao civil Fábio Pereira Barbosa como garantia para um empréstimo.

De igual modo, foi o depoimento judicial (f. 154/158) de Fábio Pereira Barbosa, corroborando a materialidade e a autoria do fato delitivo narrado na denúncia.

Infere, portanto, inconcussamente comprovado que o réu praticou a conduta narrada na exordial acusatória e que esta é típica, pois se enquadra no art. 251, § 1º, inciso I, do CPM, que dispõe que: "*incorre no crime de estelionato, dentre outras condutas, o militar que dá em garantia coisa alheia como própria*."

Com efeito, o apelante sustenta ter agido em estado de necessidade.

O art. 439, "d", do Código de Processo Penal Militar estabelece que:

> *"O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça:*
>
> *(...)*
>
> *d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar);"*

O art. 42 do Código Penal Militar estabelece então que:

> *"Não há crime quando o agente pratica o fato;*
>
> *I – Em estado de necessidade".*

Como bem se sabe, a própria lei penal prevê determinadas causas de exclusão da ilicitude.

O art. 42 do Código Penal Militar estabele não haver crime quando o fato é praticado em estado de necessidade, compreendido este, para efeitos justificantes, conforme o art. 43, que considera em estado de necessidade quem *"pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo"*.

Impede esclarecer que o Código Penal Militar adotou a teoria diferenciadora, prevendo o estado de necessidade exculpante no art. 39, e o justificante no art. 43 acima transcrito.

A doutrina, representada por Coimbra Neves e Marcello Streifinger, enumera os requisitos para o estado de necessidade justificante: [1]

> *"a) perigo de lesão a um bem jurídico que o agente não provocou dolosamente nem podia de outro modo evitar;*
>
> *b) inevitabilidade da lesão ao bem próprio ou de outrem (perigo certo e atual ou iminente);*
>
> *c) conflito entre bens protegidos pela ordem jurídica;*
>
> *d) balanceamento dos bens e deveres em conflito, devendo-se reconhecer a justificação de conduta quando o bem sacrificado for inferior ao bem protegido pela atuação do agente do fato necessário;*
>
> *e) elemento subjetivo do agente, ou seja, o seu agir visando salvar bem ameaçado;*
>
> *f) inexigibilidade de dever do agente em enfrentar o perigo; militares, policiais e bombeiros têm o dever de enfrentar o perigo – dever jurídico de agir - , que deve ser verificado, no caso concreto, se era realmente exigível o sacrifício de bem jurídico do agente, já que o Direito não pode exigir renúncia à vida ou a aceitação de graves lesões à saúde ou ao corpo."*

Diante desse contexto, pode-se concluir que o tratamento médico emergencial da filha do apelante, como hipótese utilizada para justificar a sua conduta criminosa não restou demonstrado.

Não restou comprovado nos autos que o alegado tratamento de saúde da filha do apelante teria sido um perigo atual ou iminente a justificar a sua conduta criminosa.

Consta dos autos somente a alegação do apelante, desprovida de qualquer comprovação, para o que não servem os documentos de fls. 111-113 que evidenciam mero tratamento de saúde, com recibo pelo pagamento desse tratamento, mas não que ensejassem, na época dos fatos, estado de necessidade apto a excluir a ilicitude do fato.

Impende ressaltar ainda que, o apelante também não demonstrou a alegada dificuldade financeira.

Pode-se afirmar ainda que o apelante não demonstrou que o perigo era inevitável por outro modo.

Nesse ponto, o magistrado sentenciante bem fundamentou a não ocorrência do estado de necessidade. Vejamos:

1 COIMBRA NEVES, Cícero Robson. STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**, p. 374.

> *"No tocante a antijuridicidade da conduta, foi sustentado na autodefesa e na defesa técnica que o denunciado agiu em estado de necessidade, sob a alegação de que sua filha menor apresentou grave doença alérgica que lhe exigiu recursos que não possuía ante a severa dificuldade financeira que se encontrava.*
>
> *(...)*
>
> *O tratamento médico de sua filha, ainda que emergencial, por si só não caracteriza estado de necessidade apto a afastar a antijuridicidade de sua conduta,* ***sobretudo porque ele poderia ter entregue qualquer outro bem em garantia, e não a arma de fogo da Instituição Militar a um civil que possui diversas passagens policiais, conforme se vê do seu dossiê confidencial acostado às f. 27/28.*** (grifo meu).
>
> *Ademais, o réu não comprovou qual o perigo certo e atual que ele ou sua filha estava correndo, bem assim se não poderia de outro modo evitar o suposto perigo, pois* ***era possível, por exemplo, realizar um empréstimo bancário – sendo que eventual impossibilidade deveria ser comprovada pelo réu, mas não foi.*** *(grifo meu).*
>
> ***Não se duvida que questões relativas à saúde podem configurar estado necessidade, mas, para isso, deve ficar demonstrado o perigo certo e atual de mal relevante e que não poderia de outro modo ser evitado – situação que, repita-se, não ficou comprovada nos autos."*** (grifo meu).

Desse modo, o pleito absolutório, como formulado pelo apelante, sem elementos concretos a embasá-lo é insuficiente para desconstituir os elementos de provas que deram suporte à condenação.

Ademais, o apelante tem o direito de se defender de maneira ampla das provas coletadas, podendo tentar influir para a produção de provas em seu benefício, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, assim não procedeu, estando a sua tese isolada e em desarmonia com os outros elementos de provas produzidos.

Nesse sentido, a doutrina clássica:

> *"Cabe provar a quem tem interesse de afirmar. A quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos; a quem fornece a exceção, cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas."*[2]

É também o entendimento de NUCCI:

> *"Subjetivamente, o ônus da prova liga-se ao encargo atribuído às partes para demonstrar a veracidade do que alegam, buscando convencer o julgador. Cabe a elas procurar e introduzir no processo as provas encontradas. Como ensina Gustavo Badaró, "O ônus da prova funciona como um estímulo para as partes, visando à produção das provas que possam levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos" (*ônus da prova no processo penal, p. 178-182)."[3]

Do exame de todos os elementos de provas contidos nos autos do processo, como já referido, tenho que a tese apresentada pelo apelante é mera tentativa de se isentar de eventual responsabilização na esfera penal.

Dessa forma, da análise dos autos, conclui-se que deve ser afastado o pleito absolutório.

Do pedido de reconhecimento da incidência das benesses do art. 253, c.c art. 240, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal Militar.

2 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: ed. Saraiva, 2005. P. 273

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2009. p. 156.

Postulou o apelante pelo reconhecimento da incidência das benesses do art. 253, c/c art. 240, §§ 1º e 2º. ambos do Código Penal Militar.

Os artigos em comento estabelecem as condições das formas atenuantes do crimes previstos no art. 251 e seus parágrafos e no art. 252 do Código Penal Militar.

Sendo o agente primário e de pequeno valor a coisa obtida por fraude, é facultado ao juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou considerar a infração como disciplinar (art. 240, § 1º, do CPM). Pode ainda ser atenuada a pena, se o agente, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara a lesão patrimonial, antes de ser instaurada a ação penal (art. 240, § 2º, do CPM).

Nesse ponto, o pleito recursal foi julgado improcedente pelo magistrado sentenciante bem asseverando que:

> *"Também não é possível a aplicação das normas descritas no art. 253 c.c. o art. 240, §§ 1º e 2º, ambos do CPM, que dispõem:*
>
> *Art. 240 (...). § 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.*
>
> *§ 2º A atenuação do parágrafo anterior é igualmente aplicável no caso em que o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal.*
>
> *Art. 253. Nos crimes previstos neste capítulo, aplica-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 240.*
>
> *Tais regras constituem exemplo legal da possibilidade de aplicação no âmbito militar do princípio da insignificância que, por excelência, descaracteriza a tipicidade material, porquanto não revela conteúdo de crime, devendo ser rechaçado apenas no âmbito disciplinar.*
>
> *Conforme o próprio dispositivo prevê, não se trata de norma de aplicação obrigatória, mas, sim, facultativa ("o juiz pode substituir"), que deve ser analisada caso a caso.*
>
> *De acordo com a jurisprudência do Pretório Excelso, o princípio da insignificância – sem considerar, in casu. as vedações existentes para o âmbito militar – só deve ser aplicado quando presentes, cumulativamente, a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, um grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada*[4] *– condições que não são constatadas no caso em apreço."*

E, com base em elementos concretos constantes dos autos, os benesses pretendidas pelo apelante não foram admitidas, as quais, já que bem apontadas, devem ser mantidas, as quais adoto como razões de decidir. Vejamos:

> *"**Isso porque não há como compreender a conduta do réu como de reduzido grau de reprovabilidade e que ela não revelou nenhuma periculosidade social. Pelo contrário, mostra-se extremamente reprovável, haja vista que entregou uma arma de***

4 Precedentes: HC 104403/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ªTurma, DJ de 1/2/2011; HC 104117/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/10/2010; HC 96757/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 4/12/2009; RHC 96813/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/4/2009.

> ***fogo da Corporação Militar como garantia de um empréstimo realizado junto a um civil que ostenta registros criminais***. (grifo meu)
>
> *Além disso, por conta dessa conduta,* ***teve que trabalhar desarmado no Fórum de Jardim/MS, colocando em risco não só a sua própria segurança, mas, sobretudo, a da população local. Esta, em duas vezes, porque quem ficou com a arma de fogo tinha vários registros criminais e poderia usá-la para fins ilícitos*** *e, também, porque teve a sua segurança, de certa forma, prejudicada.* (grifo meu).
>
> *Em poucas palavras, não é possível entender como penalmente irrelevante a conduta de um policial que entrega a um civil a arma de fogo da Instituição Militar que lhe foi acautelada, sobretudo quando esse civil possui passagem policial."*

Tem sido entendido pela doutrina que as formas atenuantes estabelecidas pelos artigos em comento são manifestação legal do princípio da insignificância.

A par disso, impende ressaltar que, a aplicação do princípio da insignificância deve ser criteriosa, observando-se as peculiaridades do caso, após a análise individualizada e atenta de todas as circunstâncias que envolvem o fato delituoso. Nesse sentido, aliás, o julgamento do STF no *Habeas Corpus* nº 102.928.

Na hipótese em tela como já asseverado pelo Magistrado sentenciante, a conduta do réu não pode ser admitida como de reduzido grau de reprovabilidade, eis que entregou uma arma de fogo da Corporação Militar como garantia de um empréstimo realizado junto a um civil que ostenta registros criminais e, ainda, passou a fazer a segurança do Fórum da Comarca de Jardim-MS, desarmado, comprometendo a segurança pessoal dos cidadãos, caso necessário seria a sua atuação por meio de arma de fogo, em razão do sua função e serviço.

Impende ressaltar ainda que a arma de fogo não foi restituída pelo apelante, mas sim apreendida em razão da atuação policial.

Diante desse contexto, ficam afastados os pleitos recursais.

Posto isso, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 28 de julho de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1411105-91.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – AMEAÇA (ART. 147 DO CÓDIGO PENAL) EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRISÃO PELO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA – NECESSIDADE DE GARANTIR A SEGURANÇA E INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍTIMA – ORDEM DENEGADA.

I. A custódia preventiva está calcada nos pressupostos e fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal, mostrando-se adequada diante do desrespeito das medidas protetivas e da contumácia delitiva.

II. Se o paciente deixar de cumprir a cautelar alternativa, termina por desafiar a autoridade estatal, fazendo com que outra medida mais drástica, deva ser adotada.

III. Não se pode abalar a credibilidade da justiça, impondo-se medida cautelar diversa da prisão, por necessidade de crime mais grave, para que o paciente não a cumpra, nem dê qualquer justificativa plausível para tanto. Por isso, preceitua o parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal, como uma causa a mais para que a decretação da preventiva, o descumprimento dessas medidas cautelares

IV. Em havendo fortes indícios de que, em liberdade, o paciente colocará em risco a garantia da ordem pública, a segregação deve ser mantida. 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 o parecer, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de setembro de 2014.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

A Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, impetrou a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de M. V. C., apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 1.ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande/MS.

A impetrante alegou que o paciente foi preso em flagrante no dia 28/08/2014, sendo-lhe imputada a prática de crimes enquadrados como violência doméstica, tendo sido indiciado nos termos do art. 147 CP, em conformidade com a Lei 11.340/2010 (Lei Maria da Penha), estando desde então preso.

Informou que a autoridade apontada como coatora entendeu pela decretação da prisão preventiva do paciente para o fim de garantir a ordem pública e para assegurar o cumprimento de medidas protetivas de urgência.

Salientou que a manutenção do encarceramento não deve persistir visto que não foram obedecidos, no caso em tela, os requisitos legais que pudessem justificar tal segregação, bem como pelo fato que não persistem os motivos que possam justificar a manutenção da prisão preventiva.

Argumentou que para a Lei 11.340/2006, o encarceramento do agressor é a última profilaxia para contê-lo, tanto que os artigos 35, V e 45 deste dispositivo determinam que União, Estados e Municípios devem criar centros de educação e reabilitação para os agressores, para participação dos condenados a programas de recuperação e reeducação.

Argumentou que no caso em comento, apesar da medida protetiva de urgência estar em vigência, a suposta vítima e o paciente já estavam convivendo na mesma residência, com autorização da suposta vítima.

Ponderou que em razão de a pena privativa de liberdade em abstrato descrita no art. 147 do CP não ultrapassar 04 (quatro) anos, tal circunstância, por si só, desautoriza o cabimento da prisão preventiva, conforme dispõe o inciso I, 313 do CPP.

Aduziu, ainda, que o paciente possui os requisitos indispensáveis para obter o benefício de liberdade provisória, assim como não estão presentes os requisitos que autorizam a prisão cautelar.

Assim, em sede de liminar, requereu a concessão da ordem, mediante a expedição do respectivo alvará de soltura. No mérito, postulou pela confirmação dos efeitos da tutela de urgência.

O processo foi instruído com cópia: do inquérito policial (fls. 41- 54), certidão de antecedentes (fls. 55- 56), do Auto de Prisão em Flagrante n.º 0034228-03.2014.8.12.0001 (fls. 57-67).

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva em 01/09/2014 (autos n.º 0034228-03.2014.8.12.0001).

A autoridade apontada como coatora apresentou informações às fls. 77-80.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer (fls. 83-89), opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Trata-se de ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrada pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul em favor de M. V. C., apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 1.ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande/MS.

A impetrante alegou que o paciente foi preso em flagrante no dia 28/08/2014, sendo-lhe imputada a prática de crimes enquadrados como violência doméstica, tendo sido indiciado nos termos do art. 147 CP, em conformidade com a Lei 11.340/2010 (Lei Maria da Penha), estando desde então preso.

Informou que a autoridade apontada como coatora entendeu pela decretação da prisão preventiva do paciente para o fim de garantir a ordem pública e para assegurar o cumprimento de medidas protetivas de urgência.

Salientou que a manutenção do encarceramento não deve persistir visto que não foram obedecidos, no caso em tela, os requisitos legais que pudessem justificar tal segregação, bem como pelo fato que não persistem os motivos que possam justificar a manutenção da prisão preventiva.

Argumentou que para a Lei 11.340/2006, o encarceramento do agressor é a última profilaxia para contê-lo, tanto que os artigos 35, V e 45 deste dispositivo determinam que União, Estados e Municípios devem criar centros de educação e reabilitação para os agressores, para participação dos condenados a programas de recuperação e reeducação.

Argumentou que no caso em comento, apesar da medida protetiva de urgência estar em vigência, a suposta vítima e o paciente já estavam convivendo na mesma residência, com autorização da suposta vítima.

Ponderou que em razão de a pena privativa de liberdade em abstrato descrita no art. 147 do CP não ultrapassar 04 (quatro) anos, tal circunstância, por si só, desautoriza o cabimento da prisão preventiva, conforme dispõe o inciso I, 313 do CPP.

Aduziu, ainda, que o paciente possui os requisitos indispensáveis para obter o benefício de liberdade provisória, assim como não estão presentes os requisitos que autorizam a prisão cautelar.

Assim, em sede de liminar, requereu a concessão da ordem, mediante a expedição do respectivo alvará de soltura. No mérito, postulou pela confirmação dos efeitos da tutela de urgência.

O processo foi instruído com cópia do inquérito policial (fls. 41- 54), certidão de antecedentes (fls. 55- 56), do Auto de prisão em Flagrante n.º 0034228-03.2014.8.12.0001 (fls. 57-67).

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva em 01/09/2014 (autos n.º 0034228-03.2014.8.12.0001).

A autoridade apontada como coatora apresentou informações às fls. 77-80.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer (fls. 83-89), opinou pela denegação da ordem.

São esses fatos, pois, que merecem relevância.

Passo à analise do mérito.

Inicialmente, como é cediço ser garantia fundamental do cidadão a liberdade de locomoção, nos termos do art. 5.º, XV da Constituição Federal.

A privação da liberdade individual, conforme dispõe o art. 5.º, LXI da Constituição Federal, é medida de caráter excepcional, somente podendo ser decretada ou mantida nos casos expressamente previstos em lei, mediante demonstração de imperiosa necessidade ilustrada em fatos concretos, aptos a apontar elementos que desaconselham a manutenção da liberdade do indivíduo.

É certo, também, que a decretação de prisão provisória justifica-se quando presentes o *fumus comissi delicti*, caracterizado pela prova ou elementos de convicção da materialidade do fato e, ao menos, indícios suficientes de autoria, e o *periculum libertatis*, este, consubstanciado na exigência de que a liberdade do acusado acarrete situação de perigo ao normal desenvolvimento do processo.

Preleciona Edilson Mougenot[1] que:

1 Bonfim, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Comentado**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

> *"A prova da existência do crime consiste em haver elementos que demonstrem a materialidade do delito. Os indícios suficientes de autoria constituem elementos idôneos, convincentes, capazes de criar no espírito do juiz a convicção provisória de que o imputado é o autor da infração".*

In caso, em que pese as alegações da impetrante, ausente o alegado constrangimento ilegal a ser sanado por via do remédio heróico, pois não ficou demonstrada qualquer violação aos direitos do paciente, tornando-se inviável o agasalho à pretensão deduzida.

Com efeito, constata-se da decisão de fls. 61-64 dos autos n. 0034228-03.2014.8.12.0001, proferida pelo Magistrado de primeira instância, que:

> *"(...) No caso, verifica-se dos autos e do conjunto probatório, especialmente pelo termo de declaração da vítima e dos depoimentos das testemunhas, que estão presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, bem como evidenciado que as infrações foram praticadas em infringência às disposições da Lei Maria da Penha.*
>
> ***Ao ser ouvida na Delegacia, a vítima C. M. F. declarou, em síntese,*** *que conviveu em união estável com M. V. C. por cerca de oito meses; que a convivência do casal não era harmoniosa, tendo em vista que o autor faz uso de entorpecente, pasta base e bebida alcoólica, motivo pelo qual era* ***muito agressivo, o que motivou a separação do casal acerca de um ano; que o autor não aceitou a separação se tornando ainda mais agressivo e apesar de residir em outra casa, retorna a casa da declarante frequentemente, muitas vezes alterado aparentando ter feito uso de bebida alcoólica ou entorpecente, quando tenta se reconciliar com a mesma e diante de sua recusa passa ameaçá-la de morte e injuriá-la, o que gerou registro de vários boletins de ocorrência em desfavor dele, inclusive possui Medidas Protetivas de Urgência o qual proíbe de se aproximar e de manter contanto com a mesma; que o autor desobedece a determinação judicial referente as Medidas Protetivas; que teme por sua integridade física.***
>
> ***Os policiais militares que atenderam a ocorrência também relatam, em síntese,*** *que em contato com a vítima, observaram e visualizaram que a mesma apresentava lesão recente no braço esquerdo do tipo vermelhidão, causando segundo ela pelo autor que a agarrou no braço;* ***que o conduzido foi surpreendido dentro da residência da vítima descumprindo a decisão judicial; que a vítima disse que possui muito medo do conduzido e que as ameaças são constantes, sendo o mesmo usuário de pasta base; que a vítima esclareceu que não havia reatado o relacionamento e que o conduzido a persegue e invade a residência por não aceitar o fim da relação.***
>
> ***Demonstra-se assim que a ofendida teme por sua segurança pessoal caso o réu seja colocado em liberdade, demonstrando que a soltura representa um risco real a sua vida, integridade física e segurança, uma vez que os elementos constantes dos autos evidenciam ser ele pessoa violenta e dada ao consumo de drogas e de bebidas alcoólicas, além de contar com diversas autuações criminais, notadamente em crimes envolvendo violência doméstica.***
>
> ***Ademais, verifica-se dos antecedentes criminais e em consulta realizada no Sistema de Automação da Justiça-SAJ[2], foi possível constatar que já existe outro procedimento instaurado em desfavor do autuado para apurar práticas de violência doméstica e familiar contra a vítima, o que demonstra sua personalidade voltada para prática delitiva, e, consequentemente, temerária sua soltura.***

2 (...) Ante o exposto, defiro o pedido de medida protetiva de urgência, nos termos do artigo 22, da Lei nº 11.340/2006, consistente:A) no afastamento do requerido do lar comum ficando-lhe autorizado a levar consigo apenas os seus pertences de uso exclusivamente pessoal, assim o fazendo, "*ad cautelam*", na presença do mesmo analista judiciário que cumprir tais diligências (caso residam no mesmo endereço); B) a proibição do requerido de aproximação e contato com a vítima, familiares (com exceção dos filhos) e testemunhas, mantendo deles, a distância mínima de 300 (trezentos) metros, exceto com expressa permissão ... – Autos: 0021140-92.2014.8.12.0001.

(...)

Nesse sentido, a prisão inclusive é uma forma eficaz de evitar que o autuado venha praticar outras infrações penais, haja vista a sua inclinação a condutas delitivas.

Portanto, os pressupostos para a decretação da prisão preventiva estão presentes.

Resta demonstrando nos autos, assim, a necessidade e adequação da decretação da prisão preventiva, para proteção da vítima e em garantia da ordem pública, encontrando-se atendido o princípio da proporcionalidade. (...)" Destaques nossos.

Constata-se que o Juiz *a quo* converteu o flagrante em prisão preventiva do ora paciente, afirmando que, além de presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, despontava a necessidade de proteger a vítima, diante de concretas evidências de ser o mesmo uma pessoa violenta, e principalmente pelo fato de sempre descumprir as determinações judiciais, não respeitando as medidas anteriormente impostas.

Sobre o assunto, deve ser salientado que a prisão preventiva pode ser decretada nos termos do art. 20 da Lei Maria da Penha, desde que presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como ocorre no presente caso, eis que necessária para garantir a ordem pública, que foi abalada pelo descumprimento de ordem legal, além dos riscos da situação à vítima.

Destaco que no caso de crimes envolvendo violência doméstica, o art. 313, inc. III, do CPP, prevê que poderá ser decretada a prisão preventiva, dentre outros motivos, *"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."*

No caso em análise, conforme relatado pelo juízo de primeira instância, há informações de que o paciente desrespeita as medidas protetivas de urgência deferidas em favor da ofendida, que ao invés de efetivamente protegê-la, gera insegurança, eis que ainda que existindo decisão judicial proibindo que se aproxime e mantenha contato, este não a cumpriu, colocando em cheque a credibilidade da justiça.

Tal circunstância evidencia que a única forma de fazer cessar as injúrias e ameaças é mantê-lo no cárcere até o desfecho final deste processo.

Saliento também que não se trata de um incidente isolado na vida do paciente, visto que, após consulta no SIGO, constatou-se que M. V. C. possui em seu desfavor 04 (seis) ocorrências policiais relacionadas à violência doméstica e 1 (uma) relacionada a estupro de vulnerável.

Neste sentido, não se trata de presumir a periculosidade ou o risco de reiteração criminosa por parte do paciente, mas sim de elementos concretos de sua contumácia no descumprimento das determinações judiciais e desafiam as determinações do Poder Judiciário.

Nesse sentido é o entendimento de reiteradas jurisprudências deste E. Tribunal de Justiça:

"E M E N T A – HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRISÃO CAUTELAR – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – ATO TEMERÁRIO – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS IMPOSTAS JUDICIALMENTE – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312, C/C ART. 313, INCISO III, AMBOS DO CPP – DECISÃO FUNDAMENTADA – NECESSIDADE DE SE RESGUARDAR A INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍTIMA, BEM COMO A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – ORDEM DENEGADA. Restando caracterizada, em tese, a violência doméstica prevista na Lei Maria da Penha, demonstrando-se a periculosidade do paciente, que descumpriu as medidas protetivas

que lhe foram impostas, justificada resta a cautela provisória, seja para resguardar a integridade física da ofendida, seja em razão da garantia da ordem pública, de modo que as condições pessoais favoráveis não são suficientes para garantir-lhe a liberdade. Ordem denegada." (Segunda Turma Criminal - *Habeas Corpus* - N. 2011.028155-6/0000-00 - Paranaíba - Relator - Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes - Julgamento: 03/10/2011)"

"EMENTA – HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRISÃO CAUTELAR – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – PACIENTE QUE POSSUI VÁRIOS BOLETINS DE OCORRÊNCIA E PROCESSOS CONTRA A MESMA VÍTIMA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DECRETADA ANTERIORMENTE – NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – IRRELEVÂNCIA DAS CONDIÇÕES PESSOAIS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA. Não merece reparos a decisão que decreta a prisão preventiva do paciente que tem histórico de violência doméstica contra a mesma vítima, tendo inclusive desrespeitado medida protetiva anteriormente decretada. Condições pessoais favoráveis não bastam, por si só, para garantir a liberdade provisória, quando inequivocadamente presentes os pressupostos da prisão preventiva." (Primeira Turma Criminal - *Habeas Corpus* - N. 2011.024558-1/0000-00 - Campo Grande - Relatora - Exma. Sra. Des.ª Marilza Lúcia Fortes - Julgamento: 26/09/2011)"

"EMENTA – HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA CONSUBSTANCIADA NA SEGURANÇA DA INTEGRIDADE FÍSICA E VIDA DA VÍTIMA – PACIENTE QUE APRESENTA REITERAÇÃO DELITIVA EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ORDEM DENEGADA. Acertada está a decisão que indeferiu ao paciente a liberdade provisória e devidamente fundamentada, encontrando amparo nos artigos 312 e 313, III, do CPP, estando calcada em circunstâncias concretas do caso, autorizadoras da medida extrema, pois trata-se da prática, em princípio, de delito de considerável ofensividade jurídica, visto que praticado com séria ameaça à integridade física da pessoa, não existindo motivos suficientes para a sua revogação no presente momento processual. Somado à gravidade concreta do delito, está o risco da reiteração criminosa, pois já responde por outros atos de violência doméstica, havendo descumprido, inclusive, medida protetiva fixada judicialmente." (Primeira Turma Criminal - *Habeas Corpus* - N. 2011.021381-4/0000-00 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos - Julgamento: 15/08/2011)"

Portanto, a medida constritiva de liberdade está alicerçada em dados concretos e de acordo com o que dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal. Isto porque, em que pese a disparidade entre a medida cautelar penal em relação ao provimento final, vez que o encarceramento do agressor é a *ultima ratio*, os crimes de violência doméstica abalam a sensação de segurança indispensável ao cidadão comum, devendo ser mantida a segregação para o fim de garantir a ordem pública e para assegurar o cumprimento das mediada de urgência determinadas pelo juízo de primeira instância.

Vale ressaltar, que para a privação da liberdade em nosso ordenamento jurídico, deve-se demonstrar a concreta e extrema necessidade da prisão cautelar, preenchendo-se os preceitos legais previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, quais sejam *fumus comissi delicti* (materialidade comprovada e fortes indícios de autoria), e *periculum in libertatis,* (garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), bem como respeitadas as hipóteses do art. 313, III, do Código de Processo Penal.

"E M E N T A – HABEAS CORPUS – LESÃO CORPORAL E AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRETENDIDA A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – NÃO POSSÍVEL – EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO – NECESSIDADE DE GARANTIA DA INTEGRIDADE FÍSICA E DA VIDA DA VÍTIMA – PREDISPOSIÇÃO A PRÁTICAS DE DELITOS CONTRA A MULHER – CONDIÇÕES PESSOAIS –

> *IRRELEVANTES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA. Mantém-se a prisão preventiva do paciente, pois devidamente amparada nos requisitos autorizadores da medida (art. 312 e art. 313, inciso III, ambos do CPP), mormente em razão da predisposição a práticas de delitos contra a mulher, pois a vítima já registrou várias ocorrências em desfavor do paciente. Habeas Corpus - Nº 0604927-33.2012.8.12.0000 - Campo Grande/MS Isto porque o ordenamento jurídico pátrio, é garantista e tutela o jus libertatis, pois prevê que os cidadãos, a que se imputa algum delito, serão considerados presumidamente inocentes, até que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória, em razão do conteúdo do art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal.* (1ª Câmara Criminal - Relator – Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa)"

Assim, a prisão cautelar reveste-se da excepcionalidade, sendo admitida em casos extremos, quando na hipótese concreta estejam presente os elementos autorizadores previstos em lei, como se verifica no caso em comento.

Na hipótese em tela, após examinar de forma pormenorizada os fundamentos aventados pela impetrante, não vislumbrei, por ora, no âmbito de um juízo de cognição sumária, a presença dos elementos necessários à concessão da ordem.

Pelo contrário, reconheço estar presente o *fumus comissi delicti,* decorrente da necessidade de se resguardar a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal. Nessa linha, a garantia da ordem pública autorizadora da prisão preventiva prevista no art. 312 do CPP, segundo a doutrina:

> *"É um dos fundamentos (...) consistente na tranquilidade do meio social. Traduz-se na tutela dos superiores bens jurídicos da incolumidade das pessoas e do patrimônio, constituindo-se explícito dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144 da CF/88). Quando tal tranquilidade se vê ameaçada, é possível a decretação da prisão preventiva, a fim de evitar que o agente, solto, continue a delinquir. (...) o STF entende que a necessidade de se prevenir a reprodução de novos crimes é motivação bastante para se prender o acusado ou indiciado, em sede de prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública* (HC 95.118/SP, 94.999/SP, 94.828/SP e 93.913/SC). (BIANCHINI. Alice. Et al. Coord. Luiz Flávio Gomes. Ivan Luíz Marques. Prisão e medidas cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 146).

Diante da materialidade e também pelo desrespeito das medidas protetivas anteriormente impostas ao paciente por determinação judicial, encontra-se plenamente justificada a segregação cautelar do mesmo, para que também sejam evitadas a prática de outras condutas criminosas, preservando, no curso do processo, a ordem pública e a própria vítima que, em casos dessa natureza, não se pode ignorar o risco à integridade da mesma. Portanto, a liberdade provisória não deve ser concedida, por ora, podendo o Magistrado presidente do processo avaliar todas as circunstâncias, no decorrer da instrução, sobre a necessidade de manutenção dessa medida ou não.

É o entendimento doutrinário:

> *"Se o indiciado ou réu deixar de cumprir a cautelar alternativa, termina por desafiar a cautelar alternativa, termina por desafiar a autoridade estatal, fazendo com que outra medida mais drástica, deva ser adotada. Assim ocorrendo, o Juíz, de ofício ou a requerimento do Ministério, do assistente de acusação ou do querelante, pode substituir a medida por outra mais severa, ou aplicar mais uma medida em cumulação, ou, ainda, decretar a prisão preventiva. Sustentamos que, para qualquer situação, em que haja o descumprimento de medida cautelar, o magistrado pode impor a preventiva, mesmo nos casos dos delitos que fujam ao regramento do art. 313, I, do CPP.*
>
> *(...)*

> *O sistema implantado pela Lei 12.403/2011, privilegiando a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão cautelar gera o ônus de fiel seguimento de duas regras. Não se pode abalar a credibilidade da justiça, impondo-se medida cautelar diversa da prisão, por necessidade de crime mais grave, para que o réu não a cumpra, nem dê qualquer justificativa plausível para tanto. Por isso, preceitua o parágrafo único do art. 312 do CPP, como uma causa a mais para que a decretação da preventiva, o descumprimento dessas medidas cautelares*[3] *".*

Sendo assim, ao contrário do alegado pela impetrante, a prisão preventiva do paciente está devidamente justificada e eventuais circunstâncias favoráveis, não são obstáculos para a manutenção da segregação, se presentes os requisitos do art. 312 e 313, inc. III, ambos do Código de Processo Penal, quando restar patente o risco à ordem pública.

Diante do exposto, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a ordem, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 22 de setembro de 2014.

***

3 NETO, Francisco Sannini. Medidas Cautelares diversas da prisão são marco. Revista consultor Jurídico. Disponível em www.conjur.com.Br/2011 – nov-06/medidas-cautelares-diversas-prisão-fortalecem-princípio-constitucional.

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0003149-56.2012.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL - SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO E ESTUPRO – CONSTÂNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL – TIPICIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE CABALMENTE COMPROVADOS – PENA-BASE – REDUZIDA – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INCABÍVEL – CONTINUAÇÃO DELITIVA ENTRE OS ESTUPROS – CONCURSO MATERIAL ENTRE AMBOS OS DELITOS – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Na medida em que o acusado constrangeu a vítima a praticar conjunção carnal e outros atos libidinosos, ocorreu a subsunção da norma prevista no artigo 213 do Código Penal, independentemente de existir relacionamento amoroso entre as partes, até porque a lei não confere imunidade a qualquer dos cônjuges/companheiros.

A materialidade e a autoria restaram suficientemente comprovadas pelas provas produzidas nos autos, notadamente considerando o depoimento da vítima, amparados pelas demais provas carreadas em juízo aos autos.

Cabível a redução da pena-base, quando há circunstâncias judiciais negativas, com motivação inidônea, para exasperar a pena.

Não há se falar em aplicação do princípio da consunção, sob a argumentação de que o sequestro e o cárcere privado tratou-se de crime-meio para a execução do delito de estupro, porque a situação fática dos autos aponta para a existência de desígnios autônomos, não se verificando nexo de dependência entre as referidas condutas. Ademais, o crime de sequestro e cárcere privado, não serve como fase normal de preparação ou execução ou como mero exaurimento do crime de estupro.

Impõe-se a manutenção da continuidade delitiva quanto ao crime previsto no artigo 213, do Código Penal, uma vez que, segundo se vê pela prova dos autos, o réu praticou mais de um abuso sexual com relação a vítima, devendo os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, deve ser punido pela soma das penas privativas de liberdade em que haja incorrido, porque se adota o sistema da acumulação material nesse contexto.

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, 7 de julho de 2014.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por A. A. de O., contra a sentença de f. 133-138, que julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenando o ora apelante, pela prática dos crimes previstos nos artigos 213 e 148, §1º, incisos I e V, ambos do Código Penal, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime fechado.

Em suas razões recursais às f. 217-237, a defesa pugna, em síntese, pela sua absolvição, nos termos do artigo 386, incisos III, V e VII, do Código de Processo Penal, a redução da pena e, por fim, prequestiona súmulas e dispositivo legais.

Em contrarrazões (f. 239-252), o *parquet* requer a manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, em parecer lançado às f. 256-261, opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por A. A. de O., contra a sentença de f. 133-138, que julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenando o ora apelante, pela prática dos crimes previstos nos artigos 213 e 148, §1º, incisos I e V, ambos do Código Penal, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime fechado.

Postula, em síntese, pela sua absolvição, nos termos do artigo 386, incisos III, V e VII, do Código de Processo Penal, a redução da pena e, por fim, prequestiona súmulas e dispositivo legais.

Narra a denúncia (f. 02-05), os fatos a seguir expostos:

> *"(...) 1. No dia 24 de setembro de 2012, na residência da vítima localizada na zona rural do município de Paranaíba-MS, A. A. de O. seqüestrou sua convivente, ora vítima S. O. S. S., privando-a de sua liberdade e obrigando-a a viajar com ele contra a sua vontade.*
>
> *2. No dia 26 de setembro de 2012, no Hotel dos Viajantes, localizado no Setor Rodoviário, nesta cidade de Cassilândia, A. A. de O. privou a liberdade de sua companheira, mantendo-a em cárcere privado com fins libidinosos.*
>
> *3. Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar,* A. A. de O. *constrangeu a vítima S. O. S. S., mediante grave ameaça, a ter com ele conjunção carnal.*
>
> *O denunciado e a vítima conviviam em união estável há cerca de um mês e, após um início de convivência pacífica, o denunciado começou a frequentemente ameaçar a vítima.*
>
> *No dia 24 de setembro, após uma discussão com o irmão da vítima E. O. S., o denunciado obrigou a vítima a entrar em seu veículo e seqüestrou-a. O irmão da vítima ainda tentou impedir que o denunciado levasse a vítima, jogando uma pedra contra o carro, quebrando um dos vidros, mas não conseguiu.*

Em seguida, o denunciado obrigou a vítima a viajar com ele até o município de Inocência-MS, mantendo-a em constante estado de ameaça, portando uma faca. Naquele município, em uma estrada de terra não identificada, o denunciado obrigou a vítima a limpar os cacos de vidro do carro e, em seguida, obrigou-a a despir-se e a ter com ele conjunção carnal, mediante grave ameaça.

De posse da faca, o denunciado dizia à vítima que se ela fugisse, iria picá-la todinha com a faca, matá-la e matar toda sua família, pois era um homem perigoso e amigo de pessoas perigosas em Paranaíba (f. 21/24). Denunciado e vítima pernoitaram no próprio carro, naquele local. Temendo por sua vida, a vítima obedeceu o denunciado.

No dia seguinte, mantendo a vítima em cárcere, o denunciado, obrigou-a a viajar com ele para cidade de Águas Claras-MS e ali, manteve-a em cárcere privado num hotel, novamente obrigando-a, mediante grave ameaça, a ter com ele conjunção carnal.

No outro dia, o denunciado, ainda mantendo a vítima em cárcere, obrigou-a a viajar com ele passando pelas cidades de Campo Grande-MS, Camapuã-MS, Paraíso das Águas-MS e Chapadão do Sul-MS, trazendo-a para a cidade de Cassilândia.

Nesta cidade, o denunciado manteve a vítima em cárcere privado em um quarto do Hotel dos Viajantes , contra a vontade dela, impedindo-a de retornar à sua cidade e de manter contato com seus familiares, mediante ameaça de morte, fazendo uso da faca.

Além disso, o denunciado por diversas vezes constrangeu a vítima a ter com ele conjunção carnal mediante grave ameaça, ameaçando-a com uma faca.

No dia 26 de setembro de 2012, o denunciado permitiu o contato telefônico da vítima com sua irmã I. O. S., utilizando-se de um telefone público localizado na Rodoviária local. Porém, mediante ameaças de morte, obrigou a vítima a dizer que estava bem e a omitir o local em que se encontravam.

Nesse dia, mais uma vez, o denunciado constrangeu a vítima a ter com ele conjunção carnal mediante grave ameaça, ameaçando-a com a faca e dizendo que iria matar sua família.(...)"

A defesa pugna pela absolvição do recorrente, por atipicidade da conduta, inexistência de prova de que o réu tenha concorrido para a infração e/ou por insuficiência de provas.

Todavia, não lhe assiste razão.

Primeiro, porquanto a conduta é típica, haja vista que a existência de relacionamento amoroso entre acusado e vítima não representa óbice à prática do delito em questão.

O artigo 213, do Código Penal traz como núcleo do tipo o verbo "constranger" – no sentido de fazer ou não fazer algo – e, como elemento especializante, a violência ou grave ameaça como forma de viabilizar o constrangimento à conjunção carnal ou a outro ato libidinoso.

Neste contexto, na medida em que o acusado constrangeu a vítima a praticar conjunção carnal e outro ato libidinoso, ocorreu a subsunção da norma prevista no dispositivo supracitado, independentemente de existir, ou não, relacionamento amoroso entre as partes, até porque a lei não confere imunidade a qualquer dos cônjuges/companheiros.

Nesse diapasão, é o recentíssimos julgado:

> *"ESTUPRO. CONSTÂNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. TIPICIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. 1 - Na medida em que o acusado constrangeu a vítima a praticar conjunção carnal, ocorreu a subsunção da norma prevista no art. 213 do Código Penal, independentemente de existir - Ou não - Relacionamento amoroso entre as partes, até porque a Lei não confere imunidade a qualquer dos cônjuges/companheiros. 2 - Pena reduzida na forma requerida pelo ministério público atuante neste grau de jurisdição. Apelo defensivo parcialmente provido.* (TJRS; ACr 426467-87.2013.8.21.7000; Sarandi; Quinta Câmara Criminal; Rel. Des. Francesco Conti; Julg. 18/12/2013; DJERS 14/02/2014)"
>
> *(...)*

Segundo, porque as provas colhidas ao longo da instrução são firmes, concretas e inquestionáveis a apontar o réu como autor dos delitos descritos na denúncia, não havendo que se falar, portanto, na aplicação do princípio *in dubio pro reo.*

Compulsando-se os autos, constata-se que a materialidade dos delitos vem positivada no auto de prisão em flagrante (f. 12-34), boletim de ocorrência (f. 41-43), auto de exibição e apreensão (f. 44), auto de reconhecimento de objeto (f. 53), laudo pericial (f. 72-77) e na prova oral colhida ao longo deste caderno processual.

Em todas as ocasiões em que foi ouvido, o réu negou a prática da conduta delitiva (f. 33-34 e 139). Em que pese a negativa do réu, os demais elementos coligidos ao feito atestam, com veemência, a prática dos crimes narrados na peça acusatória.

Na fase inquisitorial, a vítima S. O. S. S. (f. 25-28) relata com riqueza de detalhes os fatos narrados na peça acusatória.

Ao contrário do ponderado pela defesa, a vítima além de ser ouvida em juízo, ratifica as suas declarações, inclusive declarando que não convive mais com o acusado (f. 146)

Os policiais que participaram das diligências Nilson Braga de Oliveira (f. 133) e Gustavo Santana Proença (f. 139), ponderam que a vítima contava os fatos em pranto e demonstrava muito medo. O primeiro, ainda, aduz que a faca foi encontrada no quarto, bem como que a vítima só tinha a roupa do corpo, tudo demonstrando o delito de sequestro.

Corroborando as versões apresentadas pela vítima, são os termos de depoimentos dos irmãos da vítima E. O. S., I. O. S. e de seu filho P. V. O. S. (f. 146).

Some-se a isso, o laudo de exame de corpo de delito (f. 72-77) concluiu que houve a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal e, ainda, conjunção carnal.

Importante esclarecer inexistirem razões aptas a desvalorizar a declaração prestada pela vítima, tampouco capazes de gerar desconfiança quanto à veracidade das narrativas prestadas pela mesma. Não havendo, pois, qualquer motivo para acreditar em eventual atribuição falsa de crimes, considerando-se que a parte ofendida pretende tão somente que o Estado esclareça as circunstâncias em que ocorreram os fatos delituosos, com a devida retribuição penal àquele que realiza um injusto, e não acusar pessoas inocentes.

Ainda mais, como na espécie, em delitos que privam a liberdade pessoal e atentam contra a dignidade sexual da ofendida, a palavra desta é de suma importância para esclarecimento dos fatos.

Cumpre ainda observar que em relação aos crimes imputados ao apelante, praticados sem a presença de testemunhas, as declarações da vítima têm relevante valor probante, não podendo, pois, ser desprezada,

salvo se provado de modo cabal e incontroverso ter havido equívoco ou ter faltado com a verdade, o que não se constata na hipótese dos autos.

Com, efeito, dada a clandestinidade das infrações, pode ser a prova testemunhal a principal prova, senão a única, de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade penal de acusados, devendo prevalecer quando segura, coesa, verossímil e não desconstituída, mas confirmada pelos demais elementos de prova. E foi exatamente isso que ocorreu no caso concreto.

Assim, rechaça-se qualquer tese que vise desabonar a palavra da ofendida, notadamente porque em crimes como estes ora examinados, na maioria das vezes cometidos com intensa carga de intimidação e às ocultas, quem está a sofrer privação de sua liberdade individual e os atos libidinosos contra sua vontade, mediante violência ou grave ameaça, possui condições de, indubitavelmente, reconhecer seu algoz.

Na hipótese, não apenas a palavra da vítima acarretou na prolatação da sentença condenatória, mas também, o conjunto probatório existente no processo não deixam dúvidas acerca da autoria dos delitos em questão.

Neste sentido, ilustra a jurisprudência da egrégia Corte Superior de Justiça:

> *"(...) 1. '... a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios'* (HC 47212/MT, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ de 13.3.06). (...)." (REsp 401028/MA, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 22.3.2010).

> *"(...) I - A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que nestes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios (Precedentes). (...)."* (HC 135972/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 7.12.2009).

Portanto, comprovadas a autoria e materialidade do delito pelo arcabouço probatório constante do caderno processual, não há se falar em absolvição por atipicidade da conduta, por inexistência de prova de que o réu tenha concorrido para a infração e/ou por insuficiência de provas.

O pleito de aplicação do princípio da consunção, sob a argumentação de que o sequestro e o cárcere privado tratou-se de crime-meio para a execução do delito de estupro, razão pela qual aquele delito ser absorvido, também não deve ser acolhido, porque a situação fática dos autos aponta para a existência de desígnios autônomos.

Afere-se do caderno processual que os crimes pelos quais o réu foi condenado foram praticados em situações e contextos diversos, não se verificando nexo de dependência entre as referidas condutas.

Ademais, o crime de sequestro e cárcere privado, não serve como fase normal de preparação ou execução ou como mero exaurimento do crime de estupro.

No escólio de Fernando de Capez[1]:

> *"(...) Conceito de consunção: é o princípio segundo o qual um fato mais amplo e mais grave consome, isto é, absorve, outros fatos menos amplos e graves, que funcionam como fase normal de preparação ou execução ou como mero exaurimento. Costuma-se dizer: 'o peixão (fato mais abrangente) engole os peixinhos (fatos que integram aquele como sua parte)'".*

1 *in* **Curso de Direito Penal**, Editora Saraiva, Volume 1, 9ª Edição revista e atualizada, 2005, p. 73.

Portanto, na hipótese, além de não ser caso de aplicação do princípio da consunção, agiu com acerto a juízo *a quo* ao aplicar o concurso material entre os crimes de sequestro e cárcere privado e estupro.

Ensina Guilherme de Souza Nucci[2]:

> *"(...) quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, deve ser punido pela soma das penas privativas de liberdade em que haja incorrido, porque se adota o sistema de acumulação material nesse contexto (...)"*

No que tange à alegada inadequação da pena-base, assiste razão em parte ao ora apelante.

Transcreve-se, para melhor análise da questão sub examine, trecho da sentença condenatória relativo à primeira etapa da dosimetria, *in verbis* (f. 190-202):

> *"(...) 1.a) Do crime do art. 213, do Código Penal - por três vezes*
>
> *Em análise às circunstâncias judiciais, considero normal a culpabilidade do réu, sem profissionalismo. O réu, contudo, registra antecedentes (certidões de fls. 186-188), inclusive relacionados à violência doméstica e estupro. No que tange à sua conduta social e personalidade, nada há nos autos que justifique aumento de pena base. Quanto aos motivos do crime, nada há. No que tange às circunstâncias e conseqüências do crime, a vítima narra que segue com medo, não conseguindo ficar em sua casa, demonstrando que o fato lhe trouxe consequencias psicológicas de difícil reversão.*
>
> *Pelas razões expostas, fixo a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão.*
>
> *Não há agravantes ou atenuantes.*
>
> *Não há causa de aumento ou de diminuição da pena.*
>
> *Torno, portanto, definitiva a pena deste crime em 08 (oito) anos de reclusão. Como foram três estupros, aumento a pena em metade, ficando em 12 anos de reclusão.*
>
> *1.b) Crime do art. 148, §1.º, I, do Código Penal*
>
> *Em análise às circunstâncias judiciais, considero normal a culpabilidade do réu, que registra antecedentes (certidões de fls. 186-188). No que tange à sua conduta social e personalidade, nada há nos autos que justifique aumento de pena base. Quanto aos motivos do crime, nada há, porque já serviram de qualificadora. No que tange às circunstâncias e conseqüências do crime, enseja aumento de pena o trauma sofrido pela vítima, que encontra-se em constante estado de alarme, temerosa da soltura do réu, o que denota a gravidade dos atos praticados, e graves consequencias psicológicas suportadas pela vítima. Por fim, o comportamento da vítima foi o normal.*
>
> *Pelas razões expostas, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.*
>
> *Como agravante, a outra qualificadora, razão pela qual aumento a pena para três anos. Não há atenuantes.*
>
> *Não há causas de aumento, nem causas de diminuição.*
>
> *Torno, portanto, definitiva a pena deste crime em 03 (três) anos de reclusão.*
>
> *Em aplicação ao art. 69, do Código Penal, o total da pena a ser cumprida por este réu é de 15 (quinze) anos de reclusão.(...)"*

2 *in* **Código penal Comentado**, Editora Revista dos Tribunais, 11ª Edição, revista atualizada e ampliada, 2012, p. 484.

Na aplicação da pena-base foram considerados desfavoráveis ao apelante, em ambos os delitos, os antecedentes criminais, a circunstância e as consequências do crime.

Quanto aos antecedentes, devem ser decotados de ambos os fatos típicos, porque se observa das certidões criminais acostadas no caderno processual inexistirem condenações com trânsito em julgado.

Nos termos do verbete sumular nº 444, do Superior Tribunal de Justiça, "*É vedada a utilização de inquérito policiais e ações em curso para agravar a pena-base*."

Quanto às circunstâncias e consequências do crime de estupro, entendo que a última deve ser mantida, porque existem elementos concretos dos autos que apontam para a desfavorabilidade da aludida circunstância judicial, em razão do abalo psicológico demonstrado pela vítima, pois ouvida em juízo, mencionou que "*segue com medo, não conseguindo ficar na sua casa, demonstrando que o fato lhe trouxe consequências psicológicas de difícil reversão*."

Pertinente ao crime de sequestro e cárcere privado, também devem ser mantidas as circunstâncias e consequência, pois aplicada em conformidade, e motivada pela magistrada *a quo*, respeitando, assim, os ditames constitucionais.

Logo, reduzo a pena-base do crime de estupro para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e o crime de sequestro e cárcere privado para 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

Verifica-se, ademais, que quanto ao crime previsto no artigo 213, do CP, mais uma vez agiu de forma acertada a magistrada quando utilizou a continuidade delitiva, uma vez que restou devidamente comprovado no caderno processual que o réu praticou três estupros contra a mesma vítima.

Desta forma, resta a pena definitiva quanto ao crime de estupro em 10 (dez) anos de reclusão, bem como concernente ao crime de sequestro e cárcere privado em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Em aplicação ao artigo 69, do Código Penal, o total da pena a ser cumprida pelo recorrente é de 12 (doze) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Diante do exposto, em parte com o parecer ministerial, julgo parcialmente procedente o recurso da defesa, apenas para reduzir a pena-base, nos termos da fundamentação.

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. 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, 07 de julho de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1403823-02.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIMES DE TRÂNSITO – ARTIGOS 303 E 306 DO CTB – PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA AJUIZAMENTO E PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL – LIMINAR RATIFICADA – ORDEM CONCEDIDA.

Ante o constrangimento derivado do ajuizamento e prosseguimento da ação penal, sem justa causa, cabível o pedido de trancamento da ação penal, por estarem presentes as hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal pela via eleita.

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, 30 de junho de 2014.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

O advogado Adriano Martins da Silva impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Ricardo Maurício dos Santos apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Narra que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 303 e 306, ambos da Lei n.9.503/1997 CTB, c/c o art. 69 do Código Penal e a denúncia fora recebida pelo juízo *a quo,* porém inexiste justa causa para a persecução penal.

Assevera, em síntese, que a denúncia não preencheu os requisitos estabelecidos no art. 41 do CPP, pois a conduta prevista no artigo 306 do CTB é atípica, porquanto o paciente foi flagrado dormindo no interior do veículo e em relação ao delito previsto no artigo 303 do CTB, a denúncia sequer narra os fatos como realmente aconteceram, devendo ser trancada a ação penal.

Requer liminarmente o sobrestamento do curso da ação penal, (0010329-73.2014.8.12.0001), em trâmite na 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, até o julgamento final deste procedimento. No mérito, o trancamento da ação penal, por manifesta falta de justa causa.

Decisão, às f. 87-88, não conhecendo do *habeas corpus*, ante a supressão de instância.

Sobreveio agravo regimental, que foi provido pela e. Segunda Câmara Criminal para o fim de determinar o exame do *writ*.

Os autos vieram redistribuídos, ao substituto legal, em razão das férias deste relator, sendo a liminar deferida, às f. 101-104.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 107-108.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f.111-113, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

O advogado Adriano Martins da Silva impetra ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Ricardo Maurício dos Santos apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Narra que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 303 e 306, ambos da Lei n.9.503/1997 CTB, c/c o art. 69 do Código Penal e a denúncia fora recebida pelo juízo *a quo,* porém inexiste justa causa para a persecução penal.

Assevera, em síntese, que a denúncia não preencheu os requisitos estabelecidos no art. 41 do CPP, pois a conduta prevista no artigo 306 do CTB é atípica, porquanto o paciente foi flagrado dormindo no interior do veículo e em relação ao delito previsto no artigo 303 do CTB, a denúncia sequer narra os fatos como realmente aconteceram , devendo ser trancada a ação penal.

Segundo narram os autos, o paciente foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 303 e 306, ambos da Lei n. 9.503/1997 CTB, *in verbis :*

> *"Consta do incluso I. P. n. 6017/2013, que no dia 23 de fevereiro de 2013, por volta das 23h 23min, na rua Antônio Maria Coelho, Bairro Santa Fé, dentro do Parque das Nações Indígenas, nesta capital, o denunciado Ricardo Maurício dos Santos Foi preso em flagrante conduzindo o veículo automotor VW/AMAROK, placas ERC-7531, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, cuja concentração, por litro de sangue, era superior a 0,83/L dg (seis decigramas por Litro), cf. Teste de Alcoolemia de fl. 18.*
>
> *Consta dos autos que no dia, hora e local dos fatos o denunciado estava dormindo dentro do interior do seu veículo VW/AMAROK, placas ERC-7531, com o mesmo ligado, mas parado, em frente à guarita policial que dá acesso a rua Antônio Maria Coelho, momento em que alguns Policias Militares abordaram o denunciado, passando a chamar por este do lado de fora do veículo, entretanto, o denunciado não acordou, tendo o policial militar que abrir a porta do carro para que este acordasse.*
>
> *Depreende-se dos autos que, no momento em que o denunciado acordou ao ser abordado pelos policiais militares, este tirou o pé do freio, fazendo com que seu veículo VW/AMAROK, placas ERC-7531 descesse e atingi-se a vítima PM Marcelo Martins de Souza fazendo com que este ficasse prensado em uma árvore, vindo a sofrer lesões corporais.*
>
> *Por fim, a vítima PM Ronaldo de Souza Dias acionou apoio de uma guarnição da polícia militar, que de imediato compareceu ao local dos fatos e encaminhou esta para a Santa Casa de Campo Grande - MS, tendo a vítima sofrido apenas lesões corporais de natureza leve."*

Segundo a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de justiça,:

> *"a extinção de ação penal de forma prematura somente se dá em hipóteses excepcionais, quando (a) o fato narrado não configurar crime em tese; (b) ausentes indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) por qualquer causa, a punibilidade estiver extinta".* (STF: HC no 115.701/pe, HC no 112.957/sp; STJ: RHC no 36.706/sp, RHC no 28.827/mt)" (TRF 5ª R.; HC 0000192-63.2014.4.05.0000; PE; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Fernando Braga; DEJF 10/02/2014; Pág. 88)

Com efeito, a ordem deve ser concedida sob os próprios fundamentos fáticos e jurídicos expostos quando da concessão da liminar, senão, vejamos:

> *(...) basta a leitura da inicial acusatória para perceber que a tese de falta de justa causa esposada pelo impetrante é absolutamente plausível.*

Nessa via, a conduta típica prevista no artigo 306 do CTB exige a condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

In casu, como visto, o paciente "*estava dormindo dentro do interior do seu veículo VW/AMAROK, placas ERC-7531, com o mesmo ligado, mas parado, em frente à guarita policial que dá acesso a rua Antônio Maria Coelho".* Assim, é nítido que a conduta não se amolda ao tipo legal imputado, pois o paciente não estava conduzindo o veículo, mas sim dormindo neste, o que não é crime.

Demais disso, sabe-se que o mencionado tipo legal visa tutelar a incolumidade pública, no que tange à segurança no tráfego de veículos. Ora, o fato de o paciente estar dormindo num veículo ligado, mas parado, não criou um risco, relevante e juridicamente proibido, ao bem jurídico tutelado, ainda que o mesmo eventualmente estivesse embriagado.

Por sua vez, o delito previsto no artigo 303 do CTB envolve lesão corporal de natureza culposa. E a culpa advém da falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude.

Como visto, o paciente encontrava-se dormindo em sua caminhonete, que estava ligada, mas parada. Ao ser surpreendido pela autoridade policial, despertou e instintivamente "*tirou o pé do freio"*. Logo, a conduta foi causada pela surpresa provocada pela abordagem policial, e não por inobservância ao dever objetivo de cuidado que, segundo José de Aguiar Dias é *"a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude."* (Da Responsabilidade Civil, vol. 1, p. 143, Forense, 8ª edição)".

Portanto, ante o constrangimento derivado do ajuizamento e prosseguimento da ação penal, sem justa causa, cabível o pedido de trancamento da ação penal, por estarem presentes as hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal pela via eleita.

Quanto ao prequestionamento aventado tenho que a matéria foi amplamente debatida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

Face ao exposto, contra o parecer, confirmo a liminar e concedo a ordem a fim de trancar a ação penal n. 0010329-73.2014.8.12.0001, em trâmite na 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande promovida contra Ricardo Maurício dos Santos.

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. 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, 30 de junho de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1407115-92.2014.8.12.0000 - Terenos
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – DECISÃO FUNDADA NO MERO TRANSCURSO DO TEMPO – NÃO DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DO CARÁTER DE URGÊNCIA – SÚMULA 455 DO STJ – ORDEM CONCEDIDA.

A produção antecipada de provas, nos termos da Súmula 455 do STJ, exige risco concreto de perecimento destas, não bastando como fundamento o mero transcurso do tempo e a possibilidade de esquecimento pelas testemunhas.

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, 30 de junho de 2014.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Gualter Pedreira Costa**,** apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Terenos.

Sustenta, em apertada síntese, que o paciente foi denunciado pelas infrações penais previstas no art. 309 do CTB e art. 330 e 307, ambos do Código Penal, crimes supostamente praticados em 14.01.2010, sendo determinada sua citação por edital, uma vez que se encontrava em local incerto e não sabido.

Escoado o prazo do edital e não tendo comparecido em juízo, nos termos do art 366 do CPP, o processo foi suspenso e designada audiência para antecipação de prova, o que configura constrangimento ilegal, ante a ausência de motivação concreta para tal.

Assevera que a realização da audiência antecipada acarretará prejuízos irreparáveis ao paciente, por ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Liminar indeferida, às f. 100-101.

Informações da autoridade apontada como coatora dispensadas.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f.105-111, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual, em favor do paciente Gualter Pedreira Costa, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Terenos.

Sustenta, em apertada síntese, que o paciente foi denunciado pelas infrações penais previstas no art. 309 do CTB e art. 330 e 307, ambos do Código Penal, crimes supostamente praticados em 14.01.2010, sendo determinada sua citação por edital, uma vez que se econtrava em local incerto e não sabido.

Escoado o prazo do edital e não tendo comparecido em juízo, nos termos do art 366 do CPP, o processo foi suspenso e designada audiência para antecipação de prova, o que configura constrangimento ilegal, ante a ausência de motivação concreta para tal.

Assevera que a realização da audiência antecipada acarretará prejuízos irreparáveis ao paciente, por ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

A ordem deve ser concedida.

Consta dos autos que no dia 14.01.2010 o paciente foi flagrado conduzindo veículo automotor sem habilitação ou permissão, gerando perigo de dano e na mesma data desobedeceu a ordem legal de policial rodoviário federal, bem como se identificou falsamente.

Oferecida a denúncia em 20.8.2010 (f.07-08), esta foi recebida em 01.9.2010 (f.35), sendo que o paciente foi citado por edital, por não ter sido localizado (f.85-86) e quedou-se silente, razão pela qual o Ministério Público Estadual requereu a suspensão do processo e do curso prescricional, bem como a oitiva das testemunhas, a fim de evitar perecimento das provas (f.89), o que foi deferido pela autoridade apontada como coatora (f. 90).

Observa-se que o cerne da questão é o constrangimento ilegal ocasionado pela antecipação de provas determinada pela autoridade apontada como coatora, em atendimento ao pedido formulado pelo Ministério Público Estadual, nos seguintes termos, *in verbis*, f. 25:

> *" (...) tendo em vista o tempo transcorrido desde o cometimento do episódio narrado na peça acusatória até o presente momento, DEFIRO a produção das provas requeridas pelo parquet, pois o risco de perdê-las com o possível esquecimento dos fatos pelas testemunhas é razoável, o que torna a medida, a meu ver, urgente, a fim de garantir, em última análise, o resultado útil da demanda no futuro, para tanto expeça-se carta precatória para oitiva das testemunhas, haja vista que todas residem na Capital. A defesa do acusado será patrocinada pela Defensoria Pública, a qual fica desde logo nomeada para o ato. Às providências ".*

Como o paciente não foi localizado para citação pessoal, fora citado via edital e quedou-se silente, em regra aplica-se o artigo 366, do Código de Processo Penal, que dispõe: "*Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o Juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no artigo 312*". (Redação dada ao *caput* pela Lei nº 9.271, de 17.04.1996, DOU 18.04.1996)".

O referido artigo traz duas previsões, nos casos em que o réu é revel : a) a suspensão do processo, ante a aplicação do princípio *audiatur et altera pars,* para que o réu não seja prejudicado e nem a ampla

defesa tolhida, restando consequentemente suspenso o prazo prescricional, para que a sociedade não seja prejudicada; b) a possibilidade da antecipação de provas tidas como urgentes , diante das peculiaridades do caso concreto.

A questão trazida à baila refere-se à possibilidade ou não de ouvir de forma antecipada as testemunhas, a fim de evitar que a passagem do tempo faça perder a memória dos fatos.

A jurisprudência unânime já apontou que o transcurso do tempo não é justificativa idônea para a antecipação de provas sem a presença do acusado, pois todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, conforme artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e a urgência das provas deve ser baseada na impossibilidade de sua produção no futuro, o que sequer foi levado em conta pela autoridade apontada como coatora.

Tenho ainda que a antecipação da prova testemunhal deve encontrar arrimo no artigo 225, do Código de Processo Penal, que estabelece que: " Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento", ou ainda, escorada em outra justificativa idônea, como, v.g., a mudança para outra localidade, de modo a tornar o processo moroso.

É que, de acordo com Guilherme de souza Nucci[1] , *" não se deve banalizar o disposto neste artigo, crendo ser regra o que vem a ser exceção. Somente as provas realmente perecíveis precisam ser efetivadas na ausência do réu, ainda que lhe seja nomeado defensor dativo."*

Ressalte-se ainda, que, conforme trecho do voto da Ministra Laurita Vaz, do STJ, proferido no julgamento do RHC 25708/MG : "a afirmação de que a passagem do tempo propicia um inevitável esquecimento dos fatos, se considerada como verdade absoluta, implicaria a obrigatoriedade da produção antecipada da prova testemunhal em todos os casos de suspensão do processo, na medida em que seria reputada de antemão e inexoravelmente de caráter urgente, retirando do Juiz a possibilidade de avaliá-la no caso concreto. Não parece ser esse o espírito da Lei Processual Penal".

Aliás, a Súmula 455 do STJ estabelece que: *A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.*

Por oportuno:

> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU REVEL. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO LAPSO PRESCRICIONAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL. MERO DECURSO DO TEMPO. JUSTIFICATIVA INSUFICIENTE. DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DA NECESSIDADE. SÚMULA Nº 455/STJ. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de Recurso Especial. 2. Nos termos do entendimento pacífico desta corte, cristalizado na Súmula nº 455, a produção antecipada de provas, com base no art. 366 do código de processo penal, deve ser concretamente fundamentada, não bastando a mera alegação de que o decurso do tempo poderá levar as testemunhas ao esquecimento. In casu, é imperioso ter em consideração que, passados quase cinco anos entre os fatos (objeto da prova) e a*

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5ed.São Paulo. Editora dos Tribunais, 2006, p, 653/654.

determinação, pelo tribunal a quo, de produção antecipada da prova testemunhal, por certo desaparece a urgência da medida de exceção que, por isso, é ilegal. Ademais, o fato de que duas das três testemunhas são policiais militares, por si só, não autoriza que se excepcione o verbete sumular referido. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a colheita antecipada de provas realizada, com o desentranhamento de tais elementos dos autos. (STJ; HC 218.485; Proc. 2011/0219302-0; SP; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza Assis Moura; DJE 08/05/2014)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Exame excepcional que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 2. Furto qualificado. Produção antecipada de prova. Oitiva de testemunhas. Ausência de demonstração da necessidade. Indeferimento. Incidência da Súmula nº 455/STJ. 3. Ordem não conhecida. Concessão de habeas corpus de ofício. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no código de processo penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente. A ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício., evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. 2. "a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. " (enunciado n. 445/STJ). 3. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício para determinar que se realize a produção da prova oral na presença do réu. (STJ; HC 280.206; Proc. 2013/0352306-4; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; DJE 05/05/2014)

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. LESÕES CORPORAIS, AMEAÇA E DESOBEDIÊNCIA. CITAÇÃO EDITALÍCIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO (ART. 366 DO CPP). PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990. Entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de justiça, que não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. 2. Segundo a jurisprudência consolidada nesta corte, a produção antecipada de provas pressupõe a existência de risco concreto de perecimento das informações necessárias ao êxito da persecução penal, mas, no caso, o juiz de primeiro grau não apontou, objetivamente, as razões pelas quais determinou a produção antecipada de provas, sendo certo que o mero decurso do tempo não é fundamento idôneo, conforme inteligência da Súmula nº 455/STJ. 3. Diante disso, revela-se adequado o reconhecimento da nulidade da sentença, devendo ser renovada a prova antecipada indevidamente. Porém, em razão da vedação à reformatio in pejus indireta, não poderão ser aumentadas as penas fixadas na sentença anulada, verificando-se já ter transcorrido lapso suficiente para a extinção da punibilidade do paciente pela prescrição. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida para anular a decisão que deferiu a produção antecipada de provas, bem como todos os atos processuais dela decorrentes, e, por conseguinte, reconhecer a extinção da punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva. (STJ; HC 170.956; Proc. 2010/0078455-4; DF; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 02/04/2014)

Ante o exposto, contra o parecer, concedo a ordem para anular a decisão que deferiu a produção antecipada de provas, bem como todos os atos processuais dela decorrentes.

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. 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, 30 de junho de 2014.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0007931-90.2013.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – CORRUPÇÃO DE MENORES – CRIME FORMAL – MENOR ANTERIORMENTE CORROMPIDO – IRRELEVÂNCIA – PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE COMPROVADA – DELITO CONSUMADO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Em consonância com o pacificado entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, consolidado na Súmula n.º 500 deste último, o crime de corrupção de menores é formal, prescindindo de prova da efetiva corrupção do inimputável à prática delitiva ou de sua idoneidade moral.

Basta para tal crime a participação do menor em delito na companhia de imputável ou que este induza aquele a praticá-lo, pois a *mens legis* da norma é proteger a integridade moral do jovem, possibilitar sua recuperação e reinserção na sociedade, bem como a preservação dos padrões éticos desta.

Com o parecer, recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, improver os Embargos Infringentes, nos termos do voto da relatora, vencido o 5º vogal. Ausente, justificadamente, o Desembargador Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 9 de setembro de 2014.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Adriano Rodrigues Romeu Armoa interpôs Embargos Infringentes em face do acórdão não unânime, proferido nos autos de apelação criminal n. 0007931-90.2013 (fls. 195-203), pela 2ª Câmara Criminal que, por maioria, negou provimento ao recurso interposto pela defesa, mantendo sua condenação à pena de 06 (seis) anos e 02 (dois) meses de reclusão em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa, pela prática dos delitos de roubo e corrupção de menores, em concurso formal.

Pugna por sua absolvição com relação ao delito de corrupção de menores (art. 244-B do ECA), fundamentando-se no voto vencido proferido pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence, sustentando não restar comprovado que contribuiu para a formação do caráter do menor.

Os embargos foram admitidos (f. 11).

Às fls. 14-22 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso, mantendo-se o acórdão atacado em sua totalidade.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Relatora).

Consoante relatado, tratam-se de Embargos Infringentes interpostos por Adriano Rodrigues Romeu Armoa, proferido nos autos de apelação criminal n. 0007931-90.2013 (fls. 195-203), pela 2ª Câmara Criminal que, por maioria, negou provimento ao recurso interposto pela defesa, mantendo sua condenação à pena de 06 (seis) anos e 02 (dois) meses de reclusão em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa, pela prática dos delitos de roubo e corrupção de menores, em concurso formal.

Os embargos são tempestivos e preenchem os demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecidos. Passo a analisar as questões trazidas por sua interposição.

A matéria trazida à apreciação diz respeito à divergência dos julgadores quanto à absolvição do acusado das sanções do delito do art. 244-B da Lei 8.069/90.

O Revisor do acórdão embargado, Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, em seu voto dissidente, fundamentou a absolvição do acusado na ausência de elementos capazes de inferir ter o réu corrompido ou facilitado a corrupção do menor, não restando suficientemente comprovado que o adolescente tenha sido influenciado pelo embargante de molde a configurar o delito de corrupção de menores.

O voto condutor da maioria, de lavra do Ilustre Desembargador Manoel Mendes Carli, discorrendo acerca do caráter formal do delito do art. 244-B da Lei 8.069/90, reputou tratar-se de crime formal, cuja caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção de menores, sendo suficiente a comprovação de sua participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de dezoito anos.

Em síntese, o Embargante requer a manutenção do voto vencido exarado pelo ilustre Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que o absolveu do crime de corrupção de menores (art. 244-B do ECA).

Não merece acolhida, contudo, a insurgência do embargante.

É desnecessária a comprovação de idoneidade moral anterior da vítima menor a fim de caracterizar o delito previsto no art. 244-B do ECA, sendo suficiente a comprovação da participação do menor em delito, na companhia de imputável, ou que este induza aquele a praticá-lo, pois a *mens legis* da norma é integridade moral do jovem, sua recuperação e reinserção na sociedade, bem como a preservação dos padrões éticos desta.

Tal entendimento está em consonância com o pacificado entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, consolidado na Súmula n.º 500 deste último, no sentido de que o crime de corrupção de menores é formal, prescindindo da prova da efetiva corrupção do inimputável à prática delitiva ou de sua idoneidade moral.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do Pretório Excelso e da Corte Superior:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. 1. CORRUPÇÃO DE MENORES. 1. ART. 244-B DA LEI N. 8.069/1990. NATUREZA FORMAL. 2. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E DE PERÍCIA DA ARMA PARA*

A COMPROVAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. 1. O crime de corrupção de menores é formal, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável. Precedentes. 2. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. São desnecessárias a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a causa de aumento do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, pois o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova. Precedentes. 4. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC 111434, Relator (a): Min. Carmen lúcia, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, Processo Eletrônico DJe-074 Divulg 16-04-2012 Public 17-04-2012).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CORRUPÇÃO DE MENOR. ART. 1º, DA LEI Nº 2.252/54. CRIME FORMAL. SÚMULA 500, DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...).

2. A Terceira Seção desta Corte ao julgar o Recurso Especial Representativo da Controvérsia - REsp 1.127.954/DF, sedimentou entendimento de que para a configuração do crime de corrupção de menores, de natureza formal, basta que haja evidências da participação de menor de 18 (dezoito) anos no delito e na companhia de agente imputável, sendo irrelevante o fato de já estar ele corrompido. Inteligência da Súmula 500, do STJ.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1423997 / SC; Relator (a): Ministro Moura Ribeiro; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data do Julgamento: 20/02/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 25/02/2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. ART. 244-B DO ECA. NATUREZA FORMAL. SÚMULA 500/STJ.

I- A 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça, ao apreciar o REsp n. 1.127.954/DF, representativo de controvérsia, pacificou o entendimento de que o crime de corrupção de menores - antes previsto no art. 1ºda Lei 2.252/54, e atualmente inscrito no art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente é delito formal.

II- Tratando-se de crime formal, basta à sua consumação que o maior imputável pratique com o menor a infração penal ou o induza a praticá-la, sendo irrelevantes as consequências externas e futuras do evento, isto é, o grau prévio de corrupção ou a efetiva demonstração do desvirtuamento das vítimas da corrupção de menores.

III- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1378870 / MG; Relator (a): Ministra Regina Helena Costa; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data do Julgamento: 06/02/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 13/02/2014).

De igual modo, voto proferido pela 1ª Câmara Criminal desse sodalício:

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – CORRUPÇÃO DE MENORES – CRIME FORMAL – MENOR ANTERIORMENTE CORROMPIDO – IRRELEVÂNCIA

– PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE COMPROVADA – DELITO CONSUMADO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O crime tipificado no artigo 244-B do ECA é de natureza formal, logo, para a sua consumação, basta a prática do crime juntamente com um menor, sendo irrelevante a existência de provas de que o menor envolvido já era corrompido à época dos fatos. (TJMS. Embargos Infringentes 0002130-72.2010. Relator Des. Francisco Gerardo de Souza. Seção Criminal. Data do Julgamento 11/09/12).

Ressalto que a proibição do art. 244-B da Lei n. 8.069/90 é no sentido de preservar os valores ético-morais das crianças e dos adolescentes, que ficam desrespeitados quando maiores praticam o crime em companhia de menores, induzindo assim o ingresso ou a permanência do menor no mundo da criminalidade.

Daí o entendimento pacífico de que simples participação do menor no ato delitivo é suficiente para a sua consumação (formal), sendo irrelevante seu grau prévio de corrupção, já que cada nova prática criminosa na qual é inserido de qualquer modo sempre contribui para aumentar sua degradação.

E no caso vertente, a participação do adolescente no crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II do Código Penal é inconteste, pois o próprio adolescente narrou a prática do ato em companhia do Embargante (f. 39-40).

Resta afastada, assim, qualquer possibilidade de absolvição do acusado.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento aos Embargos Infringentes interpostos por Adriano Rodrigues Romeu Armoa, para o fim de fazer prevalecer o voto vencedor proferido pelo Relator Desembargador Manoel Mendes Carli.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Revisor):

Acompanho o voto da Relatora.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1° vogal):

Acompanho o voto da Relatora.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2° vogal):

Acompanho o voto da Relatora.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (4° vogal):

Acompanho o voto da Relatora.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (5° vogal):

Trata-se de embargos infringentes opostos por Adriano Rodrigues Romeu Armoa visando a prevalência do voto que proferi no julgamento do recurso de apelação para dar-lhe provimento a fim de absolvê-lo da imputação do crime de corrupção de menores.

A e. Relatora dos embargos nega provimento ao recurso.

Divirjo.

É certo que o STF[1] e o STJ[2] assentaram o entendimento de que o crime do art. 244-B do ECA independe da prova da corrupção efetiva do menor, ou seja, julgam que o fato do adulto ter praticado a infração penal em companhia de criança ou de adolescente, por si só, é suficiente para configuração do delito em questão.

Muito embora já tenha me posicionado em sentido diametralmente oposto, inclusive com amparo de abalizada jurisprudência, conforme o fiz no julgamento do recurso de apelação criminal relativo aos presentes embargos (cf. TJSP - Recurso n. 9104107-30.2009.8.26.0000 - Relator: Souza Nucci - j. 27/11/2012; TJSP – Recurso n. 0065278-12.2011.8.26.0050 - Relator: Nelson Fonseca Junior – j. 21/02/2013; TJSP – Recurso n. 0034453-31.2011.8.26.0068 - Relator: Péricles Piza, j. 15/04/2013; TJSP – Recurso n. 0006370-31.2011.8.26.0609 – Relator: Pedro Menin – j. 28.08.2012; TJSP – Recurso n. 0037308-42.2008.8.26.0050 – Relator: Rachid Vaz de Almeida – j. 24/05/2012; TJMG - Apelação Criminal n. 1.0216.12.001152-5/001, Relator: Des. Alberto Deodato Neto, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 04/06/2013, publicação da súmula em 14/06/2013; entre outros), passei recentemente a adotar a orientação advinda das Cortes Superiores, com o fim de uniformização de jurisprudência e de não criar expectativas efêmeras de reforma aos condenados pelo crime em questão.

Motivo pelo qual se faz necessário, para manter o voto que proferi, justificar que apesar de alterar o posicionamento, no entanto, por questão de coerência, o faço restritivamente, admitindo a caracterização do crime somente quando não houver comprovação de pretérita corrupção do menor, mácula que verificada, traduz clara hipótese de crime impossível, pela absoluta impropriedade do objeto, já que não há como corromper aquele que já estava corrompido.

Em outras palavras, se o adulto praticou infração penal juntamente com criança e adolescente, o bem jurídico tutelado pela norma do art. 244-B do ECA, que é a formação moral do menor, *a priori*, terá sido ofendido. O entendimento não obsta, porém, que a defesa, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, comprove justamente o contrário, ou seja, a inexistência de qualquer ofensa, pois participando o menor do crime, somente se a defesa carrear provas concretas da pretérita corrupção daquele, como, por exemplo, certidões judiciais comprovando a existência de outros atos infracionais, entendo ser possível a não prevalência do entendimento das Cortes Superiores.

Conforme mencionei no julgamento da apelação, na hipótese, há elementos nos autos indicando que não se comprovou satisfatoriamente que o apelante tenha incorrido na formação moral do menor, vejamos:

> *"Os fatos demonstram que não foi o apelante quem obrigou o adolescente a praticar o delito, mas este, somente por estar na sua companhia, anuiu à conduta do réu.*
>
> *Consoante se infere do caderno processual, a vítima afirmou que o adolescente após ver as agressões do réu, passou a ameaçá-la e dizer que "você não me conhece, sabe quem eu sou, fica esperto, sabe quem sou eu, fazendo menção de estar armado, colocando a mão na cintura como se estivesse armado", posteriormente foi agredido pelo réu e pelo adolescente, tendo subtraído seus pertences.*
>
> *O adolescente confirmou que agrediu a vítima, que foi ele quem subtraiu alguns pertences do carro da vítima e que já possui passagem por tráfico de drogas.*

1 EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO DE MENORES. ART. 1º DA LEI 2.252/54. NATUREZA FORMAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O crime de corrupção de menores é formal, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável. Precedentes. 2. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC 106893, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 13/12/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 13-02-2012 PUBLIC 14-02-2012).

2 STJ – Súmula 500: "a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal"

> *Referidos elementos inferem a imputação de que teria o réu teria corrompido ou facilitado a corrupção do menor, motivo pelo qual absolvo o apelante da referida imputação."*

Sendo assim, tais fundamentos indicam que o adolescente já estaria corrompido na data dos fatos, sendo a sua incursão na seara delitiva e, especificamente, no crime narrados nestes autos, decorrente da sua própria vontade, sem que alguém tenha o influenciado.

Diante do exposto, divirjo da e. relatora para dar provimento aos embargos infringentes opostos por Adriano Rodrigues Romeu Armoa a fim de que prevaleça o voto que proferi no julgamento do recurso de apelação para absolvê-lo da imputação do crime de corrupção de menores.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (6° vogal):

Acompanho o voto da relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, improveram os embargos infringentes, nos termos do voto da Relatora, vencido o 5º Vogal. Ausente, justificadamente, o Desembargador Dorival Moreira dos Santos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 09 de setembro de 2014.

***

Seção Criminal
Habeas Corpus n. 1405630-57.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – USO DE DOCUMENTO PARTICULAR FALSO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE – ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO – NECESSIDADE DE VALORAÇÃO PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT* – ORDEM DENEGADA.

O trancamento de ação penal em sede de "*habeas corpus*" é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

Demonstrado que a conduta atribuída ao paciente reveste-se, em tese, de ilicitude penal, havendo indícios suficientes da autoria delitiva e materialidade, não há falar-se em ausência de justa causa para o oferecimento da denúncia e para o prosseguimento da ação penal.

Com o parecer.

Ordem denegada.

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, denegar a ordem. Ausente, justificadamente, o Desembargador Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 9 de setembro de 2014.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

O advogado Murillo Duarte Ferreira, em causa própria, impetrou o presente *habeas corpus*, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o Promotor de Justiça da 30ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social.

Sustenta que está participando do Concurso de Público de Provas e Títulos da Policia Civil do Estado MS e foi convocado para apresentação de títulos, então, apresentou seus certificados dentre os quais está o "Curso de Imobilizações Táticas Policiais", ministrados pelo professor Roberto Chaddi Scaff, tendo como monitor o Subtenente da PM/MS, Rodrigo Rezende Loubet, que realizou-se em 30/11/2013.

Relata que a 30ª Promotoria de Justiça passou a investigar possíveis irregularidades quanto aos certificados apresentados pelos candidatos na Prova de Títulos da PCMS, instaurando o Procedimento Preparatório n. 005/2014 e solicitando a Polícia Civil a instauração de procedimento investigatório a fim de verificar a veracidade e legalidade da emissão dos certificados.

Ressalta que o Paciente encontra-se na fase de Investigação Social do concurso da Polícia Civil e que foi surpreendido com a denúncia que lhe imputa a conduta do art. 304, do Código Penal.

Assevera que não houve dolo na conduta do agente.

Relata que os candidatos acreditaram na serenidade do curso, pois o certificado tinha o brasão da Polícia Militar e era assinado por um policial militar, o que teria conferido confiança em relação ao curso.

Argumenta que a conduta é atípica e falta justa causa para o oferecimento da denúncia e prosseguimento da ação penal, sendo desproporcional o fato e a eventual reprimenda.

Apregoa que a denúncia não observou o conteúdo do inquérito policial 050/2014 e que a denúncia é incompatível com os elementos colhidos no decorrer das investigações extrajudiciais.

Infere que as provas colhidas teriam sido obtidas por meio ilícito e estão desacompanhadas de outros elementos de convicção, não devendo ser consideradas como idôneas. Desta forma, tem-se nos autos, a falta de indícios de autoria e materialidade para embasar a denúncia oferecida.

Diante de tais fatos, argumenta que está sofrendo constrangimento ilegal e que a ação penal n.º 0017211-51.2014.8.12.0001 deve ser trancada, antes do recebimento da denúncia.

Conforme razões de f. 174-176, o pedido liminar foi indeferido.

A autoridade coatora prestou informações às f. 194-214.

A Procuradoria Geral de Justiça, manifestou-se às f. 184-189 e 216, opinando pela denegação da ordem.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Relatora).

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Murillo Duarte Ferreira, em causa própria, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Promotor de Justiça da 30ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social.

Assevera, em síntese, que foi denunciado por suposta prática do delito descrito no artigo 304 do Código Penal.

Todavia, aduz que estaria sofrendo constrangimento ilegal, porquanto não há justa causa para o prosseguimento da ação penal referida, já que, as provas colhidas teriam sido obtidas por meio ilícito e estão desacompanhadas de outros elementos de convicção, não devendo ser consideradas como idôneas.

Alega que inexistem condições necessárias para a ação penal. Destaca que não foram individualizadas as condutas delitivas imputadas aos acusados, o que teria sido feito de forma genérica.

Diante de tais fatos, argumenta que a ação penal n.º 0017211-51.2014.8.12.0001 deve ser trancada, antes do recebimento da denúncia.

A ordem deve ser denegada.

Revela a ação penal n.º 0024917-85.2014.8.12.0001 que o paciente e outros foram denunciados pela prática do delito descrito no artigo 304 do Código Penal, pelos seguintes fatos narrados na preambular acusatória, *verbis:*

> ***"****Consta do incluso inquérito policial, que através do Edital n. 1/2013 – SAD/SEJUSP/PCMS, de 30 de agosto de 2013 (Apenso 10), a Secretaria de Estado de Administração/MS e a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública/MS tornaram pública a abertura das inscrições do Concurso Público de Provas e Títulos/PCMS/2013 para provimento de cargos do quadro de pessoal da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública/MS.*
>
> *O referido concurso visa recrutar/selecionar candidatos para o provimento os cargos de Perito Oficial Forense (Função Perito Criminal), Agente de Polícia Judiciária (Função de Escrivão de Polícia Judiciária e de Investigador de Polícia Judiciária), Perito Papiloscopista (Função Perito Papiloscopista).*
>
> *O concurso em questão se compõe das seguintes fases:*
>
> *"1ª Fase: Prova Escrita Objetiva, de caráter eliminatório e classificatório;*
>
> *2ª Fase: Prova de Títulos, de caráter classificatório;*
>
> *3ª Fase: Avaliação Psicológica (Exame Psicotécnico), de caráter eliminatório;*
>
> *4ª Fase: Avaliação Médico-Odontológica, de caráter eliminatório;*
>
> *5ª Fase: Prova de Aptidão Física, de caráter eliminatório;*
>
> *6ª Fase: Investigação Social, de caráter eliminatório;*
>
> *7ª Fase: Curso de Formação Policial, de caráter eliminatório e classificatório."*
>
> *No dia 20 outubro de 2013 foi realizada a prova escrita objetiva do concurso (1ª fase), sendo que através do Edital n. 16/2013 – SAD/SEJUSP/PCMS, de 20 de novembro 2013, se tornou pública a relação dos candidatos aprovados na referida fase.*
>
> *Posteriormente, através do Edital n. 21/2013 – SAD/SEJUSP/PCMS, de 27 de dezembro de 2013, se tornou pública a convocação dos candidatos para realizarem a Prova de Títulos, sendo observado que os candidatos deveriam entregar pessoalmente, ou postar via SEDEX com Aviso de Recebimento, nos dias 09 e 10 de janeiro de 2014, cópia dos títulos devidamente autenticados e o formulário da relação de títulos, sendo que os itens II a VI do edital supramencionado preconizavam que:*
>
> *"(...).*
>
> *II - para a realização da Prova de Títulos os candidatos deverão encaminhar somente uma cópia dos documentos comprobatórios dos títulos, observando:*
>
> *a) as fotocópias de diplomas ou certificados de conclusão de cursos deverão ser autenticadas em Cartório, com selo de autenticidade, se houver;*

b) serão aceitos títulos acadêmicos de pós-graduação em nível de especialização, mestrado ou doutorado somente de cursos reconhecidos pelo Ministério da Educação;

c) os comprovantes de conclusão de cursos só serão aceitos se expedidos por instituição oficial ou reconhecida nos termos da legislação vigente, com registro da carga horária;

d) os documentos emitidos em língua estrangeira somente serão considerados quando traduzidos para a Língua Portuguesa por tradutor juramentado e revalidados por instituição de ensino superior do Brasil;

e) o Formulário da Relação dos Títulos, disponível no site www.concurso.ms.gov.br, deverá ser entregue ou encaminhado, devidamente preenchido e assinado, indicando a quantidade de títulos que está sendo encaminhada ou entregue.

III - a Prova de Títulos, de caráter classificatório, corresponderá ao total de 10 (dez) pontos que serão somados à pontuação obtida na média da Prova Escrita Objetiva.

3.1 - O candidato que não encaminhar os títulos e o Formulário da Relação dos Títulos devidamente preenchido e assinado no prazo estabelecido em Edital terá a pontuação "0" (zero) na Prova de Títulos.

3.2 - Não serão considerados, para efeito de pontuação, títulos encaminhados sem:

a) a respectiva autenticação no Cartório;

b) a assinatura e a identificação nominal da(s) autoridade(s) responsável(eis) pela emissão do documento;

c) a especificação da carga horária e do período (data e ano) de início e término do evento.

3.3 - Os títulos que não consignarem de forma expressa a identificação nominal da(s) autoridade(s) responsável(eis) pela sua emissão, bem como o período de realização, deverão estar acompanhados de histórico escolar, sob pena de não serem considerados válidos.

3.4 - Cada título será considerado uma única vez.

3.5 - Somente serão aceitos títulos expedidos até a data limite da entrega ou da postagem, conforme estabelecido neste Edital.

3.6 - Não serão computados documentos que não consignem, de forma expressa e precisa, as informações necessárias a sua avaliação, assim como aqueles cujas cópias estiverem ilegíveis, mesmo que parcialmente.

IV - os títulos serão aferidos observando os critérios, o valor correspondente em pontos, os limites dos pontos e a data de realização, conforme determinados nos respectivos Quadros de Atribuições de Pontos, constantes no subitem 9.5 do Edital n.1/2013 - SAD/SEJUSP/PCMS.

4.1 - Cada título será avaliado de acordo com a carga horária expressa, não sendo permitido:

a) o fracionamento da carga horária de um título;

b) a soma de carga horária de mais de um título para o mesmo item.

V - os títulos, após sua entrega ou encaminhamento, não poderão ser substituídos ou devolvidos e não será permitido acrescentar outros títulos aos já entregues.

VI – a divulgação do total dos pontos obtidos pelo candidato na Prova de Títulos fica condicionada à sua habilitação na Avaliação Psicológica (Exame Psicotécnico).”

Ademais, no Edital n. 1/2013 – SAD/SEJUSP/PCMS, na parte referente à Prova de Títulos, mais precisamente no item 9.5, apresentou os critérios a serem observados, os valores correspondentes em pontos e os limites dos pontos dos títulos, constando do quadro de pontuação para avaliação de títulos, que dentre estes, também seriam aceitos: “Certificado de curso de capacitação e treinamento relacionado à área da função pretendida expedido por instituição oficialmente reconhecida, com carga horária igual ou superior a 40 horas/aula (a partir de 2009), ou na área de segurança pública.”

Ocorre, que chegou ao conhecimento desta 30ª Promotoria de Justiça através de denúncia anônima, eventuais irregularidades na Prova de Títulos do Concurso da Polícia Civil/MS, quais sejam:

Um site de cursos de nome “AVANTE” estaria oferecendo um certificado de 40 horas de curso para alunos que fizessem o curso e um trabalho de apenas 1 (uma) página.

Foi ministrado na Associação Sul-Mato-Grossense de Artes Marciais, em datas diversas (30.11.2013, 07.12.2013 e outras), pelo instrutor de nome Roberto C. Scaff, um curso de Mobilização Táticas Policiais para pessoas que estão participando do concurso em questão e que não são da polícia civil, no horário das 08:00h às 17:00h, sendo conferido certificado de 40 horas por apenas 1 (um) dia de curso, curso este que não foi realizado pela ACADEPOL e sim por entidades alheias à Polícia Civil/MS, mas que os certificados seriam usados na prova de títulos.

Diante de tais fatos, esta Promotoria de Justiça instaurou o Procedimento Preparatório n. 005/2014, sendo que após algumas diligências, foi solicitado à Polícia Civil a instauração de procedimento criminal a fim de investigar a veracidade/legalidade da emissão dos certificados supramencionados, o que ensejou a instauração do presente inquérito policial.

Conforme restou apurado, o denunciado Roberto Chaadi Scaff juntamente com sua esposa, a denunciada Cristiane Pereira Ramos Scaff, a qual se intitula Presidente da Associação Sul-Mato-Grossense de Artes Marciais, ministraram para candidatos do concurso em questão o Curso de Imobilizações Táticas Policiais, o qual foi realizado no Clube Campestre Ypê, em duas turmas e datas distintas.

A primeira turma, composta pelos candidatos/denunciados Danilo Renan Elias, Cynthia Belchior Rodrigues Vieira, Fanuel Souza dos Santos, Thales Ribeiro Mendes, Thiago Cezar Silva Sabatel, Murillo Duarte Ferreira, Simone Mota Fernandes, Willy Veiga Behling Miranda, João Eduardo Borges Benevenuto, Bruno Carlos Barbosa, Ana Elisa de Moura, Silvia Madelini Fernandes, Etiane Cândida da Silva Costa, Suelen Gonçalves Marinho, Rafael Grandine Salles, Olga Maggioni de Almeida Geraldi, Naraligia de Oliveira Queiroz, Deborah Dias Pereira, Vaini Carbonari, Leonardo Vinicius de Godoy Menegate, Avelino Rafael Mantovani, Fábio Regis Brito, Nelson Augusto Gonçalves Barbosa, Tiago Venâncio da Silva e Paulo André Ferreira Cunha realizaram o Curso de Imobilizações Táticas Policiais no dia 30 de novembro de 2013, sendo que todos os candidatos tinham plena ciência da ilegalidade do curso e que o mesmo seria realizado em apenas 01 (um) dia, mas que receberiam um certificado constando a carga horária solicitada no edital

do concurso, que é de no mínimo 40 horas/aulas, sendo que pela participação no curso e emissão de certificado foi cobrada a importância de R$ 100,00 (cem reais).

Após a realização do curso supra, os denunciados Roberto Chaadi Scaff e Cristiane Pereira Ramos Scaff emitiram certificados constando como data da realização do mesmo os dias 27 a 30 de novembro de 2013, embora este tenha sido realizado apenas no dia 30 de novembro de 2013, bem como constando ilegalmente nos certificados o Brasão da Polícia Militar/MS.

Dessa forma, resta comprovado que os denunciados Roberto Chaadi Scaff e Cristiane Pereira Ramos Scaff inseriram em documentos particulares (certificados) declarações falsas e diversas da que deveriam ser escritas, com o fim de alterar verdade sobre fato juridicamente relevante, bem como fizeram uso indevido do símbolo identificador da Polícia Militar/MS (Brasão) nos certificados, haja vista não terem autorização desta para usar o Brasão nos certificados, conforme se constata no teor do Ofício n° 0668 – Gab/ Polícia Militar/2014 (fl. 09 – Volume I).

Após receberem os certificados ideologicamente falsos, os candidatos/denunciados Danilo Renan Elias, Cynthia Belchior Rodrigues Vieira, Fanuel Souza dos Santos, Thales Ribeiro Mendes, Thiago Cezar Silva Sabatel, Murillo Duarte Ferreira, Simone Mota Fernandes, Willy Veiga Behling Miranda, João Eduardo Borges Benevenuto, Bruno Carlos Barbosa, Ana Elisa de Moura, Silvia Madelini Fernandes, Etiane Cândida da Silva Costa, Suelen Gonçalves Marinho, Rafael Grandine Salles, Olga Maggioni de Almeida Geraldi, Naraligia de Oliveira Queiroz, Deborah Dias Pereira, Vaini Carbonari, Leonardo Vinicius de Godoy Menegate, Avelino Rafael Mantovani, Fabio Regis Brito, Nelson Augusto Gonçalves Barbosa, Tiago Venâncio da Silva e Paulo André Ferreira Cunha apresentaram os mesmos à Comissão organizadora do concurso em tela, visando obter pontos na Prova de Títulos.

Dessa forma, resta comprovado que os denunciados Danilo Renan Elias (fl. 927 – Volume IV), Cynthia Belchior Rodrigues Vieira (fl. 925 – Volume IV), Fanuel Souza dos Santos (fl. 923 – Volume IV), Thales Ribeiro Mendes (fl. 931 – Volume IV), Thiago Cezar Silva Sabatel (fl. 921 – Volume IV), Murillo Duarte Ferreira (fl. 915 – Volume IV), Simone Mota Fernandes (fl. 933 – Volume IV), Willy Veiga Behling Miranda (fl. 906 – Volume IV), João Eduardo Borges Benevenuto (fl. 913 – Volume IV), Bruno Carlos Barbosa (fl. 950 – Volume IV), Ana Elisa de Moura (fl. 917 – Volume IV), Silvia Madelini Fernandes (fl. 908 – Volume IV), Etiane Cândida da Silva Costa (fl. 929 – Volume IV), Suelen Gonçalves Marinho (fl. 1101 – Apenso 05), Rafael Grandine Salles (fl. 904 – Volume IV), Olga Maggioni de Almeida Geraldi (fl. 939 – Volume IV), Naraligia de Oliveira Queiroz (fl. 1064 – Apenso 05), Deborah Dias Pereira (fl. 986 – Apenso 05), Vaini Carbonari (fl. 935 – Volume IV), Leonardo Vinicius de Godoy Menegate (fl. 91049 – Apenso 05), Avelino Rafael Mantovani (fl. 957 – Apenso 05), Fabio Regis Brito (fl. 1011 – Apenso 05), Nelson Augusto Gonçalves Barbosa (fl. 1058 – Apenso 05), Tiago Venâncio da Silva (fl. 1118 – Apenso 05) e Paulo André Ferreira Cunha (fl. 1076 – Apenso 05) fizeram uso de documento particular ideologicamente falso, pois apresentaram os certificados do Curso de Imobilizações Táticas Policiais para a Comissão organizadora do concurso na fase de Prova de Títulos.

Destaca-se ainda, que as ilegalidades em tela eram de pleno conhecimento dos candidatos, pois no presente inquérito policial se encontram acostadas diversas conversas extraídas da rede social "Facebook" e do aplicativo para celular "Whatsapp", nas quais os candidatos reconhecem a ilegalidade do curso em questão (fls. 21/24, 27/32, 41 a 87 do Volume I e fls. 491/494 do Volume II).

Posteriormente, foi formada uma nova turma, desta vez composta pelos candidatos/ denunciados Leandro Lourival de Lima Souza, Leandro Nogueira da Silva, Jardes Diego de Souza Mônaco, Fábio Leandro Rech e Evelyn Iane Barbosa Pasquali, sendo que estes

realizaram o Curso de Imobilizações Táticas Policiais nos dias 07 e 08 de dezembro de 2013, sendo que todos os candidatos tinham plena ciência da ilegalidade do curso e que o mesmo seria realizado em apenas 02 (dois) dias, mas que receberiam um certificado constando a carga horária solicitada no edital do concurso, que é de no mínimo 40 horas/aulas, sendo que pela participação no curso e emissão de certificado foi cobrada a importância de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

Após a realização do curso supra, os denunciados Roberto Chaadi Scaff e Cristiane Pereira Ramos Scaff emitiram certificados constando como data da realização do mesmo os dias 27 a 30 de novembro de 2013, embora este tenha sido realizado nos dias 07 e 08 de dezembro de 2013, bem como constando ilegalmente nos certificados o Brasão da Polícia Militar/MS.

Dessa forma, resta comprovado que os candidatos/denunciados Roberto Chaadi Scaff e Cristiane Pereira Ramos Scaff inseriram em documentos particulares (certificados) declarações falsas e diversas da que deveriam ser escritas, com o fim de alterar verdade sobre fato juridicamente relevante, bem como fizeram uso indevido do símbolo identificador da Polícia Militar/MS (Brasão) nos certificados, haja vista não terem autorização desta para usar o Brasão nos certificados, conforme se observa no teor do Ofício n° 0668 – Gab/ Polícia Militar/2014 (fl. 09 – Volume I).

Após receberem os certificados ideologicamente falsos, os denunciados Leandro Lourival de Lima Souza, Leandro Nogueira da Silva, Jardes Diego de Souza Mônaco, Fábio Leandro Rech e Evelyn Iane Barbosa Pasquali apresentaram os mesmos à Comissão organizadora do concurso em tela, visando obter pontos na Prova de Títulos.

Dessa forma, resta comprovado que os denunciados Leandro Lourival de Lima Souza (fl. 911 – Volume IV), Leandro Nogueira da Silva (fl. 941 – Volume IV), Jardes Diego de Souza Mônaco (fl. 937 – Volume IV), Fábio Leandro Rech (fl. 919 – Volume IV) e Evelyn Iane Barbosa Pasquali (fl. 1000 – Apenso 05) fizeram uso de documento particular falso, pois apresentaram os certificados do Curso de Imobilizações Táticas Policiais para a Comissão organizadora do concurso na fase de Prova de Títulos.

Destaca-se ainda, que as ilegalidades em tela eram de pleno conhecimento dos candidatos, pois no presente inquérito policial se encontram diversas conversas extraídas da rede social "Facebook" e do aplicativo para celular "Whatsapp", nas quais os candidatos reconhecem a ilegalidade do curso em questão (fls. 21/24, 27/32, 41 a 87 do Volume I e fls. 491/494 do Volume II).

Ante ao exposto, Roberto Chaadi Scaff e Cristiane Pereira Ramos Scaff estão incursos no artigo 299, caput (por duas vezes) e artigo 296, § 1°, inciso III c/c artigo 69, todos do Código Penal; e Danilo Renan Elias, Cynthia Belchior Rodrigues Vieira, Fanuel Souza dos Santos, Thales Ribeiro Mendes, Thiago Cezar Silva Sabatel, Murillo Duarte Ferreira, Simone Mota Fernandes, Willy Veiga Behling Miranda, João Eduardo Borges Benevenuto, Bruno Carlos Barbosa, Ana Elisa de Moura, Silvia Madelini Fernandes, Etiane Cândida da Silva Costa, Suelen Gonçalves Marinho, Rafael Grandine Salles, Olga Maggioni de Almeida Geraldi, Naraligia de Oliveira Queiroz, Deborah Dias Pereira, Vaini Carbonari, Leonardo Vinicius de Godoy Menegate, Avelino Rafael Mantovani, Fabio Regis Brito, Nelson Augusto Gonçalves Barbosa, Tiago Venâncio da Silva, Paulo André Ferreira Cunha, Leandro Lourival de Lima Souza, Leandro Nogueira da Silva, Jardes Diego de Souza Mônaco, Fábio Leandro Rech e Evelyn Iane Barbosa Pasquali estão incursos no artigo 304 do Código Penal. Assim, ao tempo em que espera o recebimento e autuação desta denúncia, requer as citações dos denunciados para que respondam aos termos da presente ação penal até as finais condenações, procedendo-se aos seus interrogatórios e designando-se data para realização de audiência de instrução e julgamento, intimando-se as testemunhas abaixo arroladas para vir depor em juízo, sob as cominações legais."

Ab initio, verifico que a peça inicial atende às exigências do art. 41 do Código de Processo Penal, e não se demonstrou tivesse esta incorrido nas causas de rejeição elencadas no art. 395 do mesmo diploma legal.

A denúncia bem caracteriza a participação do paciente no fato em análise, não lhe cabendo a pecha de inepta ou de falta de individualização da conduta, já que corretamente oferecida com base em indícios de prática delitiva.

Outrossim, a denúncia descreveu o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, além de qualificar o acusado, classificar o crime e arrolar as testemunhas.

Dessa forma, não procede a alegação de inépcia da denúncia.

O trancamento da ação penal pela via do *Habeas Corpus* é medida excepcional, aplicável tão somente se *prima facie* se verificar, indubitavelmente, a inocorrência do crime ou que o acusado seja inegavelmente inocente, ou,ainda extinta a punibilidade.

> *Segundo Nucci*[1]*: "Trancamento de ação penal: trata-se de hipótese excepcionalmente admitida, justamente para não ocorrer um indevido cerceamento da atividade acusatória do Estado ou do particular ofendido. Entretanto, é de se insurgir contra um recebimento indevido de denúncia ou queixa através de habeas corpus (art. 648, I, CPP), uma vez que não há recurso específico para tanto, podendo o Tribunal conceder a ordem para trancar a ação. Tal situação se dá unicamente quando a falta de justa causa é cristalina"*

Este também é o entendimento dos Tribunais Superiores:

> *"[...] Em sede de habeas corpus só se é possível trancar ação penal em situações especiais, como nos casos em que é evidente e inafastável a negativa de autoria, quando o fato narrado não constitui crime, sequer em tese, e em situações similares, onde pode ser dispensada a instrução criminal para constatação de tais fatos, situação que não se configura na espécie".* (STF - RT 742/533).

> *"[...] O trancamento da ação penal, na via estreita do habeas corpus, constitui medida extrema, cabível apenas nas hipóteses em que cristalina a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, o que não se verifica no caso concreto...."*. (RHC 26.972/RJ - Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Conv. do TJ/RS), 6ª Turma. DJe. 15/06/2011)

> *"[...] O trancamento de ação penal é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias não evidenciadas na hipótese em exame. (...)".* (RHC 24.394/MS - Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma. DJe. 09/08/2010)

Não diverge o entendimento deste TJMS, no sentido de que o trancamento da ação penal, na estreita via do *habeas corpus*, somente é possível se houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção de punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. Veja-se alguns precedentes:

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 76, 173/174).

> *"HABEAS CORPUS – FURTO – PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL – ATIPICIDADE DA CONDUTA – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – VIA INADEQUADA – INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL A SER SANADA NA OPORTUNIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – REITERAÇÃO CRIMINOSA – ORDEM DENEGADA.*
>
> *O trancamento da ação penal pela via estreita do habeas corpus, possui caráter excepcional, devendo somente ser adotado quando houver comprovação de plano da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de prova da materialidade ou de indícios de autoria delitiva, pois é inadmissível na presente ação constitucional o exame aprofundado de provas, somado ao fato de que cabe ao juiz, ao finalizar a instrução processual, valorar de forma aprofundada as provas produzidas pelas partes...."* (*Habeas Corpus* N. 2011.007278-2 - Rel. Des. Manoel Mendes Carli, 2ª Câmara Criminal. J. 18/04/2011)
>
> *"HABEAS CORPUS – LESÕES CORPORAIS – PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – IMPOSSIBILIDADE – NÃO COMPROVAÇÃO DE PLANO DA ALEGAÇÃO – ORDEM DENEGADA.*
>
> *O trancamento do inquérito policial ou mesmo da ação penal por falta de justa causa, na via estreita do habeas corpus, somente é possível se houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência inequívoca de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito"* (*Habeas Corpus* N. 2011.004972-1 – Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, 2ª Câmara Criminal. J. 04/04/2011).

O cerne da questão reside na possibilidade ou não de se proceder ao trancamento da ação penal na via estreita do *habeas corpus* na hipótese, como a dos autos, em que a negativa de autoria vem alicerçada na ausência de dolo do agente, já que supostamente não teria conhecimento da ilegalidade dos certificados emitidos com o brasão da Polícia Militar, uma vez que o Mestre em Artes Marciais (Roberto Chaad Scaff), a Presidente da Associação de Artes Marciais (Cristiane P. Ramos Scaff) e o Subtenente da Polícia Militar/MS (Rodrigo Rezende Loubt) teriam demonstrado ser credenciados pela Polícia Militar, inclusive com autorização para a utilização do brasão do órgão, de forma que o paciente não teria conhecimento nem consciência de que o documento (certificado) fosse ideologicamente falso.

A prova de que o paciente tenha ou não agido com dolo é questão afeta à instrução criminal *in judicio*, na qual ele terá a oportunidade de, com maior amplitude, demonstrar as suas alegações. Em tese, a conduta imputada ao paciente não pode ser considerada atípica, e há nos autos indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva.

Com efeito, o paciente teria participado do "curso de imobilizações táticas policiais" no dia 30/11/2013, sendo certo que todos os candidatos tinham plena ciência da ilegalidade da realização do curso em apenas um dia e recebimento de um certificado constando a carga horária solicitada no Edital do Concurso Público, ou seja, de no mínimo 40 horas/aula, o que não era condizente com a verdade.

O paciente recebeu o certificado anexado às f. 212, constando a informação de que teria participado do curso nos dias 27 a 30 de novembro de 2013, quando, em verdade, o fez apenas no dia 30/11/2013. Além disso, esse mesmo certificado (ideologicamente falso) foi apresentado pelo paciente à comissão organizadora do concurso da Polícia Civil, visando a obtenção de pontos na Prova de Títulos.

A denúncia descreve uma conduta típica, a merecer aprofundado exame, no decorrer da ação penal, sendo, assim, impossível, na via estreita do *writ*, o reconhecimento de ausência de justa causa, pela

inocorrência de dolo. Isso porque a atipicidade da conduta e a inexistência de dolo são matérias que exigem dilação probatória, própria da instrução criminal realizada na via ordinária e incompatível com o rito célere do *habeas corpus*, norteado pela cognição sumária:

Esse é o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *"O trancamento de uma ação penal exige que a ausência de justa causa, a atipicidade da conduta ou uma causa extintiva da punibilidade estejam evidentes, independente de investigação probatória, incompatível com a estreita via do habeas corpus. Precedentes"* (HC nº 63.716/SP, Relatora Ministra Jane Silva, 5ª Turma do STJ, unânime, DJU de 17/12/2007, pág. 237).

> *"A alegação de ausência de dolo na conduta do paciente, no caso concreto, não comporta exame em sede de habeas corpus, em face da vedação ao minucioso exame das provas colhidas no processo* (Precedentes do STF e do STJ)" (RHC nº 20.241, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª Turma do STJ, unânime, DJU de 05/02/2007, pág. 265).

Assim, considerando que a denúncia descreve conduta que, pelo menos em tese, constitui crime, incabível é a simples alegação de ausência de dolo, com o objetivo de trancar a ação penal, até porque, nessa fase processual, prevalece o princípio do *in dubio pro societate,* bastando, para o recebimento da denúncia, a mera probabilidade de procedência da ação penal, intentada pela Justiça Pública, que não pode ser cerceada do direito e dever de pugnar pela apuração da verdade dos fatos.

Registre-se que o trancamento de ação penal, pela via estreita do *writ,* somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, percebe-se que a imputação se refere a fato atípico, sob a ótica penal, que não está presente qualquer elemento indiciário, a comprovar a autoria do delito, ou, ainda, que houve extinção da punibilidade.

Diante do exposto, não vislumbrando constrangimento ilegal a ser sanado por esta via, acompanhando o parecer ministerial, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem. Ausente, justificadamente, o Desembargador Dorival Moreira dos Santos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 09 de setembro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1406847-38.2014.8.12.0000 - Ponta Porã
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIMES DE EXTORSÃO E PORTE DE ARMA DE USO RESTRITO COMETIDO POR MILITAR PARAGUAIO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA QUESTÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR DO PACIENTE – MERA REITERAÇÃO JÁ APRECIADA EM OUTRO HC – ACOLHIDA.

Não se conhece de tese defensiva que já foi devidamente apreciada em outro HC, tratando-se pois de mera reiteração de pedido.

HABEAS CORPUS – CRIMES DE EXTORSÃO E PORTE DE ARMA DE USO RESTRITO COMETIDO POR MILITAR PARAGUAIO – ALEGAÇÃO DE QUE O CRIME É CONCUSSÃO E QUE POR ISSO A PENA FIXADA NÃO PERMITIRIA O REGIME FECHADO – IMPOSSIBILIDADE – PACIENTE QUE NÃO É SERVIDOR PÚBLICO BRASILEIRO, MAS PARAGUAIO – ALEGAÇÃO DE QUE CORRE RISCO DE VIDA POIS ESTÁ SEGREGADO EM CELA COMUM NÃO DESTINADA A MILITARES – IMPOSSIBILIDADE – PACIENTE QUE NÃO É MILITAR BRASILEIRO, MAS PARAGUAIO – PEDIDO DE DESLOCAMENTO PARA A ESFERA FEDERAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ACORDO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL QUE AUTORIZE A DECLINAÇÃO ALMEJADA – ORDEM DENEGADA.

Não há falar em desclassificação da conduta de extorsão e porte de arma de uso restrito para o de concussão ao réu paraguaio, porque tal dispositivo penal somente tem aplicação aos servidores públicos nacionais, ou seja, àqueles que acessaram o cargo através de concurso público.

Sendo o paciente servidor militar paraguaio e não brasileiro, a ele não se estende esse tipo de crime, nem se autoriza a segregação em presídio militar ou em cela destinada a policiais.

Não se desloca a competência para a esfera federal se o paciente não comprovou a existência de acordo ou convenção internacional a respeito.

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 com o parecer, conhecer em parte do *writ* e, na parte conhecida, denegar a ordem.

Campo Grande, 21 de julho de 2014.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Rodrigo Renan de Souza interpõe o presente *habeas corpus* em favor do paciente Pedro Virgílio Ferreira.

O impetrante relata que o paciente é de nacionalidade paraguaia e é membro da Polícia Nacional do Paraguai, e que foi preso, em flagrante delito, no dia 09 de janeiro de 2013, por ter praticado, no Brasil, os crimes de extorsão, previsto no art. 158, §1º do Código Penal, e porte de arma de uso restrito previsto no art. 16, caput, da Lei 10.826/2003.

Esclarece que o flagrante foi convertida em preventiva, por estarem presentes os requisitos do art. 310, inciso II do CPP, foi requerido pedido de liberdade provisória, que foi negado, impetrado *Habeas Corpus*, que manteve a segregação, em virtude da garantia da aplicação da lei penal, após, requereu-se pedido de relaxamento de prisão preventiva, que foi novamente indeferido, sob argumento de não ter havido qualquer fato novo, que autorizasse a liberdade do paciente.

Narra, que o réu e suas testemunhas já foram interrogados, faltando somente, as testemunhas de acusação e a declaração da vítima, por meio de carta precatória, por isso, a defesa pleiteou, novamente, pedido de revogação de prisão preventiva, pois a liberdade do paciente não traria prejuízos a instrução processual, mas o pedido foi indeferido.

Argumenta, que o paciente está na iminência de perder seu cargo no país de origem, pois já foi aberto, contra ele, processo administrativo de exclusão do quadro de policiais, tornando a manutenção da segregação cautelar, excessiva. Aduz ainda, que o policial encontra-se preso em presídio comum, junto com os demais criminosos, estando em risco de vida.

Alega, que o delito praticado pelo paciente, na verdade, se trato de delito de concussão, previsto no art. 316 do Código Penal, com pena de 02 (dois) à 08 (oito) anos e multa, bem abaixo do tipo penal imputado, extorsão, que prevê pena de 04 (quatro) a 10 (dez) anos e multa.

Afirma que não estão presentes os elementos condicionantes para a aplicação de lei brasileira, como por exemplo, a dupla tipicidade, pois o delito previsto no art. 16 da Lei 10.826/2003, não é crime no Paraguai.

Ressalta, que o Brasil assinou o Pacto de São José da Costa Rica, tendo que cumprir seu compromisso com a comunidade internacional.

Sustenta, que não estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP, pois o paciente não possui antecedentes, tem emprego lícito e residência fixa, inclusive mantém vínculos com o Brasil, como consta nos comprovantes de compras em lojas da Comarca de Ponta Porã MS.

Assim requereu o deferimento da liminar para que seja revogada a prisão preventiva do paciente, colocando-o em liberdade provisória.

A liminar foi indeferida às f.90-91.

As informações foram prestadas às f.97-98.

O Parecer Ministerial encartado às f. 103-109 opina pelo não conhecimento do feito por se tratar de mera reiteração de pedido já decidido no HC 1400833-38-2014; no mérito, opina pela denegação da ordem.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Relatora).

Analiso inicialmente a preliminar de não conhecimento do feito lançada pela PGJ.

De fato, analisando o acórdão encartado às f. 74-83 constato que tal decisão já se manifestou acerca da necessidade da segregação cautelar do paciente, restando assim ementado:

> *"(...) E M E N T A HABEAS CORPUS EXTORSÃO E PORTE DE ACESSÓRIOS DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA AFASTADA INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE SEGREGAÇÃO NECESSÁRIA DIANTE DO MODUS OPERANDI, GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL IRRELEVÂNCIA DAS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE ORDEM DENEGADA.*
>
> *Resta evidenciada a gravidade concreta dos crimes, em tese cometidos, quais sejam, extorsão e porte de acessórios de arma de fogo de uso restrito, em concurso de terceiras pessoas não identificadas que, sem dúvidas, pelo modus operandi em que foi perpetrado com ameaças e através de armamento e em concurso de agentes indica a gravidade concreta da ação delitiva, o que é motivo a agravar a ação ilícita perpetrada e, por conseguinte, a demonstrar a necessidade de manter-se a segregação combatida, como forma de assegurar a ordem pública e restabelecer a tranquilidade social, que, evidentemente, restou fragilizada, o que justifica a necessidade da prisão cautelar.*
>
> *As condições subjetivas favoráveis não ensejam a concessão da liberdade, quando presentes os requisitos previstos no artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal. Com o parecer. Ordem denegada.".*

Portanto, não conheço da tese defensiva acerca da necessidade da segregação cautelar do paciente por se tratar de mera reiteração de pedido.

Entretanto, tenho que devem ser analisados outros pedidos do paciente, a saber:

- A tese de que o paciente não praticou os crimes de extorsão e porte de arma, mas sim o de concussão, cuja pena ainda que fixada no máximo previsto não autorizaria o cumprimento do regime fechado como o que se encontra atualmente;

- A tese de que está custodiado em presídio comum, apesar de ser policial, e que o caso em tela é da Justiça Federal.

Quanto à alegação de que o crime perpetrado pelo paciente é de concussão, e não extorsão, registro que tal delito previsto no art. 316 do CP somente tem aplicação aos servidores públicos nacionais, ou seja, àqueles que acessaram o cargo através de concurso público, veja-se:

> *"(...) Concussão*
>
> *Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:*
>
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa (...)".*

O preceito legal está inserido no capítulo dos crimes "praticados por funcionário público contra a administração em geral", e o artigo 327 esclarece o conceito de funcionário público, para efeitos penais, como aquele que exerce cargo ou função pública o que não é o caso do paciente, que não tem vínculo com a Administração Pública Brasileira.

No caso em tela o paciente é servidor militar paraguaio e não brasileiro, e por isso, a ele não se estende esse tipo de crime, razão pela qual rejeito esta tese defensiva.

E pelo mesmo motivo (ser servidor militar paraguaio), o paciente não possui o direito às celas destinadas a policiais brasileiros.

Quanto à alegada extraterritorialidade do o artigo 109, V e §5º da Magna Carta , ela exige outro requisito para a fixação da competência da justiça federal em tal hipótese, qual seja: que o crime esteja previsto em tratado ou convenção internacional, nesses termos:

> *"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:*
>
> *(...) V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;*
>
> *(...) § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (...)".*

Portanto, para que haja o deslocamento da competência para a Justiça Federal, não basta apenas a extraterritorialidade do delito, mas também a existência de acordo ou tratado internacional acerca do tema, o que não foi carreado aos autos, pois o apelante não trouxe qualquer comprovação em que possa fundamentar o alegado direito de ser julgado na esfera federal.

Sobre o tema, veja-se a doutrina de Edilson Mougenot Bonfim na obra Curso de Processo Penal. 6ª edição, ano 2011, página 266:

> *"(...) Cumpre observar que, para que se atraia a competência da Justiça Federal, é necessário que a prática de crime previsto em tratado ou convenção internacional extrapole a mera repercussão interna, atingindo patamares internacionais (...)".*

Registro que a conduta praticada pelo réu não atingiu reflexos internacionais, na medida em que afetou apenas a esfera jurídico-patrimonial da vítima.

Dessa forma, conclui-se pela inaplicabilidade do artigo 109, V da Constituição, bem como da ausência de interesse da União (demais hipóteses do artigo 109 da CRFB) a justificar o deslocamento da competência para a justiça federal.

Ante o exposto, em parte com o parecer, não conheço da tese acerca da desnecessidade da segregação cautelar do paciente, e no mérito restante, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, conheceram em parte do *writ* e, na parte conhecida, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 21 de julho de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0005520-71.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator designado Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ART. 33, *CAPUT* DA LEI Nº 11.343/2006 – PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO ANTE A ILEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO APELANTE POR GUARDAS MUNICIPAIS – AFASTADA – MÉRITO – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVAS DA COMERCIALIZAÇÃO – POSSE PARA CONSUMO PESSOAL – CONDUTA DESCLASSIFICADA – RECURSO PROVIDO.

Deixa-se de reconhecer a existência de vício na prisão em flagrante do apelante realizada por guardas municipais, por encontrar solução diversa que se revela mais prática, célere e benéfica a defesa. O julgador não está obrigado a apreciar todas as teses, mormente quando encontrar solução de caráter nitidamente diverso, podendo se limitar apenas a fundamentar o seu convencimento na tese que escolher trilhar.

Se a quantidade de drogas apreendidas é diminuta e não há provas da comercialização, impõe-se a desclassificação para uso, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

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 o recurso, nos termos do voto do vogal, vencido o relator.

Campo Grande, 1º de setembro de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Apelação interposta por Elvis Willian Calistro Chamorro contra a sentença de f. 173-182, que o condenou à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, ao pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, pela prática da infração prevista no artigo 33, *caput* c/c artigo 40, VI, ambos a Lei 11.343/2006.

Em suas razões recursais às f. 193-201, a defesa argúi, preliminarmente, a nulidade do feito ante a ilegalidade da prisão em flagrante do apelante por guardas municipais.

No mérito, pugna pela desclassificação do delito para o descrito no artigo 28 da Lei 11.343/06.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões às f. 208-219 e a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer às f. 224-231, opinam pelo improvimento do recurso defensivo.

VOTO (EM 28.07.2014)

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Elvis Willian Calistro Chamorro contra a sentença de f. 173-182, que o condenou à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, ao pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, pela prática da infração prevista no artigo 33, *caput* c/c artigo 40, VI, ambos a Lei 11.343/2006.

Consta da denúncia às f. 1-3, *in verbis*:

> *"(...) No dia 23 de março de 2013, por volta das 00h10m, na rua Manoel Amaro de Matos, 13, Jardim Novo Horizonte, nesta cidade, o denunciado e o adolescente D. dos S. V., em unidade de desígnios e esforços, traziam consigo para venda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 09 (nove) esferas contendo 14g (quatorze gramas) de haxixe, droga proscrita em todo o território nacional, de acordo com a Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998, com as atualizações mais recentes.*
>
> *Apurou-se que guardas municipais, em rondas pelo Jardim Novo Horizonte, visualizaram o denunciado Elvis, que estava na companhia do adolescente D. dos S. V., dispensar algo.*
>
> *Diante disso, decidiram abordá-los e constataram que o denunciado havia lançado 08 (oito) esferas de haxixe, que estavam envoltas em embalagem plástica transparente. Durante as diligências, notaram ainda que o adolescente D. dos S. V. ocultava, sob seu pé, 01 (uma) esfera do mesmo estupefaciente.*
>
> *A droga apreendida totalizou 14g (quatorze gramas) e se destinava ao tráfico. Em poder do denunciado foi encontrada também a quantia de R$ 207, 25 (duzentos e sete reais e vinte e cinco centavos), que era proveniente do mercadejo de entorpecentes.*
>
> *Salienta-se que os guardas municipais tinham recebido, via central, várias ligações anônimas que relatavam que naquele local estava ocorrendo a distribuição de drogas, razão pela qual intensificaram as rondas na região e conseguiram surpreender o denunciado e seu comparsa na posse de droga.*
>
> *Diante disso, o adolescente, que possui passagem anterior por tráfico de drogas, fora apreendido e o denunciado preso em flagrante delito (...)."*

Da preliminar

A defesa argúi, preliminarmente, a nulidade do feito ante a ilegalidade da prisão em flagrante do apelante por guardas municipais.

Afirma, às f. 196, que:

> *"Não é atribuição constitucional da Guarda Municipal realizar rondas pela cidade, no intuito de coibir tráfico de drogas. Constitui-se invasão de competência das atuações da Polícia Militar e Judiciária, previstas no art. 144, da Constituição Federal. As atribuições das Guardas Municipais são claras, conforme se lê no § 8º do artigo em comento. Se realmente houvesse denúncia de ponto de venda de drogas no local dos fatos, que tal denúncia deveria ser repassada a Polícia Militar ou Judiciária".*

Alega, às f. 198, que:

> *"Como se depreende em sólida jurisprudência, não pode a Guarda Municipal, em mera suspeita, como relataram os policiais, realizarem busca pessoal em quem quer que seja. Houve nítido constrangimento pessoal, posto que realizada por funcionário que não tem atribuição para este mister. Se realmente houvesse informações sobre existência de ponto de venda de drogas no local, que estas informações teriam ser repassadas a quem tivesse as atribuições previstas em Lei".*

Contudo, a preliminar deve ser afastada sem maiores delongas, senão, vejamos:

Como bem apontado pelo magistrado, às f. 175-176:

> *"Em que pese a limitação constitucional acerca da atuação da guarda municipal, o fato de, no caso concreto, ter abordado e efetuado a prisão do acusado, por conta da apreensão do entorpecente, não induz à ineficácia ou invalidade dos atos praticados, máxime considerando que, nos exatos termos do art. 303 do CPP, nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. E, como cediço, ex vi do art. 301, do diploma legal acima citado, até mesmo qualquer do povo pode prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".*

Inexiste vício ante a prisão em flagrante do apelante realizada por guardas municipais, cuja atuação se resume a atividade comunitária de segurança urbana, segundo art. 144, § 8º, da CF apoiando os órgãos policiais estaduais e federais quando solicitadas.

Ademais, segundo artigo 301 do CPP, qualquer um do povo pode efetuar prisão de quem esteja cometendo crime.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que o crime de tráfico de drogas possui natureza jurídica de delitos permanentes, razão pela qual a busca domiciliar e a prisão da paciente em sua casa, sem amparo de mandado judicial, não constituem violação de domicílio nem tampouco contaminam as provas colhidas. 2. *In casu*, não ocorreu a violação de domicílio vedada pela Constituição Federal, uma vez que o estado de flagrância permite a entrada de policiais no domicílio da paciente para interromper ou coibir a ação delituosa. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada. (STJ, 5.ª Turma, HC 135491/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 22.02.2010; pub. DJe de 29.03.2010)

Assim, a prisão em flagrante efetuada pela Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais, constituiu ato legal, em proteção à segurança social, razão pela qual não resta eivada de nulidade.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes:

> *HABEAS CORPUS Nº 129.932 - SP (2009/0035533-0) PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA. ART. 301 DO CPP. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão em flagrante efetuada pela Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (art. 144, § 8º, da CF), constitui ato legal, em proteção à segurança social. 2. Se a qualquer do povo é permitido prender quem quer que esteja em flagrante delito, não há falar em proibição ao guarda municipal de proceder à prisão. 3. Eventual irregularidade praticada na fase pré-processual não tem o condão de inquinar de nulidade a ação penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório,*

restando, portanto, legítima a sentença condenatória.4. Ordem denegada. (STJ;HC 2009/0035533-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 15/12/2009; DJE 01/02/2010).

PRISÃO EM FLAGRANTE POR INTEGRANTES DA GUARDA MUNICIPAL. Possibilidade. Ato que não configura usurpação de função. Aplicação do disposto no art. 301, do CPP. Ausência de nulidade. Preliminar afastada. TRÁFICO DE DROGAS E USO DE DOCUMENTO FALSO Materialidade e autoria comprovadas nos autos. Condenação mantida, exceto em relação à pena imposta ao acusado ALONCIO Ribeiro GALEZ, alterada esta para 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 676 dias-multa. Sentença condenatória mantida integralmente em relação à corré SUELI. APELO INTERPOSTO POR ALONCIO Ribeiro GALEZ PROVIDO PARCIALMENTE. DESPROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO POR SUELI SARAIVA DE Lima. (TJSP; APL 0029901-28.2008.8.26.0068; Ac. 6789405; Barueri; Quarta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Eduardo Braga; Julg. 11/06/2013; DJESP 14/06/2013).

TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRELIMINAR. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE GUARDA MUNICIPAL NÃO TEM PODER DE POLÍCIA. INOCORRÊNCIA. Mesmo não sendo a prisão atribuição dos Guardas Municipais prevista constitucionalmente, trata-se de ato legal, em proteção à segurança social, razão pela qual não resta eivada de nulidade. Se qualquer do povo é permitido prender quem quer que esteja em flagrante delito, não há falar-se em proibição ao guarda municipal de proceder a prisão. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. Impossibilidade. Palavras dos policiais corroborada por outros elementos de provas. Tipo legal incriminador que se integra de várias fases sucessivas, articuladas uma na outra desde a sua produção até a sua entrega a consumo, ainda que de forma gratuita. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; APL 0024871-34.2009.8.26.0114; Ac. 5046754; Campinas; Sexta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Machado de Andrade; Julg. 31/03/2011; DJESP 15/04/2011)

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico ilícito de drogas Artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 PRELIMINAR Nulidade por ilicitude da abordagem realizada pelos guardas municipais Inocorrência Guardas municipais que agiram somente na situação de flagrância, não desempenhando ações privativas das forças policiais Delito de natureza permanente Prisão em flagrante formalizado pela autoridade policial competente Inteligência do artigo 301 do Código de Processo Penal REJEIÇÃO MÉRITO Absolvição ou, ainda, desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas Descabimento Materialidade e autoria devidamente comprovadas Palavra dos agentes públicos Credibilidade Precedentes Ausência de atos de mercancia Irrelevância Tipo misto ou de conteúdo variado Inexistência de testemunhas civis Circunstância que não infirmou a coesa prova acusatória Condenação mantida Dosimetria penal Majoração das basilares em razão da existência de maus antecedentes e acréscimo, na segunda etapa dosimétrica, decorrente da recidiva Inocorrência de bis in idem, porquanto as elevações procederam de condenações distintas Concessão da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas Impossibilidade Acusado reincidente Inexistência de violação do princípio do "ne bis in idem A elevação das penas em decorrência da reincidência, bem como a impossibilidade de concessão da redutora prevista na Lei de Drogas por esta mesma circunstância, possui natureza jurídica diversa Precedentes RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; APL 0067071-22.2010.8.26.0114; Ac. 7354424; Campinas; Terceira Câmara Criminal Extraordinária; Rel. Des. Silmar Fernandes; Julg. 13/02/2014; DJESP 11/03/2014)

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de entorpecentes (artigo 33, caput, C.C. Artigo 40, incisos III e VI, ambos da Lei nº 11.343/06) Recurso da Defesa Preliminar Nulidade da denúncia anônima INADMISSIBILIDADE. É dever dos Policiais proceder com a abordagem e consequente prisão em flagrante. Preliminar rejeitada. Absolvição IMPOSSIBILIDADE Autoria e materialidade comprovadas. Depoimentos seguros Condenação mantida. Prisão

em flagrante delito Dispensabilidade de mandado de busca e apreensão. Importante salientar que qualquer do povo pode efetuar a prisão, de modo que a abordagem realizada por Guardas Civis Municipais resta legítima. Aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas na fração máxima estabelecida (2/3). Fixação de regime mais brando. Recurso Ministerial Afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos INADMISSIBILIDADE Acolhendo o entendimento da Suprema Corte. Recurso Ministerial improvido e recurso defensivo parcialmente provido. (TJSP; APL 0002380-84.2011.8.26.0624; Ac. 6844435; Tatuí; Décima Segunda Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Paulo Rossi; Julg. 26/06/2013; DJESP 12/07/2013)

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. 1. Tráfico de drogas. Pleito de absolvição. Aventada insuficiência de provas da autoria do delito. Invocada nulidade da prova material. Prisão em flagrante realizada por guardas municipais. Busca pessoal. Validade. Precedentes jurisprudenciais. Auto de constatação provisória. Prova indiciária exigida tão- somente para o início da persecução penal. Inteligência ao art. 50, § 1º, da Lei nº 11.343/06. Laudo definitivo que atesta a natureza entorpecente das drogas apreendidas. Invocada ausência de provas de autoria. Aventada nulidade dos depoimentos das testemunhas que anteriormente funcionaram como peritos. Tese não acolhida. Guardas municipais que flagraram a ação delituosa e que são aptos a prestar depoimento. Invocação do princípio da insignificância. Pequena quantidade de droga apreendida. Irrelevância. Nefasto desvalor social da conduta. Alegada condição de usuário de entorpecentes e sua posse para consumo próprio. Tese não acolhida. Evidências dos autos que apontam posse e a venda de drogas a terceira pessoa. Desclassificação. Impossibilidade. Decreto condenatório mantido. 2. Pena. Pena-base fixada pouco acima do mínimo legal. Valoração negativa da culpabilidade em face da natureza das drogas apreendidas. Decisão escorreita. Inteligência ao art. 42 da Lei nº 11.343/06. Pleito de majoração da fração de diminuição da pena decorrente do art. 33, § 4º, da Lei de drogas. Impossibilidade. Decisão concretamente motivada nas circunstâncias do crime, sobretudo a natureza das drogas. Ausência de bis in idem. Art. 42 da Lei nº 11.343/06 que serve de parâmetro para toda a dosimetria de pena. Pleito de desconsideração da hediondez do delito. Tese não acolhida. Tráfico de drogas. Delito equiparado a hediondo, em qualquer de suas modalidades. Pena mantida. Regime prisional. Readequação dos fundamentos. Manutenção do regime fechado. Recurso desprovido. (TJPR; ApCr 0913701-5; Curitiba; Terceira Câmara Criminal; Rel. Juiz Conv. Jefferson Alberto Johnsson; DJPR 27/03/2013; Pág. 515)

Por todo o exposto, rejeito a preliminar aventada.

Do mérito

No mérito, pugna pela desclassificação do delito para o descrito no artigo 28 da Lei 11.343/06, ante a ausência de provas robustas para evidenciar o tráfico de drogas.

Entretanto, as provas coligidas nos autos apontam em direção contrária, demonstrando o envolvimento do apelante com o tráfico de entorpecentes.

A materialidade é inconteste e resta comprovada por meio do auto de exibição e apreensão estampado às fls.22/23, laudo preliminar à f.26, laudo definitivo, às fls.90/93, bem como pelas demais provas orais colhidas.

Interrogado às f. 16-17 na polícia, o apelante nega o tráfico, admitindo apenas o uso de drogas, alegando que a droga pertencia a D. dos S. V.

O menor D. dos S. V., com 14 anos à época dos fatos, na polícia, às f. 14-15, afirma que na data de 23 de março, por volta das 00h20 mim, encontrava-se na sua residência ocasião em que chegou o apelante Elvis.

Alega que estava com certa quantidade de haxixe ocasião em que foram utilizar o mesmo, e quando Elvis estava preparando a droga para utilizar, uma viatura da Guarda Municipal chegou no local, oportunidade em que Elvis dispensou a droga que estava consigo, ou seja oito esferas de haxixe. Aduz que a droga lhe pertence.

O laudo pericial, às f. 133-146 concluiu que o apelante, revelou-se plenamente imputável e com dependência em grau meramente leve, porém possuía plena capacidade de entendimento e autodeterminação.

Os guardas municipais, Samuel, às f. 9-10 e Moises, às f. 12-13 narram com riqueza de detalhes como ocorreu o flagrante e a apreensão da droga.

Embora o apelante afirme que a droga era destinada ao consumo em conjunto com o adolescente D. dos S. V., as provas carreadas no caderno processual, principalmente as constantes das audiências, às f. 115; 125, conforme depoimentos do áudio digital apontam para a traficância.

Com efeito, como bem decidido pelo magistrado cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

> *"De igual sorte, dúvida alguma remanesce quanto à autoria, a despeito da negativa apresentada pelo réu, que tentou imputar unicamente ao adolescente o cometimento do delito.*
>
> *Inquirido em juízo, o guarda municipal Samuel Vieira de Lima discorreu não apenas sobre a quantidade de entorpecentes encontrada com o acusado e com o adolescente como, também, salientou ter visualizado o momento em que Elvis dispensou o invólucro em que estavam oito esferas de haxixe. Acrescentou que, na oportunidade, vizinhos ainda comunicaram que ambos estavam há tempos comercializando drogas naquele local (fl.115).*
>
> *No mesmo tom o depoimento de Moisés Gonçalves de Souza na fase judicial (fl.115), seja quanto ao fato de ter visualizado o acusado dispensar o invólucro que continha o entorpecente, ou seja, quanto ao fato de o mesmo não conseguir explicar a origem da importância em dinheiro que consigo mantinha.*
>
> *E não se detectou motivo algum para que mentissem ou para que tentassem incriminar injustamente aludido acusado, a despeito dos argumentos neste particular expendidos pela defesa técnica, tampouco detectou-se contradições que comprometessem a essência das informações que prestaram.*
>
> *Note-se que Elvis, na realidade, ao ser interrogado em juízo, nem chegou a negar a existência da quantidade de entorpecentes então apreendida.*
>
> *Confirmou que a mesma encontrava-se no local e fora realmente apreendida, argumentando, apenas, que pertenceria ao adolescente. No entanto, é de se ver que os guardas municipais foram enfáticos em audiência ao esclarecer tê-lo visto dispensar o invólucro que continha as oito esferas de haxixe.*
>
> *E isso não restou infirmado ao longo da instrução, apesar da dilação probatória assegurada, mesmo porque as demais pessoas ouvidas, Vilmar Calixto (fl.115), Edney Teixeira de Moura e Vilma Calixto Martinez (fl.125), limitaram-se a discorrer sobre a dependência do referido acusado, enfim, circunstância que não obsta a caracterização do delito em comento, porquanto conhecida a figura do viciado-traficante.*

> *De outro lado, visasse o próprio consumo, é evidente que Elvis não experimentaria a necessidade de consigo manter os vários papelotes dantes citados, mas apenas o suficiente para o uso momentâneo, armazenando o restante em local seguro, visando consumi-lo em outra ocasião (...)*
>
> *Oportuno ressaltar que para a caracterização de tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de o infrator não ter sido colhido pelos policiais no próprio ato da venda da mercadoria proibida, bastando, como na espécie, que mantenha consigo a substância, para fins de traficância, sendo inexigível a traditio".*

Acrescento, *in casu*, que os depoimentos dos policiais são harmônicos e coerentes entre si e inexistem nos autos provas capazes de colocar em dúvida a idoneidade das declarações prestadas por eles, principalmente ante as evidências da prática de traficância, no contexto fático trazido aos autos.

A pretensão da defesa de que o apelante é apenas usuário de drogas não convence, pelas próprias circunstâncias fáticas do caso concreto, pois conforme auto de apreensão às f.22-23, foram aprendidos 9 esferas de haxixe acondicionadas em porções individuais, totalizando 14 gramas, R$ 270,25 divididos em várias notas em espécie e sequer foi provada a origem do numerário, pois embora afirmou que era ajudante de pedreiro, às f. 16, não logrou comprová-lo ônus que lhe competia.

Ademais a condição de usuário não desnatura a de traficante, que muitas vezes utiliza desse artifício para sustentar seu vício.

Nessa linha, incompatível a tese da defesa de que a droga era para consumo próprio, isto é, não haveria razão para um usuário embalar a droga para o próprio uso.

Nesse sentido:

> *"A prova, no tráfico de entorpecentes praticado com características de maior gravidade, deve ser apreciada em seu conjunto, não podendo ser desprezados depoimentos de policiais e nem indícios e presunções que levam à conclusão da responsabilidade penal dos acusados."* [1]
>
> *"(...).Não há que se falar em absolvição com base em negativa de autoria, quando o conjunto probatório é amparado em elementos de prova suficientes, como o testemunho prestado por policiais, bem como a prisão em flagrante do agente, dão suporte para a condenação.* [2]

Vale ressaltar por fim que o crime de tráfico de drogas é de conteúdo típico alternativo, múltiplo ou variado, englobando diversas condutas, dentre as quais, expor à venda, trazer consigo, guardar, ter em depósito e etc, não sendo necessária a efetiva comprovação do comércio para tipicidade da conduta.

Desta forma, ante as circunstâncias elencadas nos autos, a demonstrar a prática do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, resta inviável o pleito desclassificatório do apelante.

No que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais, em razão de ter sido amplamente debatido nos autos.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa.

1 TRF - 4ª. Reg. - AC 92.04.08590-8 - Rel. Ari Pangendler. (JSTJ E TRF LEX 47/525.

2 TJMS - Segunda Câmara Criminal - Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.033733-4/0000-00 - Mundo Novo. Relator - Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgado em 12/12/2011

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Revisor)

Após analisar os autos, acompanho o e. Des. Manoel Mendes Carli, relator, para negar provimento ao recurso, nos termos do voto que proferiu.

Conclusão do julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista do vogal (Des. Romero Osme Dias Lopes), após o relator e o revisor negarem provimento ao recurso.

VOTO (EM 1º.09.2014)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Vogal)

Pedi vista dos autos para formular o voto divergente, pois após analisar detidamente os fatos cheguei a conclusão diversa do e. Relator.

No tocante a preliminar vou acompanhar o e. Relator para afastá-la, o que não significa que esteja de acordo com seu entendimento, mas por encontrar solução diversa para o caso.

Sucintamente, ressalto que, por parte da guarda municipal, houve extrapolação de sua restrita competência constitucional, pois não obstante qualquer do povo possa efetuar a prisão em flagrante de quem estiver cometendo crime, e essa expressão "qualquer do povo" inclui a Guarda Municipal, é certo que tal previsão também possui certos limites que foram violados.

Mas a razão é outra. E que, no mérito, a desclassificação para o uso de drogas, além de ser medida de justiça (como passarei a demonstrar), do ponto de vista técnico, é muito mais prático, célere e benéfico a defesa.

Ademais, o julgador não está obrigado a apreciar todas as teses, mormente quando encontrar solução de caráter nitidamente diverso, podendo se limitar a apenas a fundamentar o seu convencimento na tese que escolher trilhar.

No tocante ao mérito, assiste razão a defesa em pleitear a desclassificação do crime tráfico ilícito de drogas para o crime de porte para uso, previsto no art. 28 da Lei de Drogas, por não vislumbrar a existência de provas da comercialização do entorpecente aprendido.

A questão é bem simples.

A materialidade está comprovada e sequer foi objeto do recurso.

Outrossim, após a leitura da sentença e do voto prolatado pelo e. Relator, entendo ser imprescindível frisar que o acusado não nega que estivesse de posse da droga no momento da abordagem e que ao avistar a viatura da guarda municipal tentou dispensa-la jogando-a ao chão.

O acusado apenas ressalta que a droga pertencia ao menor e que estaria de posse dela apenas para prepara-la para o consumo.

Digo isso por que ambos, o magistrado *a quo* e o e. Relator, não repararam sobre fato que é incontroverso nos autos, sem adentrar ao cerne da discussão e das teses suscitadas pela defesa, qual seja, a destinação da droga, que passo a analisar.

Ao serem interrogados em sede policial ambos, o acusado e o menor D. dos S. V., negaram a traficância, mas admitiram o uso de entorpecente.

Ainda em sede policial (f. 16-17), o apelante negou o tráfico, admitindo apenas o uso de drogas, alegando que a droga pertencia ao menor D. dos S. V. e que, no momento da abordagem estaria de posse da mesma porque estaria preparando-a para o consumo.

O menor D. dos S. V., com 14 anos à época dos fatos, na polícia, às f. 14-15, afirma que na data de 23 de março, por volta das 00h20 mim, encontrava-se na sua residência ocasião em que chegou o apelante Elvis.

Alega que possuía certa quantidade de haxixe ocasião em que foram juntos utiliza-lo, e quando Elvis pegou a droga para prepara-la para a utilização, uma viatura da guarda municipal chegou no local, oportunidade em que Elvis dispensou a droga que estava consigo, ou seja oito esferas de haxixe. O menor informou que a droga lhe pertencia.

Não obstante tenham sido ouvidos sem a presença do advogado ou defensor público, não se contradisseram, mas antes, apresentaram versão convergente e harmônica, não se podendo cogitar que no presente caso houve a apresentação de versão defensiva pré-orquestrada, para eximir o acusado do suposto crime de tráfico ilícito de drogas, que ora lhe é imputado na denúncia e pelo qual foi condenado.

Ademais, comprovou-se a dependência química em grau leve conforme laudo de f. 133-146.

Já de outro lado, no tocante as testemunhas de acusação, mais precisamente os guardas municipais que efetuaram a prisão, seus depoimentos não permitem concluir pela comercialização da droga pois apenas noticiam de que o acusado estava de posse da droga e quando visualizou a viatura a atirou ao solo.

Não houve investigação prévia, não houve campana para avaliar se havia movimentação de usuários, aliás, não visualizaram o acusado efetuando a venda do entorpecente a qualquer usuário, ou ainda, apreenderam qualquer usuário que tenha apontado o acusado como traficante.

Logo, é de se concluir que a apreensão se deu ao acaso, pois o acusado e o menor ao visualizarem a viatura, provavelmente se atemorizaram e dispensaram uma sacolinha contendo o entorpecente, o que por sua vez, chamou a atenção dos guardas municipais, desencadeando a abordagem, que culminou na apreensão e prisão em flagrante do acusado.

Outrossim, a quantidade de drogas apreendidas e o dinheiro, desacompanhados de outras provas da mercancia do entorpecente, não autorizam por si só a conclusão pela traficância, pois a quantidade de drogas consistente em 8 esferas de haxixe (14 gramas) é pequena e perfeitamente compatível com o porte para uso.

Ademais, devo ressaltar que o dinheiro apreendido (R$ 207,00) não revela traficância, sendo que, qualquer pessoa pode ser encontrada na rua de posse de dinheiro, inclusive o usuário de drogas, e certamente não são estes que tem o ônus de comprovar a origem lícita do dinheiro.

Aliás, a previsão constitucional de presunção de inocência impõe ao órgão acusador a comprovação inequívoca da origem espúria do dinheiro pela comercialização da droga, o que nem minimamente logrou fazer.

Portanto, não há uma única prova da comercialização do entorpecente.

Mas ao contrário, os depoimentos dos guardas municipais colhidos em juízo destoam dos depoimentos colhidas na fase policial.

Na fase policial, afirmaram que faziam rondas locais devido a existência de denúncias anônimas de tráfico de drogas naquele local.

Posteriormente, na fase judicial apenas afirmaram estar realizando rondas no local quando avistaram o acusado e o menor em atitude suspeita e que, dado ao fato de terem dispensado o entorpecente, resolveram realizar a abordagem.

Tal contradição fulmina definitivamente o único indício que em tese poderia existir acerca da comercialização da droga.

Julgo necessário tecer algumas considerações acerca dos casos onde ocorre suposta denúncia anônima, pois tem sido comum afirmações desta natureza por agentes públicos na repreensão do tráfico de drogas, sem o mínimo de transparência, pois simplesmente se limitam a afirmar que receberam uma denúncia anônima e não se dão ao trabalho de reduzir a termo seu conteúdo, firmar um protocolo de atendimento telefônico com data e horário, ou juntar qualquer gravação de voz da pessoa que em tese noticia o fato.

Portanto, tal situação exige cautela por parte do julgador no acatamento de tais afirmações, pois não são minimamente materializadas para fazer parte do processo-crime, não dando a defesa qualquer chance de contesta-la, isso quando não raras as vezes, constituem o único indício da destinação da droga e da prova do comércio ilícito.

Era de se esperar que nestes casos, o trabalho policial fosse mais criterioso, com melhor produção de provas, efetuando uma investigação prévia, com campanas ou aguardando o momento da venda do entorpecente ao usuário para a prisão em flagrante, apresentando deste modo, maior transparência e seriedade. De outro modo, não há como respalda-lo.

É isso exatamente que ocorre no presente caso, os guardas municipais querendo justificar sua atuação e convicção pessoal acerca da destinação da droga, desprovidos de maiores elementos de prova, afirmaram que agiam devido a existência de denúncias anônimas de venda de droga naquele local. Aliás, qual é o número do telefone da guarda municipal que atende comunicação de prática de crimes uma vez que eles não detêm competência para policiamento ostensivo?

Ao que parece, de maneira imoral e leviana, mentiram quando foram ouvidos em sede policial afirmando que havia uma denúncia anônima de venda de drogas naquele local envolvendo a pessoa do acusado e o menor D. dos S. V. e depois, quando ouvidos em juízo retificaram seus depoimentos anteriores, passando a afirmar que após os fatos, tomaram conhecimento de que havia denuncias anônimas de venda de drogas naquele local.

Afinal, com esta contradição resta saber se havia ou não uma denúncia anterior de venda de drogas naquele local.

Certamente esta afirmação leviana acabou por agravar a situação do apelante, dando causa a uma denúncia muito mais grave, de tráfico ilícito de drogas, fundada única e exclusivamente nesta afirmação, uma vez nenhuma outra prova há do comércio ilícito de drogas.

Isso é suficiente para mostrar o despreparo desta guardar municipal que, aliás, faria muito bem em atentar para sua atribuição constitucional restrita, previstas no art. 144, § 8°, da Constituição Federal, qual seja, proteger os bens, serviços e instalações do município, já que não possuem competência para realização de policiamento ostensivo, o qual é próprio da polícia militar.

Destarte, desclassifico a conduta de tráfico ilícito de drogas do apelante para aquela prevista no art. 28 da Lei de Drogas.

Passo a fixar a pena.

Considerando a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo-lhe a pena-base em 05 meses de prestação de serviços a comunidade.

Presente a atenuante da confissão espontânea, todavia mantenho a pena fixada por se encontrar no mínimo legal previsto, e por ser necessário a reprovação da conduta, a qual torno definitiva neste patamar.

Deixo a cargo do juízo da execução penal a estipulação da maneira e do local da prestação de serviços, devendo ainda, observar o período de segregação cautelar a que foi submetido o apelante para fins de detração da pena, considerando o tempo de prisão como pena já cumprida.

Por todo exposto, contra o parecer ministerial, dou provimento ao recurso para desclassificar a conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas, fixando-lhe a pena de prestação de 05 meses de serviços a comunidade, substituída pelo tempo de prisão cautelar a que foi submetido o apelante.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Revisor)

Após ouvir o voto de vista, retifico meu voto para acompanhar o e. Des. Romero Osme Dias Lopes, que deu provimento ao recurso interposto por Elvis Willian Calistro Chamorro a fim de desclassificar a conduta para o tipo previsto no artigo 28 da Lei de Drogas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram o recurso, nos termos do voto do vogal, vencido o relator.

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, 1º de setembro de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0021558-30.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – EXECUÇÃO PENAL – CRIME MILITAR – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – LIVRAMENTO CONDICIONAL – CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO DA PENA – OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DO CÓDIGO PENAL COMUM – POSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE PRESÍDIO MILITAR NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – ARTIGO 2°, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E SÚMULA 192 DO STJ – RECURSO PROVIDO.

A teor da interpretação do artigo 2°, parágrafo único, da Lei de Execução Penal e da Súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça, não dispondo o Estado de penitenciária militar, deve o militar condenado por crime militar cumprir a pena em estabelecimento prisional comum, submetendo-se à Lei de Execução Penal e ao Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, prover o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 4 de agosto de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Jidevaldo de Souza Lima interpõe agravo criminal contra a decisão proferida pelo Juiz da Vara da Auditoria Militar Estadual, às f. 31-32, que indeferiu a retificação do cálculo de pena, mantendo a fração utilizada pelo Código Penal Militar para a concessão da benesse do livramento condicional.

Sustenta que o *decisum* viola o parágrafo único do art. 2º da Lei 7210/84 (LEP), posto que o agravante cumpre pena em estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária, devendo ser aplicado *in casu* o art. 83, I do Código Penal, que exige o cumprimento de 1/3 para o livramento condicional.

Assim, requer o provimento do recurso, determinando-se que novo cálculo seja elaborado, de acordo com o disposto no art. 83, I, do Código Penal, nos moldes do que dispõe o parágrafo único, do art. 2º da Lei 7210/84.

Contrarrazões, às f. 23-30, pelo improvimento do recurso e elabora prequestionamento.

Em juízo de retratação, às f. 31-32, a decisão foi mantida.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 44-53, pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 28/07/2014)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

Afirma o agravante que a lei castrense, que prevê a aplicação do livramento condicional tão somente após o cumprimento de 1/2 (metade) da pena, não deve ser aplicada à execução de sua reprimenda.

Assevera que cumpre pena em estabelecimento penal sob jurisdição ordinária e, por essa razão, deve incidir o art. 131 da Lei 7.210/84, fazendo jus ao benefício após o cumprimento de 1/3 (um terço) da pena, visto que é primário.

Requer, ao final, a reforma da decisão objetivando a elaboração de novo cálculo de pena, de acordo com o art. 83 do Código Penal.

Assiste-lhe razão.

O Código Penal Militar, em seu artigo 89, ao traçar as condições temporais para a obtenção do livramento condicional aos condenados por crime militar, preceitua:

> *Art. 89. O condenado a pena de reclusão ou de detenção por tempo igual ou superior a dois anos pode ser liberado condicionalmente desde que:*
>
> *I – tenha cumprido:*
>
> *a) metade da pena, se primário;*
>
> *b) dois terços, se reincidente;*

De seu turno, o artigo 131 da Lei de Execução Penal remete-nos ao artigo 83 do Código Penal, que possibilita a concessão do benefício ao condenado que tenha cumprido um terço (1/3) da pena, se primário, e metade (1/2), se reincidente.

O artigo 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, contém uma norma para aplicação subsidiária do estatuto ao prever:

> *Art. 2º (...)*
>
> *Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.*

Dos regramentos contidos nos dispositivos citados depreende-se que o condenado da Justiça Militar que cumpre pena em presídio sob administração dessa Especializada deve observar, para efeitos gerais de execução penal e, mais especificamente, para obter o livramento condicional, as disposições do Código Penal Militar.

Por outro lado, estando o indivíduo condenado pela Justiça castrense recolhido a um estabelecimento penal comum, aplicam-se a ele as regras da Lei de Execução Penal.

A propósito, esse é o teor da Súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça:

> *Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.*

Ocorre que no Mato Grosso do Sul não há presídio militar legalmente constituído, sendo que os condenados por crimes militares cumprem pena em alas do presídio comum e, em alguns casos específicos, no quartel do Comando-Geral.

Se isso não bastasse, frisa-se, por oportuno, que a composição plenária deste Tribunal de Justiça, em sessão realizada em 14.2.2007, julgou inconstitucional, por vício formal de iniciativa, a Lei Estadual n. 2.607/2003, que criava o "Presídio Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, a ser denominado Fidelcino Rodrigues (Sargento Baiano)" (DJ n. 1.453 de 9.3.2007).

Cumpre salientar que esta Corte, por maioria, decidiu na Seção Criminal:

> *EMBARGOS INFRINGENTES EM AGRAVO CRIMINAL – CRIME MILITAR – LIVRAMENTO CONDICIONAL – REQUISITO TEMPORAL DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – OBEDIÊNCIA AO ART. 6º DO CPPM – RECURSO PROVIDO.*
>
> *A execução penal do preso militar é regulada pelas disposições da LEP (Lei n. 7.210/84) e não pelo Código Penal Militar, nos termos do art. 6o do CPPM. (*Embargos Infringentes em Agravo Criminal - N. 2008.033516-5/0001-00, Relator Designado Des. João Batista da Costa Marques, Julgado em 20.5.2009 – Seção Criminal)

Por outro lado, ainda que possa ser alegado que o estabelecimento prisional tenha administração castrense, não merece o condenado por crime militar impróprio, ou seja, por aquele delito também previsto no Código Penal e que pode ser praticado por outros autores não militares, tenha tratamento distinto na execução da pena, e, neste caso, prejudicial, em razão de qualidade pessoal.

Verifica-se dos autos que o condenado, ora agravante, cumpre a pena de 3 anos e 10 meses de reclusão pela prática dos delitos descritos nos artigos 303, *caput,* c/c 53, *caput,* e 319 c/c 71, *caput,* todos do Código Penal Militar, todos crimes militares impróprios.

Com efeito, a imposição de requisitos diferenciados para obtenção de benefícios no cumprimento da reprimenda não se encontra em harmonia com os princípios constitucionais da isonomia, bem como da dignidade da pessoa humana e de seu subprincípio da humanização da pena.

Impõe-se pela humanização da pena a proibição daquelas degradantes e cruéis, sendo, neste sentido, também as que impedem benefícios legais ao condenado, impondo períodos de cumprimento de pena privativa de liberdade maiores que o necessário.

Em trabalho intitulado de "Humanização da Pena – um problema de direito penal[1]", o Ministro José Augusto Delgado, afirmou:

> *A morte moral do homem preso ocorre de hora em hora, de minuto a minuto, de segundo a segundo. É um morrer constante que a sociedade, através do Estado, não quer ver, não quer socorrer. A vítima não tem direito de ser ouvida. Grita em socorro da família que paulatinamente lhe vai abandonando. O Estado não se lembra de sua existência. A morte civil se aconchega à morte moral. Vida cívica já foi consumida. Sobra o resto do ser humano para a sociedade cuidar, dele se defender, quando muito mais fácil teria sido a luta pela sua reeducação e ressocialização.*

Sobre o tema, veja-se a lição do Des. José Antônio Paganella Boschi[2]:

1 Capturado na Internet em 18/06/2008: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8613/4/Humaniza%C3%A7%C3%A3o_da_Pena_um_Problema.pdf

2 Das Penas e seus Critérios de Aplicação, ed. Livraria do Advogado, 2000, págs. 39/42.

> *O princípio da humanidade das penas - seja pela catalogação, seja pela execução - não pode, pois, continuar sendo algo etéreo. Se os investimentos a cargo do poder público não se fizerem sentir, para melhoria das condições das penitenciárias, de modo a poder-se alcançar o ideal de ressocialização mínima, os tribunais, que norteiam sua ação pela justiça e não pela conveniência política, precisarão rever e flexibilizar sua jurisprudência, de modo a permitir, por exemplo, em nome do princípio de humanidade das penas, o cômputo de benefícios executórios sobre o limite de trinta anos, cessando os suplícios do condenado à prisão perpétua, ou a progressão nos regimes carcerários, para os condenados por crimes hediondos, nos moldes previstos na Lei nº 9.455/75, relativa aos crimes de tortura.*
>
> *É esse princípio que fornece substrato a concepção garantista de Luigi Ferrajoli, para quem o recolhimento de alguém à prisão não pode jamais exceder a 10 anos. É princípio que dá o lastro ao dever de respeito à pessoa humana, tal como o enunciou Beccaria. De acordo com as palavras do ilustre magistrado europeu, "... acima de qualquer argumento utilitário, impõe uma limitação fundamental à qualidade e à quantidade da pena. E este o valor sobre o que se funda, irredutivelmente, a recusa à pena de morte, às penas corporais, às penas infamantes e por outro lado a de prisão perpétua e às penas privativas de liberdade excessivamente longas.*

E conclui:

> *O juiz criminal, ao individualizar as penas na sentença, deve fazê-lo, portanto, imbuído, sempre, desse sentido de humanidade. Sem ele as penas voltarão a ser o "mal" contra o crime, como propunham os clássicos, desprovidas de finalidades construtivas ou integradoras.*

A individualização da pena deve ser buscada não só na aplicação, como também na execução da reprimenda imposta, objetivando, além do caráter retributivo e preventivo, a ressocialização do preso.

Desta feita, o falido sistema carcerário brasileiro não vem contribuindo para o retorno do condenado à sociedade, devendo-se prestigiar cada vez mais o instituto do livramento condicional.

Sobre o livramento condicional, salientou Guilherme de S. Nucci[3], em sua obra Código Penal Anotado:

> *"(...) a pena imposta, além do seu caráter aflitivo (ou retributivo), deve ter o fim de corrigir, de readaptar o condenado. Como derradeiro período de execução da pena pelo sistema progressivo, o livramento condicional é a antecipação de liberdade ao sentenciado, a título precário, a fim de que se possa averiguar como ele se vai portar em contato, de novo, com o meio social. Esse período de experiência tem de ser relativamente longo sob pena de resultar ilusório (...)"*

A propósito, veja-se sobre a evolução do livramento condicional no ordenamento pátrio brasileiro comentado por Francisco César Pinheiro Rodrigues[4]:

> *Em 1924 foi editado o Dec. 16.665, de 6 de novembro, facultando a concessão do livramento condicional a todos os condenado a penas restritivas de liberdade por tempo não menor de quatro ano de prisão. Já com o Código penal de 1940 o requisito temporal baixou para detenção ou reclusão superior a três anos. Finalmente, com a Lei 6.416/77, o livramento condicional passou a ser possível a dois anos, como que a demonstrar a*

3 7.ª ed., RT, p. 455-6.

4 *in* Recuperação e Livramento Condicional, RT 577/475.

> *conscientização geral de que não interessa à comunidade manter pessoas reclusas por longos períodos, desperdiçando mão-de-obra útil, arruinando vidas e famílias e onerando tremendamente o Estado com despesas de segurança, alimentação dos presos e contínua construção de presídios.*

Com a nova parte geral do Código Penal dada pela Lei n.º 7.209/84, os requisitos para a concessão do livramento condicional foram alterados para o cumprimento de mais de um terço da pena, se não reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes, e metade, se reincidente em crime doloso e, nesse sentido, releva conhecer dos motivos do legislador reformador:

> *O Projeto dá novo sentido à execução das penas privativas da liberdade. A ineficácia dos métodos atuais de confinamento absoluto e prolongado, fartamente demonstrada pela experiência, conduziu o Projeto à ampliação do arbitrium iudicius, no tocante à concessão do livramento condicional.*

Nessa seara, importa-nos considerar que o Código Penal, na sua redação original de 1940, dispunha como requisito temporal para a concessão do benefício o cumprimento da pena restritiva de liberdade nos mesmos termos em que o art. 89 do Código Penal Militar, de 1969, prevê o livramento condicional até hoje, quedando-se os dois códigos em injustificável descompasso.

Diante do exposto, contra o parecer, dou provimento ao presente agravo criminal para determinar que o cálculo de pena do agravante seja elaborado, de acordo com o disposto no art. 83, I, do Código Penal, nos moldes do que dispõe o parágrafo único, do art. 2º da Lei 7210/84.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão do julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Carlos Eduardo Contar), após o relator e o 2º vogal darem provimento.

VOTO (EM 04/08/2014)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal):

Divirjo do voto proferido pelo d. relator, pois entendo que devem ser aplicadas regras específicas do Código Penal Militar no tocante ao livramento condicional.

A Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execução Penal) prevê a aplicação da legislação castrense, quando o preso militar encontra-se cumprindo pena em estabelecimento prisional militar. Esta é a conclusão a que se chega com uma leitura, *contrario sensu*, do art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

> *"Art. 2º A jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.*
>
> *Parágrafo único.* ***Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária****."* (Destaques não originais)

Como se vê, a referida lei somente será aplicada ao condenado pela Justiça castrense quando a reprimenda for cumprida em estabelecimento prisional sujeito à jurisdição ordinária, isto com o intuito de evitar tratamento disciplinar diferenciado a presos recolhidos no mesmo local, o que violaria frontalmente o princípio da isonomia.

Não estando o preso recolhido em estabelecimento penal comum, não se aplica a Lei de Execução Penal ao preso militar, mas sim a legislação especial, no caso o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar.

Não é outra a conclusão do saudoso Júlio Fabbrini Mirabete, ao comentar referido dispositivo, *in verbis*:

> *"Ficam todos, portanto, submetidos ao mesmo regime jurídico da Lei de Execução Penal, a ser aplicada pela Justiça ordinária.* ***De outro lado, estando o condenado pela Justiça castrense recolhido a estabelecimento prisional militar, não se aplicam a ele as regras de Lei de Execução Penal****."* [5] (Destaques não originais)

Este assunto encontra-se pacificado na jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores:

> *"A Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) só se aplica aos apenados pela Justiça Militar quando recolhidos a estabelecimento prisional sujeito à jurisdição ordinária."* [6]

> *"O militar condenado, com sentença transitada em julgado, se cumpre a pena em estabelecimento militar, sujeita-se ao regime de cumprimento da legislação especial e não a de que trata a Lei de Execuções Penais (art. 2º, par. único da LEP)."* [7]

> *"Inexiste constrangimento ilegal em decisão que indeferiu o livramento condicional a condenado por crime militar que não preencheu o requisito objetivo (temporal). De outro lado, em caso de crime militar, o benefício do livramento condicional tem previsão específica no art. 89, I, do CPM, sendo este o dispositivo legal que o regula. Ordem denegada."* [8]

Também este Tribunal de Justiça já enfrentou a matéria em julgamento de diversos agravos, tendo esta colenda 2ª Câmara Criminal firmado o entendimento no sentido da aplicabilidade da Lei de Execução Penal ao preso que cumpre pena em presídio militar. Neste sentido colhe-se:

> *"Conforme pacífico entendimento dos Tribunais Superiores, por disposição expressa do art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, quando o condenado por crime militar cumpre pena em presídio militar ou em estabelecimento penal a ele equiparado, aplicam-se os prazos previstos na legislação castrense, como requisito objetivo para a concessão do livramento condicional, previsto no art. 89, I, do Código Penal Militar."* [9]

> *"Por disposição expressa do artigo 2.º da LEP, quando o condenado por crime militar cumpre pena em estabelecimento penal militar, se aplicam os prazos previstos na legislação castrense como requisito objetivo para a concessão do livramento condicional, conforme artigo 89, do Código Penal Militar."* [10]

5 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**, 11 ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 36.
6 STF, HC 73.920-2, 2ª T., rel. Min. Carlos Veloso, j. 20/08/96.
7 STJ, RHC 2.254/RS, 5ª T., rel. Min. Jesus da Costa Lima, j. 05/10/1992.
8 STJ, HC 24.391/RJ, 5ª T., rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17/12/2002.
9 AgExPe 2011.012829-2, 2ª T. Crim., rel. Des. Carlos Eduardo Contar, j. 25/05/2011, DJ 02/06/2011.
10 AgExPe 2007.0021562-6, 2ª T. Crim., rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

In casu, observo que o agravante encontra-se atualmente recolhido no Presídio Militar Estadual, tanto que a execução da pena está sujeita à Vara da Auditoria Militar Estadual, não havendo falar em aplicação da Lei de Execução Penal ou do Código Penal.

Ademais, embora a lei estadual responsável pela criação do presídio militar tenha sido declarada inconstitucional, o fato é que aludido estabelecimento continua a existir na prática e cumpre a função de recolher os policiais militares condenados.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Jidevaldo de Souza Lima.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram o recurso, 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, 04 de agosto de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1406435-10.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – LESÃO CORPORAL LEVE – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – ILEGALIDADE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 313 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO – ORDEM CONCEDIDA.

Se o paciente não é reincidente em crime doloso e a pena máxima cominada ao delito pelo qual responde não superar quatro anos, incabível a prisão preventiva para o crime de violência doméstica, salvo se para garantir medida protetiva de urgência anteriormente imposta. Não havendo primeiro a determinação da medida protetiva e o seu descumprimento pelo paciente, inviável a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

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 em parte a ordem.

Campo Grande, 16 de junho de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

A Defensoria Pública Estadual impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pedido de liminar em favor de R. A. M., preso em flagrante pela suposta prática dos crimes de lesão corporal, constrangimento ilegal e ameaça em situação de violência doméstica, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande, que converteu a prisão em flagrante em preventiva.

Alega a impetrante que a prisão preventiva do paciente não se justifica, tendo em vista que não estão presentes os pressupostos e fundamentos, dispostos no art. 312, do Código de Processo Penal, bem como pelo fato de o paciente possuir todas as condições pessoais favoráveis, eis que é primário, de bons antecedentes, possui trabalho lícito e residência fixa.

Assim, postula pelo deferimento da liminar a fim de que o paciente possa responder ao processo em liberdade provisória. Ao final, busca pela concessão definitiva da ordem.

A liminar foi indeferida, sendo solicitadas as informações da autoridade coatora (f. 82-83).

As informações foram anexadas às f. 87-90.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da presente ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

A ordem deve ser concedida.

A autoridade coatora prestou as seguintes informações:

> *"Inicialmente, informo que o paciente foi preso em flagrante no dia 13 de maio de 2014, pela prática das infrações de lesão corporal, constrangimento ilegal e ameaça, cometidas em situação de violência doméstica e familiar contra a vítima S. L. S., sua ex-companheira.*
>
> *Em 15 de maio de 2014 foi decretada a prisão preventiva do paciente, em razão da presença dos requisitos autorizadores da manutenção da segregação cautelar, especialmente a garantia da ordem pública e conveniência a instrução criminal.*
>
> *Ao ser ouvida na delegacia a vítima S. L. S., relatou, em síntese, que conviveu por cerca de um ano e meio com a pessoa de R. A. M., sendo que este ultimamente se mostrava bastante agressivo e ciumento em relação a declarante, vindo até mesmo a lhe agredir fisicamente; que no dia anterior, após uma briga R. A. M. saiu de casa, levando consigo seus pertences pessoais; que na data dos fatos estava em sua residência, na companhia de um sobrinho, quando ali chegou a pessoa de R. A. M., o qual conseguiu arrombar a porta da frente do apartamento com chutes, adentrando no local; que R. A. M. estava bastante agressivo e chegou a pegar uma faca de mesa que estava na cozinha, apontando para o seu sobrinho e para a declarante, dizendo que mataria todas as pessoas ali presentes; que R. A. M. arrastou a declarante à força para o interior do quarto de ambos, trancou a porta e obrigou a declarante permanecer sentada na cama, dizendo que queria conversar; que R. A. M. dizia que não iria aceitar se separar da declarante, afirmando "você não sairá ilesa dessa, posso te matar"; que tentou argumentar com R. A. M. para conversarem fora do quarto e de forma pacífica, mas ele não concordou e disse novamente que poderia já ter matado ou mandar matar a declarante com um tiro na testa; que somente com a chega da Polícia ao local, R. A. M. aceitou abrir a porta do quarto e permitiu a saída da declarante; que teme por sua vida e de seus familiares, pois R. A. M. é pessoa bastante agressiva.*
>
> *Os policiais militares que atenderam a ocorrência, também relataram que solicitaram que a pessoa de R. A. M. abrisse a porta do quarto, o que foi consentido pelo mesmo, tendo o casal saído de dentro do cômodo, estando a pessoa de S. L. S. bastante nervosa e amedrontada; que R. A. M. disse que ali estava apenas para conversar com sua esposa, versão esta difícil de corresponder à verdade, dada a agressividade com a qual R. A. M. adentrou no imóvel e levou a pessoa de S. L. S. até o quarto; que o menor sobrinho da vítima confirmou a versão para os fatos dada pela pessoa de S. L. S., estando bastante assustado.*
>
> *Demonstra-se assim que a ofendida teme por sua segurança pessoal caso o réu seja colocado em liberdade, demonstrando que a soltura representa um risco real a sua vida, integridade física e segurança, uma vez que os elementos constantes dos autos evidenciam ser ele pessoa violenta.*
>
> *Desta forma, face à natureza dos delitos praticados, bem como em garantia a ordem pública, foi mantida a segregação cautelar do paciente.*
>
> *Por fim, cumpre ressaltar que já fora recebida denúncia nos autos de Ação Penal nº 0021152-09.2014.8.12.0001, em data de 26.05.2014, estando aguardando a citação do paciente."*

Diante dessas informações, percebe-se que a autoridade impetrada converteu a prisão em flagrante em preventiva, sob o argumento de que estariam presentes os pressupostos e fundamentos elencados no art. 312, do Código de Processo Penal e pelo fato de envolver violência doméstica.

Todavia, neste caso específico dos autos, a prisão preventiva não é cabível. Explico:

Importante lembrar que após a alteração do Código de Processo Penal, realizada pela Lei n. 12.403/2011, só é cabível a prisão preventiva 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 quando: 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 está presente nenhuma das hipóteses dispostas acima.

Registre-se que não obstante o caso vertente envolva violência doméstica, não se enquadra no que dispõe o inciso III, do art. 313, do Código de Processo Penal, visto que o referido dispositivo permite a prisão preventiva tão-somente para garantir medida protetiva anteriormente imposta. Isso não aconteceu no caso dos autos, tendo em vista que a prisão preventiva do paciente foi determinada para garantia da ordem pública em face de sua periculosidade e não em razão do descumprimento de medida protetiva anteriormente imposta.

Logo, constata-se que a prisão preventiva do paciente é ilegal e deve ser imediatamente relaxada, tendo em vista que foi imposta de pronto, antes mesmo de haver a imposição da medida protetiva e seu descumprimento.

Nesse sentido, está a doutrina de Renato Marcão:

> *"É necessário observar que o art. 313, III, não autoriza a decretação da prisão preventiva sempre que figurar como vítima pessoa que se encaixe na previsão legal (mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência).*

> *Não se trata de modalidade de prisão preventiva obrigatória para tais casos, tampouco pode a custódia ser decretada sem a satisfação de outro requisito.*
>
> *A lei exige mais. Exige que a decretação da prisão preventiva se revele necessária para garantir a execução de medidas protetivas de urgência aplicadas por força de lei."* (Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas – Saraiva – página n. 136- 137).

Igualmente, encontra-se a jurisprudência:

> *"HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. CRIME DE DANO. CRIMES PUNIDOS COM DETENÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MEDIDA PROTETIVA A SER ASSEGURADA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 313, INCISO III, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo a nova redação do disposto no artigo 313, inciso III, do código de processo penal, com redação dada pela Lei nº 11.340/06 e, posteriormente pela novíssima Lei nº 12.403/11, a prisão preventiva, em crimes apenados com detenção, somente pode ser decretada quando descumprida medida protetiva anteriormente imposta, e para cujo cumprimento seja imprescindível a segregação cautelar do suposto agressor. 2. Ante a inexistência de medidas protetivas anteriormente fixadas em desfavor do paciente, não há que se falar, pois, em seu descumprimento, o que só assim autorizaria, de plano, a constrição cautelar do paciente. 3. Ordem concedida, fazendo recomendação para designar audiência admonitória. Oficiar.* (TJMG; HC 0661972-02.2011.8.13.0000; Teófilo Otôni; Sétima Câmara Criminal; Rel. Des. Marcilio Eustaquio Santos; Julg. 10/11/2011; DJEMG 22/11/2011)

Por tais considerações, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, concedo a presente ordem de *habeas corpus* em favor do paciente R. A. M., para conceder-lhe a liberdade provisória condicionada as seguintes medidas protetivas de urgência: a) comparecimento mensal em juízo para informar e justificar as suas atividades e onde reside, devendo manter essas informações atualizadas; b) proibição de manter contato com a vítima e seus familiares; c) proibição de ausentar-se, sem autorização, da Comarca de Campo Grande.

Expeça-se alvará de soltura se por *al* não estiver preso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam em parte 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, 16 de junho de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001266-86.2013.8.12.0024 - Aparecida do Taboado
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DA DEFESA – DOSIMETRIA DA REPRIMENDA – PENA-BASE MANTIDA – GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – MAJORANTES DOS INCISOS III E V DO ARTIGO 40 DA LEI 11.343/2006 – AFASTADAS – CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS – DESCABIMENTO – ELEMENTOS INDICANDO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS – RECURSO PROVIDO EM PARTE – DE OFÍCIO, AFASTARAM A MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, V, DA LEI 11.343/06.

A quantidade da droga apreendida (37,760 kg de maconha) justifica a fixação da pena-base em 07 anos de reclusão e 660 dias-multa, pelo delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

O disposto no inciso III, do art. 40, da Lei n. 11.343/2006 alcança a conduta caracterizada pelo oferecimento da droga para consumo de terceiros que estejam ocupando o transporte público, utilizando-se deste meio para disseminar o entorpecente, o que não se coaduna com a hipótese dos autos, em que a recorrida simplesmente se valeu do ônibus interestadual para se deslocar de um local para outro, mas sem intenção de comercializar o entorpecente dentro do transporte público.

Para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06, é imprescindível que haja a efetiva transposição de fronteiras entre dois ou mais Estados da Federação.

Se os elementos acostados demonstram que a recorrente dedicava-se com habitualidade às atividades criminosas, não há ensejo para a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Recurso provido em parte. De ofício, afastaram a majorante prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06.

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 vogal, e de ofício, afastar a majorante do tráfico interestadual.

Campo Grande, 9 de junho de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Kleber Aparecido de Lima interpôs apelação (f. 221-225) contra a sentença (f. 192-200) proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Aparecida do Taboado, nos autos n. 0001266-86.2013.8.12.0024, que o condenou à pena de 08 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 770 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, incisos III e V, da Lei 11.343/2006.

Postula a redução da pena-base, o afastamento da causa de aumento prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006 e o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, abrandando-se o regime prisional.

O representante do Ministério Público Estadual de primeira instância, em contrarrazões, e a Procuradoria de Justiça, em seu parecer, posicionam-se pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

É apelação (f. 221-225) interposta por Kleber Aparecido de Lima contra a sentença (f. 192-200) proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Aparecida do Taboado, nos autos n. 0001266-86.2013.8.12.0024, que o condenou à pena de 08 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 770 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, incisos III e V, da Lei 11.343/2006.

Postula a redução da pena-base, o afastamento da causa de aumento prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006 e o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, abrandando-se o regime prisional.

O representante do Ministério Público Estadual de primeira instância, em contrarrazões, e a Procuradoria de Justiça, em seu parecer, posicionam-se pelo não provimento do recurso.

O recurso merece parcial provimento.

Relativamente à dosimetria da reprimenda, anoto que a fixação da pena-base encontra-se devida e suficientemente motivada acordo com o disposto no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei 11.343/2006, não justificando qualquer correção ou reparo por parte deste Tribunal de Justiça. Com efeito, a valoração negativa da quantidade e natureza da substância apreendida (37,760 kg de maconha) justifica a fixação da pena-base em 07 anos de reclusão e 660 dias-multa, que se revela suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Na segunda etapa, mantenho a redução da pena em 1/6, em razão da circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, alínea "d", do Código Penal (confissão).

Na terceira etapa, afasto as causas de aumento reconhecidas na sentença.

O disposto no inciso III, do art. 40, da Lei n. 11.343/2006 alcança a conduta caracterizada pelo oferecimento da droga para consumo de terceiros que estejam ocupando o transporte público, utilizando-se deste meio para disseminar o entorpecente, o que não se coaduna com a hipótese dos autos, em que a recorrida simplesmente se valeu do ônibus interestadual para se deslocar de um local para outro, mas sem intenção de comercializar o entorpecente dentro do transporte público (nesse sentido: TJMS - Primeira Turma Criminal, Apelação Criminal n. 2010.031749-4, Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes, j. 14.12.2010; Segunda Turma Criminal, Apelação Criminal n. 2009.032748-4, Relator Designado Des. Manoel Mendes

Carli, j. 8.7.2010; Seção Criminal, Revisão Criminal n. 2009.029907-5, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, j. 16.6.2010, dentre outros).

Entender que o simples fato de alguém ser preso transportando entorpecente em transporte público é suficiente para majorar a pena, implicaria valoração discriminatória aos hipossuficientes, sem nenhuma razão substancial plausível, pois o agente que transportar drogas de automóvel particular, por ter condições financeiras de realizar a conduta com meios próprios, terá pena menor do que aquele que o faz por transporte público em decorrência da respectiva pobreza.

Noutro vértice, a despeito da existência de julgados em sentido contrário, entendo que, para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06, é imprescindível que haja a efetiva transposição de fronteiras entre dois ou mais Estados da Federação (cf. TJMS, 2ª Câmara Criminal, AC 2012.013954-2, Rel. Designado Des. Romero Osme Dias Lopes, j. 04.6.2012; AC 2012.012640-4, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j. 21.5.2012).

A uma porque não se pode malferir o princípio da legalidade estrita, porquanto o dispositivo menciona que a pena deve ser aumentada quando o tráfico entre Estados da Federação estiver caracterizado, ou seja, a situação deve estar devidamente concretizada e não se tratar de hipótese, ainda que provável.

A duas porque descabe ao Direito Penal punir intenções, mas atos realizados que sejam objetivamente verificáveis, dado que é impossível incursionar-se na mente do agente para determinar o que está cogitando.

A três porque o mero deslocamento de um agente de um Estado a outro, com a simples intenção de obter substância entorpecente para, futura e eventualmente, transportá-la, constitui *ato preparatório* impunível.

Não se olvide ainda que, dispensar a objetividade da transposição de fronteiras, servirá para chancelar teratologias sistêmicas, na esfera judicial e executiva, construindo uma política criminal incoerente, na qual será possível apenar, em situação de equivalência, mais severamente quem confessa que a droga destina-se a outro Estado, em detrimento daquele que nada contribui com a rápida conclusão dos feitos e o com o desbaratar de organizações criminosas, situação inaceitável à luz da Teoria da Tipicidade Conglobante.

Por fim, não se pode desprezar a possibilidade do agente transportador da droga, tendo o domínio do fato, desistir voluntariamente de continuar com a empreita e não transpor as fronteiras de qualquer unidade da federação, evitando assim a disseminação do produto e não criando dificuldades maiores à investigação, que são os objetivos preventivos da majorante esculpida no art. 40, V, da Lei 11.343/06.

Por todos esses motivos e, considerando que a droga foi apreendida no Estado de origem antes de chegar ao Estado de destino, tenho que é absolutamente descabida a incidência da causa de aumento da interestadualidade, prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06.

Refuto o pedido de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de n. 11.343/06.

O réu é tecnicamente primário, possuindo bons antecedentes. Por sua vez, não há provas indicando que seja integrante de organização criminosa. Contudo, os elementos acostados demonstram que aquele dedicava-se com às atividades criminosas, circunstância que, *per si*, basta para afastar o referido benefício.

In casu, conforme consignado pelo magistrado *a quo*, o réu foi preso em flagrante quando estava em cumprimento provisório de pena privativa de liberdade (autos n. 0013018-63.2009.8.12.0002) pela prática anterior de crime de tráfico de drogas, o que evidencia que se dedica e sobrevive da atividade criminosa, não fazendo jus, dessa forma, à referida causa de diminuição, cuja *mens legis* é alcançar aqueles pequenos transportadores ou guardadores de drogas, circunstâncias diversas da vivenciada nos autos.

O Supremo Tribunal Federal já exarou que *"se as circunstâncias concretas da prática do crime ou outros elementos probatórios revelam a dedicação à atividade criminosa, não tem lugar o benefício do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, de todo inexigíveis outras condenações criminais"* (HC 109172, Relatora: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 11/09/2012).

Do voto condutor do julgado colhe-se a seguinte orientação:

> *"A presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal no processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não constitui, porém, um véu inibidor da apreensão da realidade pelo juiz, ou mais especificamente do conhecimento dos fatos do processo e da valoração das provas. O mundo não pode ser colocado entre parênteses. Se as circunstâncias concretas da prática do crime ou outros elementos probatórios revelam a dedicação à atividade criminosa, não tem lugar o benefício do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, não sendo exigíveis outras condenações criminais."*

Assim, a pena do recorrente fica definitivamente estabelecida em 05 anos e 10 meses de reclusão e 550 dias-multa.

Mantenho o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, porquanto restou fixada em patamar superior a 04 anos e há circunstâncias judiciais negativas, consubstanciadas na quantidade de substância entorpecente apreendida. Inviável, pelos mesmos fundamentos, a substituição da pena carcerária por restritivas de direitos.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Kleber Aparecido de Lima e dou-lhe parcial provimento a fim de afastar a causa de aumento prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006. De ofício, refuto a majorante prevista no inciso V do mesmo dispositivo legal, reajustando a pena do recorrente para 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 550 dias-multa, no valor fixado na sentença.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Revisor):

Acompanho o voto do Relator para dar parcial provimento ao recurso, e de ofício, afastar a majorante do tráfico interestadual.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Vogal):

Devo divergir do e. relator por entender que as causas de aumento do art. 40, III e V, da Lei n.º 11.343/06, devem persistir.

Quanto à interestadualidade, o acusado confessou que se dirigia para São Paulo (SP), inclusive sendo preso em cidade que faz divisa com o território paulista.

Sobre o assunto discorre a doutrina que "*não será necessário que a droga efetivamente tenha que 'tocar' mais de um Estado da Federação, bastando que se comprove que a intenção do agente era conduzi-la a outro Estado.*" [1]

Ademais, não se está punindo a mera intenção, visto que ao ser pego no meio do caminho, forçoso reconhecer que o *iter criminis* ultrapassou a fase da cogitação e ingressou na consumação propriamente dita, que somente não foi esgotada devido à atuação policial, que prendeu o acusado em flagrante.

1 MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de Drogas comentada**. São Paulo: Método, 2007, p. 146.

Assim, a causa de aumento deve subsistir.

Nesse sentido, já se manifestou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

> *"HABEAS CORPUS – TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS ILÍCITAS – CAUSA DE AUMENTO DE PENA – DESLOCAMENTO DO ENTORPECENTE ALÉM DA FRONTEIRA ESTADUAL – FATO IRRELEVANTE – INTENÇÃO DE LEVAR A DROGA A OUTRO ESTADO – DESIDERATO FRUSTRADO – APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA ILÍCITA DURANTE A JORNADA – CIRCUNSTÂNCIA SUFICIENTE PARA INCIDÊNCIA DO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/06 – ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. '***A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, para incidir a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual, sendo suficiente que haja evidência de que a droga tinha como destino outro Estado'.** *(*HC 100.644/MS, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do Tj/CE), Sexta Turma, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011)
>
> *2. In casu, conforme assentado pelas instâncias ordinárias, a substância ilícita só não ultrapassou as fronteiras do Estado de Mato Grosso do Sul, em razão de sua apreensão pela Polícia Militar, motivo pelo qual resta justificada a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/06.*
>
> *3. Ordem denegada."* [2] (Destaques não originais)
>
> *"HABEAS CORPUS – TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES – ART. 33, CAPUT E § 4º., C/C O ART. 40, INCISO V DA LEI 11.343/2006 – DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS DE ESTADOS DA FEDERAÇÃO PARA A APLICAÇÃO DA MAJORANTE (...)*
>
> *1.* ***Para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V da Lei 11.343/06 não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual; bastarão, para tanto, evidências de que a substância entorpecente tem como destino qualquer ponto além das linhas divisórias estaduais****."* [3] (Destaques não originais)

Assim, mantém-se a aplicação da causa de aumento do art. 40, V, da Lei n.º 11.343/06.

De igual forma, não há como excluir a majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, pois o acusado foi preso em flagrante quando transportava a droga no ônibus da empresa Viação Itamarati.

Nesse passo, a repressão mais severa aos que cometem a infração em meios de transporte coletivo, na modalidade típica "transportar", legitima-se em virtude da maior dificuldade que a fiscalização terá para individualizar o proprietário da droga.

Sobre o assunto, colhe-se na jurisprudência:

> *"Se a ré trazia consigo substância entorpecente para fins de traficância, dentro de ônibus intermunicipal, caracterizada está a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista se tratar de transporte público coletivo."* [4]

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Kleber Aparecido de Lima.

2 HC 213.722/MS, 6ª T., rel. Des. conv. VASCO DELLA GIUSTINA, j. 13/09/2011.

3 HC 157.630/SP, 5ª T., rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 16/11/2010.

4 TJMG, Ap 1.0334.07.012710-8/0011, 5ª Câm. Crim., rel. Des. HÉLCIO VALENTIM, j. 29/04/2008.

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 vogal, e de ofício, afastaram a majorante do tráfico interestadual.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 09 de junho de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0009626-76.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – REGIME SEMIABERTO – CUMPRIMENTO SOB AS REGRAS DO REGIME ABERTO – FUGA – NÃO APRESENTAÇÃO PARA O PERNOITE – CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE DOLO DE FURTAR-SE À EXECUÇÃO PENAL – RETORNO ESPONTÂNEO NO DIA SEGUINTE – FALTA GRAVE NÃO EVIDENCIADA – RECURSO PROVIDO.

A mera não apresentação da reeducanda para o pernoite, sem demonstração de intenção de furtar-se à execução penal, sobretudo porque houve comparecimento voluntário ao estabelecimento penal no dia seguinte, não autoriza o reconhecimento da falta disciplinar de natureza grave com base no artigo 50, II, da Lei de Execução Penal.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 4 de agosto de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Andréa Pederiva interpôs agravo contra a decisão (f. 29-31) proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, nos autos n. 0000074-09.2008.8.12.0020, que reconheceu falta disciplinar àquela imputada, classificando-a como grave, decretando a regressão de regime prisional e a perda de 1/3 dos dias remidos.

Alega, em resumo, não haver praticado infração disciplinar, pois detinha atestado médico para tratamento de enfermidade que a impedia comparecer para pernoitar entre os dias 08.06.2013 e 15.06.2013. Asseverou ainda que, mesmo que assim não fosse, o fato não é equiparado à fuga, afigurando desproporcional a punição aplicada.

O representante do Ministério Público Estadual, em contrarrazões, e a Procuradoria de Justiça, em seu parecer, posicionam-se pelo não provimento do recurso.

VOTO (EM 28.07.2014)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

Andréa Pederiva interpôs agravo contra a decisão (f. 29-31) proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, nos autos n. 0000074-09.2008.8.12.0020, que reconheceu a falta disciplinar àquela imputada, classificando-a como grave, decretando a regressão de regime prisional e a perda de 1/3 dos dias remidos.

Alega, em resumo, não haver praticado infração disciplinar, pois detinha atestado médico para tratamento de enfermidade que a impedia comparecer para pernoitar entre os dias 08.06.2013 e 15.06.2013. Asseverou ainda que, mesmo que assim não fosse, o fato não é equiparado à fuga, afigurando desproporcional a punição aplicada.

O representante do Ministério Público Estadual, em contrarrazões, e a Procuradoria de Justiça, em seu parecer, posicionam-se pelo não provimento do recurso.

O agravo merece provimento.

Segundo consta, a recorrente não se recolheu intramuros na unidade prisional, para o pernoite, nos dias 08.06.2013 e 15.06.2013. Em audiência de justificação (f. 29-31), o magistrado *a quo* reconheceu a falta disciplinar àquela imputada, determinou a regressão do regime para o fechado e revogou os dias remidos no patamar de 1/3.

Conforme lembrado pela d. Procuradoria de Justiça, no atestado médico apresentado pela agravante (f. 27-28) consta que foram concedidos 03 (três) dias de afastamento para tratamento médico, a partir do dia 12.06.2013. Assim, não há justificativa para a falta do dia 15.06.2013.

Apesar disso, tenho que a infração disciplinar não se amolda ao disposto no inciso II do artigo 50 da LEP, pois não houve demonstração de manifesta intenção de furtar-se à execução penal, na medida em que já no dia subsequente a recorrente apresentou-se espontaneamente para continuar o cumprimento da pena.

Ademais, afigura-se excessiva a pena disciplinar aplicada somente porque a recorrente deixou de comparecer para pernoite na data aprazada, fazendo-o espontaneamente no dia seguinte.

Nesse sentido:

> *"Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. REGIME ABERTO. FUGA. NÃO APRESENTAÇÃO PARA O PERNOITE. CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE DOLO DE FURTAR-SE À EXECUÇÃO PENAL. RETORNO ESPONTÂNEO NA MANHÃ DO DIA SEGUINTE. FALTA GRAVE NÃO EVIDENCIADA. 1. O apenado que, em regime aberto, não se apresenta para o pernoite, além de transgredir as condições estabelecidas no momento da progressão de regime, pode ensejar o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave decorrente de fuga. 2. No caso dos autos, embora o apenado não tenha apresentado justificativa razoável para a não reapresentação no presídio, não houve demonstração de manifesta intenção de furtar-se à execução penal, na medida em que, na manhã do dia seguinte à evasão, apresentou-se espontaneamente para continuar o cumprimento da pena. Proporcionalidade que recomenda o afastamento do reconhecimento da falta disciplinar. Não configurada fuga, impõe-se o afastamento da falta disciplinar de natureza grave reconhecida com base no artigo 50, II, da LEP, bem como seus consectários legais. AGRAVO PROVIDO.* (Agravo Nº 70054647482, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 05/09/2013)

> *"Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. NÃO RECONHECIMENTO, NO CASO. POSSIBILIDADE. Consoante os elementos dos autos e a impressão da julgadora monocrática em audiência sobre o estado de saúde do apenado, é possível o não reconhecimento da falta grave se este não fugiu, propriamente, mas apenas deixou de comparecer para pernoite na data aprazada, fazendo-o espontaneamente três dias depois. AGRAVO DESPROVIDO, POR UNANIMIDADE."* (Agravo Nº 70048306005, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 24/05/2012)

Ante o exposto, dou provimento ao agravo em execução para afastar o reconhecimento da falta grave imputada à recorrente Andréa Pederiva e todos os efeitos dele decorrentes, sem prejuízo de eventual reanálise, em primeira instância, da infração disciplinar praticada e imposição da sanção correspondente, afastada somente a possibilidade considerá-la de natureza grave.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1º Vogal):

De acordo com o voto do Relator.

Conclusão do julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Carlos Eduardo Contar), após o relator e o 1º vogal darem provimento ao recurso.

VOTO (EM 04.08.2014)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2º Vogal):

Acompanho o e. relator e dou provimento ao recurso interposto por Andrea Pederiva, para afastar o reconhecimento da falta grave.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram o recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 04 de agosto de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição n. 1601866-79.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – TRÁFICO DE DROGAS COM ENVOLVIMENTO DE MENOR E CORRUPÇÃO DE MENORES – SITUAÇÃO NÃO CONTEMPLADA PELA RESOLUÇÃO N. 107/2014 NA COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIAL – VARA RESIDUAL COMPETENTE PARA O JULGAMENTO – CONFLITO ACOLHIDO.

A ação penal que processa crime de tráfico de drogas com envolvimento de menor de 18 anos e o crime de corrupção de menores conexo não é de competência da 7ª Vara Criminal de Competência Especial da comarca de Campo Grande, porquanto a condição da menoridade não é a finalidade precípua do sujeito ativo.

Situação não contemplada pela Resolução n.º 107, de 30 de abril de 2014, que excepciona a atuação da Vara Especializada para os casos em que o crime é praticado essencialmente contra criança e adolescente em decorrência de sua condição de vulnerabilidade.

Conflito que se julga procedente, firmando-se a competência do Juízo suscitado para processar e julgar o feito.

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, julgar procedente o conflito, pela competência do juiz de direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Campo Grande, 18 de agosto de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

A Juíza de Direito da 7ª Vara Criminal de Competência Especial da comarca de Campo Grande suscita conflito negativo de competência em face do Juiz de Direito da 4ª Criminal da comarca de Campo Grande para o julgamento dos autos de Ação Penal n. 0002894-48.2014.8.12.0001.

Esclarece que o Ministério Público denunciou o acusado Mauro Éder Araújo Pereira pela prática do crime de tráfico de drogas, com causa de aumento pelo envolvimento de adolescente (arts 33 e 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006) e pelo crime de corrupção de menores (art. 244-B, do ECA), por ter envolvido o adolescente F. L. A. P. da S.

O Juiz Auxiliar da 4ª Vara Criminal determinou a remessa dos autos à suscitante tendo em vista o teor da Resolução n. 106/2014 e art. 3º, II, do Provimento -CSM n. 311/2014, por entender que o caso se tratava de sua competência para processar e julgar feitos decorrentes de crimes contra criança ou adolescente (p. 3).

Alega a suscitante que se verifica com clareza que a questão de vulnerabilidade do referido menor não encontra ressonância no âmbito da competência especializada daquele Juízo, pelos princípios normativos que regem a referida Resolução, ante o apontamento de que o mesmo concorreu ativamente para a prática do crime de tráfico de drogas, não sendo o adolescente o alvo do delito como vítima.

Por fim, requer a instauração do conflito negativo de competência para que seja declarado competente para o julgamento da referida ação o juízo da 4ª Vara Criminal local.

Instado, o suscitado ofertou informações (p. 17-21), posicionando-se pela improcedência do conflito diante da denúncia pelo crime de corrupção de menores, alegando que existe expressa disposição legal de que se trata de crime praticado contra a criança e o adolescente.

O parecer da Procuradoria de Justiça é pela improcedência do conflito (p. 23-28).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

A Juíza de Direito da 7ª Vara Criminal de Competência Especial da comarca de Campo Grande suscita conflito negativo de competência em face do Juiz de Direito da 4ª Criminal da comarca de Campo Grande para o julgamento dos autos de Ação Penal n. 0002894-48.2014.8.12.0001.

Esclarece que o Ministério Público denunciou o acusado Mauro Éder Araújo Pereira pela prática do crime de tráfico de drogas, com causa de aumento pelo envolvimento de adolescente (arts 33 e 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006) e pelo crime de corrupção de menores (art. 244-B, do ECA), por ter envolvido o adolescente F. L. A. P. da S.

O Juiz Auxiliar da 4ª Vara Criminal determinou a remessa dos autos à suscitante tendo em vista o teor da Resolução n. 106/2014 e art. 3º, II, do Provimento -CSM n. 311/2014, por entender que o caso se tratava de sua competência para processar e julgar feitos decorrentes de crimes contra criança ou adolescente (p. 3).

Alega a suscitante que se verifica com clareza que a questão de vulnerabilidade do referido menor não encontra ressonância no âmbito da competência especializada daquele Juízo, pelos princípios normativos que regem a referida Resolução, ante o apontamento de que o mesmo concorreu ativamente para a prática do crime de tráfico de drogas, não sendo o adolescente o alvo do delito como vítima.

Por fim, requer a instauração do conflito negativo de competência para que seja declarado competente para o julgamento da referida ação o juízo da da 4ª Vara Criminal local.

Instado, o suscitado ofertou informações (p. 17-21), posicionando-se pela improcedência do conflito diante da denúncia pelo crime de corrupção de menores, alegando que existe expressa disposição legal de que se trata de crime praticado contra a criança e o adolescente.

O parecer da Procuradoria de Justiça é pela improcedência do conflito (p. 23-28).

O conflito deve ser acolhido.

A instauração do incidente decorre da interpretação da Resolução n. 106, de 10.3.2014[1], que transformou a Central de Cartas Precatórias na 7ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, posteriormente alterada pela Resolução n. 107, de 30.4.2014[2], e estabeleceu como uma de suas competências, em seu art. 2º, *"processar e julgar os crimes praticados contra criança e adolescente (em decorrência de sua condição), bem como os incidentes processuais, excetuando-se os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados; os crimes decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher; e as infrações de menor potencial ofensivo, ressalvados os casos de conexão e continência;"*.

Vê-se claramente que a primeira Resolução que versou sobre o assunto (n. 106/2014), invocada pelo suscitado, teve alterada sua redação (Resolução n. 107/2014) exatamente para afastar qualquer dúvida acerca do crime ser praticado contra a criança e adolescente em decorrência de sua condição.

Nessa ressalva observa-se que a intenção da norma foi proteger a criança e o adolescente nas situações de vulnerabilidade em que o imputável tenha a intenção de atingi-los de forma precípua.

Isso não ocorre como crime de corrupção de menores que tem como sujeito passivo, além do menor de 18 anos temos, também a família do menor e a sociedade, interessadas na boa formação moral dos jovens (NUCCI. Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais comentadas. Volume 2. 6ª ed. P. 144), sendo que a intenção principal é o cometimento de outro crime na companhia do menor.

Assim, embora a maioria dos crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente possuam como sujeito passivo do delito apenas as crianças e os adolescentes, atingidos em sua integridade física ou moral em decorrência de sua condição de vulnerabilidade, que são de competência da Vara Especial, o crime de corrupção de menores possui além disso a finalidade específica e precípua da prática de outro crime, a ser realizado com menor de 18 anos ou induzindo-o a fazê-lo.

Nesse passo, sendo adolescente a vítima da corrupção, responderá pela prática de ato infracional relativo aos fatos considerados crime ao imputável, e terá todos os seus direitos de pessoa como sujeito em formação garantidos pela especialidade dos ritos processuais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dessa forma, não se encontra no objetivo da norma invocada transferir a competência para a Vara Especializada o julgamento do crime de corrupção de menores e o crime conexo a este relacionado.

Nesse sentido já se manifestou esta 2ª Câmara Criminal, em conflito de competência da relatoria do Des. Romero Osme Dias Lopes, vejamos:

> *"E M E N T A - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES – VARA ESPECIALIZADA OU VARA RESIDUAL – DENÚNCIA QUE DESCREVE A PRÁTICA DE CRIME DE ROUBO COM PARTICIPAÇÃO DE MENOR – SITUAÇÃO NÃO CONTEMPLADA PELA RESOLUÇÃO N. 107/2014 - COMPETÊNCIA DA VARA RESIDUAL - PROCEDÊNCIA.*
>
> *Se a denúncia descreve a prática de um crime de roubo com a participação de um menor, não sendo a condição de menoridade decisiva para a ação do agente criminoso, tal situação não foi contemplada pela Resolução n.º 107, de 30 de abril de 2014, que excepciona a atuação da Vara Especializada.*

1 <<https://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?lei=29148&original=1>>

2 <<https://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?lei=29304&original=1>>

Conflito que se julga procedente, firmando-se a competência do Juízo suscitado para processar e julgar o feito." (TJMS. 2ª Câmara Criminal. Conflito de Jurisdição -Nº 160187-79.2014.8.12.00 - Campo Grande. Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes. Votação Unânime. Data do julgamento: 21/07/2014. Data de registro: 08/08/2014)

Diante do exposto, com o parecer, julgo procedente o presente conflito negativo de competência, firmando-se a competência da 4ª Vara Criminal Residual da Comarca de Campo Grande para processar e julgar a Ação Penal n. 0002894-48.2014.8.12.0001, pela prática dos delitos tipificados no art. 33*, caput c.c* art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas com envolvimento de menor) e art. 244-B, da Lei n. 8.069/90 (corrupção de menores).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente o conflito, pela competencia do juiz de direito da 4ª vara criminal da comarca de Campo Grande.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 18 de agosto de 2014.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



Ressocialização: Detentos trabalham em obras do Aquário do Pantanal - 30/07/2014



Foto: Conselho da Comunidade

Nesta terça-feira (29), o juiz da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, Albino Coimbra Neto, visitou a obra do Aquário do Pantanal, onde detentos dos regimes aberto e semiaberto trabalham na construção. O local será o maior aquário de água doce do mundo e atualmente é a maior obra pública no Estado de Mato Grosso do Sul.

O magistrado verificou as instalações e as atividades dos apenados. Também conversou com os responsáveis da empresa que realiza a obra e com alguns detentos que deram seus relatos. O juiz aproveitou para orientar os trabalhadores sobre a oportunidade que estão tendo, mantendo o foco no trabalho e fez o pedido de que eles ajudem os outros colegas a não se desviarem.

Ainda segundo o juiz Albino Coimbra, hoje trabalham neste canteiro 90 presos por meio de um convênio com o Conselho da Comunidade e a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen). Ele avalia positivamente as atividades desenvolvidas no Aquário do Pantanal. "Temos a informação que alguns dos presos que começaram cumprindo pena que trabalham aqui, depois de conseguirem a liberdade, foram contratados pela empresa. Isso é muito importante para que este trabalho continue e mostre para as outras empresas e à sociedade que as pessoas que estão aqui cumprindo pena, assim que tem uma oportunidade conseguem realizá-la e mostram que é possível se ter uma utilidade e uma esperança de que, com esse tipo de trabalho, chegue a ressocialização".

Albino Coimbra ainda ressaltou o trabalho desenvolvido pelo projeto Pintando Educação com Liberdade que reforma escolas estaduais na capital. "O impacto deste trabalho é direto porque são ações concretas de imediato retorno à sociedade".

Para o preso do regime aberto, André Aparecido da Silva, 33 anos, que trabalha há 5 meses nesta obra, o mais importante de trabalhar nesta construção é ser reconhecido hoje como um trabalhador e não como um preso. “Hoje eu tenho satisfação de acordar cedo e poder vir para o meu lugar de trabalho e depois levar o melhor para os meus filhos, minha esposa e minha família”.

André recebe um salário, vale-alimentação, vale-transporte e uma cesta básica. Ele reconhece a oportunidade que teve, por meio dos convênios realizados pela 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande. “Hoje eu estou no regime aberto e sou registrado pela empresa. Estou aqui na maior obra pública do Estado. E em breve já estou indo pra minha casa voltando com a cabeça erguida”.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

TJ suspende prazos e garante férias aos advogados de MS - 17/09/2014



O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Joenildo de Sousa Chaves, acolheu pedido da OAB/MS e editou o Provimento nº 330, de 16 de setembro de 2014, que dispõe sobre a suspensão dos prazos processuais no âmbito da jurisdição do Poder Judiciário de MS de 7 a 20 de janeiro de 2015.

A solicitação foi feita pelo presidente da OAB/MS, Júlio Cesar Souza Rodrigues, e pelo vice-presidente, Mansour Elias Karmouche, em mais de uma ocasião. Depois de várias reuniões para discutir o tema, os representantes da Ordem acompanharam o presidente do TJMS nas solenidades de inauguração dos Fóruns de Miranda e Rio Verde de MT para reforçar os entendimentos.

Na manhã desta quarta-feira (17), o presidente do TJMS apresentou o Provimento que suspende os prazos processuais à diretoria da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional MS, e a outros advogados que estiveram presentes no Tribunal de Justiça.

O presidente ressaltou a relação harmônica que o Judiciário estadual e a OAB vem tendo em sua administração. “Quisera que, no futuro, as outras administrações da Ordem tenham uma visão de vanguarda como esta, mantendo o diálogo e debate de ideias com os magistrados”.

Na apresentação, Joenildo garantiu que este benefício para os advogados não significa que o Judiciário ficará parado. “Durante a suspensão dos prazos em janeiro, os juízes e servidores continuarão trabalhando. Com isto, o atendimento ao público continua e as ordens, despachos, leilões, praças e cumprimento de mandados de citação e intimação serão feitas, apenas voltando a contar o prazo no dia 21”.

Na reunião todos foram unânimes em dizer que este foi um marco positivo desta Administração em fomentar uma relação harmônica entre o Judiciário e a advocacia sul-mato-grossense. “Esta é uma reivindicação antiga da classe e que assumimos como bandeira em nossa gestão da Ordem. O TJMS é o sétimo tribunal brasileiro a suspender os prazos. O presidente Joenildo foi vanguardista ao tomar esta decisão e beneficiar os mais de 11 mil advogados de MS”, disse o presidente da OAB/MS, Júlio César Souza Rodrigues.

Para o vice-presidente da OAB, Mansour Elias Karmouche, a medida tomada pelo TJMS melhora as condições de trabalho do advogado, sem prejudicar a população. "Assumimos esta administração com o intuito de criar um nova era para a advocacia. Esta é uma vitória para a advocacia. Hoje coroamos esta nova era. O Des. Joenildo deixa um marco e deve ter orgulho de sua história como administrador desta Corte".

Provimento – Pelo provimento, de 7 a 20 de janeiro de 2015 não serão realizadas audiências e sessões de julgamento em primeira e segunda instâncias, inclusive as já designadas. A exceção alcança as consideradas urgentes ou as relativas aos processos penais envolvendo réus presos, nos processos vinculados à prisão.

Os leilões e as praças já designadas serão mantidos, contudo os oficiais de justiça poderão cumprir mandados de citação e intimação. Importante ressaltar que as informações serão efetivadas no dia 21 de janeiro.

Mesmo não havendo audiências nem sessões de julgamento, os advogados poderão ter vista dos processos em cartórios ou secretarias, bem como retirar autos em carga e obter cópias que entenderem necessárias.

Ressalte-se que serão mantidas as disponibilizações via internet de despachos, decisões, sentenças e acórdãos por acesso ao acompanhamento processual no portal do Tribunal de Justiça.

Assim, considerando que a suspensão de prazos processuais não resultará em prejuízo à população, em razão da manutenção do atendimento ao público, o Provimento nº 330 regulamenta a questão, garantindo à classe dos advogados a possibilidade de tirarem férias durante o período.

A norma estará publicada no Diário da Justiça desta quinta-feira, dia 18 de setembro.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Solenidade marca os 35 anos de Poder Judiciário - 24/09/2014



Com uma cerimônia emocionante, o Poder Judiciário de MS comemorou 35 anos de existência. E para marcar a data, o Tribunal de Justiça lançou um livro que mostra toda a trajetória da justiça sul-mato-grossense, um selo comemorativo e destacou dois projetos inéditos em todo o país: a CPE e o Pajus.

Ao discursar, o presidente do TJMS, Des. Joenildo de Sousa Chaves, lembrou dos desembargadores que passaram pela administração nesses 35 anos, agradeceu magistrados, servidores e colaboradores do três poderes e afirmou que tentou fazer o melhor pelo jurisdicionado.

"Procuramos fazer o melhor, plantar uma semente para que os frutos sejam colhidos em abundância. Todos que por aqui passaram contribuíram eficazmente para que chegássemos a esse ponto. Foi um trabalho feito de mãos dadas, embora saibamos que ainda há muito a fazer", disse ele.

O juiz Wilson Leite Corrêa, presidente da AMAMSUL, garantiu que os associados orgulham-se de ser parte integrante da história do Poder Judiciário de MS, história esta que se confunde com a própria história da Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul e da Esmagis.

"Vários ex-presidentes e ex-diretores da AMAMSUL hoje compõem este Tribunal Pleno. Todos os desembargadores que compõem o Tribunal Pleno são filiados à AMAMSUL. Todos esses homens e mulheres, somados aos magistrados de primeira instância e aos serventuários da justiça é que são o maior patrimônio do Poder Judiciário. Essas pessoas é que fazem do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul um dos mais modernos e mais céleres do país", apontou Wilson.

Falando em nome da AOB/MS, o vice-presidente da entidade, Mansour Elias Karmouche, lembrou que a classe é parceira do Judiciário, citou os representantes da Ordem que integraram e integram o Tribunal pleno pelo quinto constitucional e garantiu: "Nosso papel é agregar ideias. Jamais seremos generalista. Temos muito a contribuir".

Saiba mais – A Central de Processamento Eletrônico de Feitos Judiciais (CPE) visa uniformizar e agilizar procedimentos no âmbito das serventias de primeira instância, de modo a possibilitar o aumento do número de processos trabalhados por usuário em comparação com o modelo cartorário tradicional.

O Posto Avançado da Justiça (Pajus) é uma proposta audaciosa e inédita no Brasil, que colocou o Poder Judiciário de MS novamente em posição de vanguarda, destacando a estratégia de levar a justiça sul-mato-grossense a todos os municípios do Estado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

MS terá 1º júri em que a defesa do réu será por videoconferência - 24/09/2014



Está confirmado para esta sexta-feira (26), às 8 horas, no Fórum de Campo Grande, o primeiro júri por videoconferência em Mato Grosso do Sul. O motivo está relacionado ao fato do acusado estar preso em um dos presídios do Estado do Rio de Janeiro e não ter sido escoltado para a capital. Será o primeiro júri em que o acusado acompanhará o seu julgamento a distância e a novidade está no fato de ser júri popular e, ainda, o advogado fará a defesa aos sete jurados diretamente do Rio de Janeiro.

A ação foi idealizada há um ano e meio pelo magistrado Aluizio Pereira dos Santos, titular da 2ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande, e teve apoio da OAB/MS, por meio da Comissão de Advogados Criminalistas. É considerado o primeiro júri da América Latina a ser feito desta forma, conforme publicado no portal da referida entidade, porém não implementado até então porque não surgiu nenhum preso em outra unidade da federação que tivesse a mesma tecnologia.

O Tribunal de Justiça dispõe dos equipamentos com banda larga de alta velocidade para que a sessão seja transmitida em tempo real e permitirá a todo tempo os jurados verem o réu e vice-versa, bem como as demais autoridades envolvidas no seu julgamento.

Estão sendo feitos testes para evitar transtornos no curso da sessão e prejuízo ao acusado, principalmente porque a teleconferência gera polêmica quando o assunto é tribunal do júri, em razão das formalidades adquiridas desde o direito canônico. Para tanto foi acionada a equipe de Tecnologia da Informação do TJ para auxiliar nos trabalhos em caso de interrupção da conexão.

Segundo o juiz Aluizio, serão ouvidas cinco testemunhas na capital e será permitido ao réu e seu advogado acompanhar os depoimentos e formular perguntas. Após ser interrogado, na sequência será

dada a palavra ao advogado, que estará ao seu lado em sala própria para fazer a sustentação oral. No caso, deverá ter um advogado na sessão para resguardar eventuais violações aos direitos do réu e também usará da palavra.

"O uso desta ferramenta é importante para os réus nos tribunais do júri porque agiliza os julgamentos, evita adiamento quando o Estado não escolta os presos alegando alto custo operacional, e traz segurança e conforto aos presos e familiares. Evita resgate durante a viagem quando se trata de integrantes de facções criminosas. Também é importante para os advogados porque, além de sustentarem as suas defesas a distância, poderão ter o auxílio de outros profissionais da área de qualquer lugar do país se não puderem estar presentes no julgamento, o que abre uma frente de trabalho", destacou o magistrado.

O caso a ser julgado refere-se a um crime de homicídio atribuído ao acusado D.C.S. da S. (Processo n. 0030551-042010), ocorrido no dia 15 de outubro de 2009, cuja vítima, Edilson Ribeiro de Carvalho, comerciante da capital, foi assassinada a tiros de revólver e posteriormente jogada na região conhecida como "Inferninho", zona rural da capital, com a participação de outro acusado N.J.S., que já foi submetido a julgamento.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Número de processos eletrônicos em MS é destaque em relatório do CNJ - 24/09/2014



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul alcançou 81,9% de eficiência entre os tribunais de pequeno porte no IPC-Jus, índice criado pelo Conselho Nacional de Justiça para comparar a produtividade de tribunais do mesmo ramo e com estruturas similares.

Dos 27 tribunais de Justiça estaduais, apenas quatro conseguiram alcançar 100% de eficiência. Os únicos que alcançaram o número considerado ideal pelo CNJ foram os tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Acre e Amapá.

A produtividade média da Justiça estadual em 2013, segundo o IPC-Jus, ficou em 79%, seis pontos percentuais a mais que em 2012. Os dados são do relatório Justiça em Número 2014, do Conselho Nacional de Justiça, publicado nesta terça-feira (23).

Para chegar ao índice ideal de desempenho, o IPC-Jus leva em consideração o total de processos em tramitação, o número de magistrados, o número de servidores (exceto terceirizados e estagiários) e a despesa total do tribunal, excluindo-se a despesa com funcionários inativos. Pela metodologia, um tribunal é considerado eficiente quando consegue produzir mais com menos recursos.

Especial destaque merece o TJMS – tribunal de pequeno porte – que alcançou 86% de casos novos eletrônicos em primeira instância e 76% na segunda instância. A série histórica aponta para gradual aumento do indicador ao longo dos anos. O percentual de casos novos eletrônicos é calculado considerando o total de casos novos ingressados eletronicamente em relação ao total de casos novos, desconsiderando as execuções judiciais iniciadas.

Dos 12 tribunais classificados como de pequeno porte, o Tribunal de Justiça de MS ficou em terceiro lugar no ranking da Justiça Estadual, ano base 2013.

Outro dado interessante é que o TJ de Mato Grosso do Sul conseguiu equalizar a diferença de demanda entre a primeira e a segunda instância, com menos de 10% de diferença quando comparado resultado do 2º grau comparativamente ao do 1º.

De acordo com o presidente do TJMS, Des. Joenildo de Sousa Chaves, apesar de não termos conseguido os 100% de eficiência este ano no IPC-Jus, a posição atual é favorável, levando em consideração o aumento da demanda e o déficit de juízes no quadro da magistratura sul-mato-grossense no ano de 2013.

O presidente informa ainda que o TJMS não vai se posicionar oficialmente sobre o relatório geral pois a equipe da Assessoria de Planejamento ainda fará a checagem de todos dados divulgados. “Queremos ver se não houve nenhuma incongruência nos dados, tendo em vista que ano passado tivemos problemas neste sentido”, explica o desembargador.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Vídeo: Boletim destaca comemoração dos 35 anos do Judiciário de MS - 01/10/2014



Está disponível no Youtube (http://www.youtube.com/user/TJMSJornalismo) e no Portal do TJMS a edição desta semana do boletim Notícias TJMS com os principais acontecimentos da justiça estadual. Em destaque a apresentação do prédio onde será instalado o Centro Integrado de Justiça e a comemoração dos 35 anos do Poder Judiciário de MS.

TJ empossa Presidente e Vice para conclusão do Biênio 2013/14 - 01/10/2014



Em solenidade concorrida, nesta quarta-feira (1º), foi empossado o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Os desembargadores Paschoal Carmello Leandro, na Presidência, e Julizar Barbosa Trindade, na Vice-Presidência, concluirão a administração do biênio 2013/2014. A Desa. Tânia Garcia de Freitas Borges permanecerá no comando da Corregedoria-Geral de Justiça.

A mudança se justifica em razão da aposentadoria do Des. Joenildo de Sousa Chaves, que completa 70 anos nesta quinta-feira (2). Assim, a composição administrativa responderá pelos rumos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul até o dia 31 de janeiro de 2015.

O primeiro a falar foi o juiz Wilson Leite Corrêa, presidente da Associação dos Magistrados de MS (AMAMSUL). Ele ressaltou que a sessão era um misto de alegria e de tristeza.

"A alegria brota do início de uma nova etapa na administração deste Tribunal, renovando as esperanças de ainda maiores aprimoramentos e progressos no Poder Judiciário de MS. (…) Os magistrados de MS estão embreados com Vossa Excelência, Des. Paschoal, e desejam muito sucesso nessa missão. Que Deus ilumine seus atos. (…) Receba também Des. Julizar, os votos de sucesso nessa nova empreitada. Desejamos que Deus ilumine suas ações. (…) Mas, além da alegria da posse dos novos dirigentes, este momento encerra uma carreira dedicada à magistratura", disse ele referindo-se ao Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Em nome dos advogados discursou o vice-presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche. "A OAB/MS vos saúda, Des. Paschoal, conjuntamente com sua administração. Tenha a plena certeza de que contaremos com Vossas Excelências para ombrear juntos a administração da justiça.(...) Faço votos para que V. Excelência mantenha sua fé inabalável e tenha o entusiasmo suficiente para continuar o profícuo trabalho para o qual fora incumbido, juntamente com o Des. Julizar e a Desa Tânia. A Ordem lhes dá os parabéns".

Em nome do Ministério Público, discursou a procuradora-geral adjunta Mara Cristiane Crisóstomo Bravo. "É necessário registrar o reconhecimento e agradecimento do MP pela relação de apoio e parceria proporcionada pela presidência do TJMS voltada ao fortalecimento das vias de comunicação com a Procuradoria-Geral de Justiça e a consolidação do uso de ferramentas para a integração dos sistemas de processo eletrônico entre ambas instituições, tornando viável uma justiça célere e eficiente. (…) Desejo, Des. Paschoal, que a trajetória de V. Excelência neste Tribunal de Justiça seja coroada de infinitas realizações".

Pela Defensoria Pública discursou Nancy Gomes de Carvalho, subdefensora-geral de MS. "Ao Des. Paschoal, que assume a presidência do TJMS, desejo boas-vindas. Tenho a certeza de que exercerá este empenho que lhe foi confiado com maestria, competência e liderança. Conte com a Defensoria Pública para dar continuidade aos projetos desenvolvidos até aqui e para implantar novas ações de interesse conjunto de nossas instituições".

Empossado na Vice-Presidência, o Des. Julizar fez um discurso diferente. Em vez de falar sobre o Poder Judiciário e das dificuldades que lhe são próprias e impostas, ele falou da infância, dos tempos de estudante, dos familiares e de Deus."Volto a agradecer ao Senhor por este momento e pedir que continue me protegendo na nova função, já antevendo que será espinhosa, porém, com esmero, dedicação e sobretudo com honestidade haverei de vencer. Agradeço também aos ilustres pares pela confiança em mim depositada".

A saudação em nome do Tribunal de Justiça aos novos membros da administração e a despedida ao Des. Joenildo foram responsabilidade do Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. "Inicialmente gostaria de apresentar ao Des. Paschoal, que assume a Presidência para concluir o biênio 2013/2014, nosso efusivos cumprimentos e os votos de uma feliz e profícua gestão. (…) Cumprimento também o Des. Julizar pela eleição e posse no cargo de Vice-Presidente, com votos de êxito na nova missão que lhe foi confiada. Boa sorte a ambos".

Sobre Joenildo, o Des. Oswaldo ressaltou: "O que importa agora é a figura impoluta do homenageado, que nos deixa um acervo inestimável e a quem esta Corte, por todos os seus integrantes, deseja, não o repouso, mas a continuidade da sua luta na defesa do Direito, embora em trincheiras diferentes".

Visivelmente emocionado, Joenildo agradeceu as homenagens, o apoio recebido durante sua trajetória a frente do Judiciário e aos chefes de poderes e colaboradores pelas parcerias. "Chego ao final de uma caminhada incessante e ininterrupta, que começou em 1980, na Comarca de Amambai. Foram 34 anos dedicados à magistratura estadual. (…) Administrar o Judiciário é inegavelmente o coroamento e consequência da própria carreira, portanto deve ser recebido como uma grande oportunidade de fazer o que for possível em favor da instituição como um todo e dos destinatários finais, os jurisdicionados. (…) Quero dividir com todos o alcance das conquistas obtidas. Tenho consciência que muito ainda poderia ser feito, mas fiz o que foi possível".

Agradecendo nominalmente aos juízes auxiliares, apontando diretores, assessores e servidores, além dos desembargadores, que o auxiliaram na gestão, Joenildo garantiu: "Sou um homem feliz e realizado. O que mais quero deste mundo senão vivenciar essa nova etapa de vida e terminar meus dias neste torrão sul-mato-grossense que me amparou e me possibilitou tudo isso? Tenho Deus, família e amigos, o que mais posso desejar? (…) Por fim, um abraço caloroso e agradecido aos desembargadores, companheiros da nossa administração, pela valorosa contribuição nesta gestão da qual participei".

O último a discursar foi o Des. Paschoal Carmello Leandro, empossado Presidente do TJMS. "É indubitável a responsabilidade proveniente da assunção ao cargo de Presidente do TJMS. A plena consciência das responsabilidades do cargo constitui, sem sombra de dúvida, um dos elementos norteadores do administrador. Somente o compromisso responsável possibilita a definição dos objetivos que o levarão aos resultados almejados pela classe que representa no meio social".

Ao Des Joenildo, o presidente registrou sua admiração e respeito. "V. Excelência exerceu brilhantemente sua carreira de magistrado, com importante participação na história do Poder Judiciário de MS. Sua postura tranquila, serena e aglutinadora manteve unida a classe de magistrados e elevou o nome desta Corte, colocando-a em posição de destaque nacional".

Houve ainda a participação do Coral do Tribunal de Justiça e a entrega de placas ao Des. Joenildo pela AMAMSUL e pelo TJMS.

Conheça – Paschoal Carmello Leandro é natural de Corumbá e formado pela Faculdade de Direito de São Carlos (SP). Ingressou na magistratura em maio de 1983, quando foi nomeado para exercer o cargo de juiz substituto na 5ª Circunscrição, em Aquidauana. Em maio de 1984, foi promovido para judicar em Rio Brilhante, comarca de 1ª entrância.

Em maio de 1986 foi promovido para 2ª entrância e passou a atuar na 2ª Vara da Comarca de Jardim. Em 1990 assumiu como juiz de entrância especial na 5ª Vara Criminal de Campo Grande. A pedido, foi removido para a 7ª Vara Criminal na Capital e, em 1994, teve sua designação alterada para a 3ª Vara Criminal de Campo Grande, onde permaneceu até ser promovido a desembargador, em fevereiro de 2005.

Julizar Barbosa Trindade é natural de Ouro Branco, na Bahia, e formou-se em Direito na Fundação Educacional Eurípedes Soares da Rocha de Marília (SP). Ingressou na magistratura sul-mato-grossense em fevereiro de 1982, como juiz substituto em Corumbá. Três meses depois, tornou-se juiz de direito em Glória de Dourados. Em 1984, foi promovido para a 2ª Vara da Comarca de Amambai, 2ª entrância.



Em 1985, a pedido, foi removido para a 1ª Vara Cível de Ponta Porã. Em 1988, foi promovido para a Comarca de Campo Grande, Entrância Especial, onde atuou na Vara de Entorpecentes e Delitos de Trânsito com vítimas, na Vara da Fazenda e Registros Públicos, na 3ª Vara Cível Residual e na Vara de Cartas Precatórias Cíveis, onde permaneceu até a promoção ao cargo de desembargador, em fevereiro de 2007.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

TJ e Marinha levarão Judiciário a população ribeirinha de Corumbá - 10/10/2014



Nesta quinta-feira (9), às 16 horas, no Salão Pantanal, o Tribunal de Justiça concluiu a parceria com a Marinha do Brasil, por intermédio do 6º Distrito Naval, para implantação de proposta inovadora que atenderá a população ribeirinha do Alto Paraguai, Baixo Paraguai e Taquari, além dos distritos de Corumbá, Albuquerque, Amolar, Coimbra, Nhecolândia, Paiaguás (Santa Rosa) e Porto Esperança.

Importante ressaltar que a reunião foi realizada apenas para colher a assinatura do contra-almirante Edervaldo Teixeira de Abreu Filho, do 6º Distrito Naval de Ladário, pois as conversações sobre a parceria já vinham sendo desenvolvidas desde o final do ano passado.

Assim, o projeto beneficiará as populações ribeirinhas da Comarca de Corumbá, em matéria afeta a competência dos Juizados Especiais. A proposta é expandir os serviços judiciários já existentes em Corumbá, por meio de uma embarcação itinerante, que periodicamente percorrerá o Rio Paraguai, para descentralizar a prestação jurisdicional e levar informação à população que reside longe da sede da comarca.

Dos deslocamentos, que serão feitos em navios da Marinha em missão regular pelo Pantanal de MS, devem participar um juiz de direito ou juiz leigo, bem como servidores e segurança, para prestar esclarecimentos, orientação e ajuizar demandas jurídicas *in loco*.

Sobre a nova parceria, o presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, lembrou que, com o projeto Justiça sobre as Águas, o Poder Judiciário pretende se aproximar mais da população ribeirinha, que muitas vezes não tem fácil acesso a Corumbá ou Ladário, ficando sem condições de resolver seu problema jurídico. “Vamos procurar chegar até essas regiões com uma estrutura adequada e, com apoio da Marinha do Brasil, oferecer a essas pessoas a prestação jurisdicional”.

Questionado sobre a expectativa a partir da assinatura do convênio, o contra-almirante afirmou que é muito grande porque a parceria foi uma forma que a Marinha encontrou de, junto com o Poder Judiciário, fazer um atendimento mais completo. “Nós já fazemos um serviço de assistência social com

médico e dentista e agora vamos também levar a justiça para o povo do rio. Tenho certeza que muitas dessas comunidades nunca tiveram a justiça tão próxima e ter um juiz tão perto será um grande ganho para essas pessoas".

Outro a comemorar foi o Des. Marco André Nogueira Hanson, presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais. "A Comarca de Corumbá é muito extensa. É a maior do Estado e, com a implantação dessa proposta, diversas comunidades ribeirinhas vão ter o auxílio e a prestação dos serviços judiciários para resolver seus problemas e conflitos".

A Comarca de Corumbá é a maior extensão territorial de Mato Grosso do Sul, caracterizada pelo ecossistema de planícies alagáveis, conhecido como Pantanal (Patrimônio Natural da Humanidade concedido pela Unesco - ONU), e também pela divisa internacional do Rio Paraguai, marco natural da fronteira brasileira com os países Paraguai e Bolívia.

Homenagem – Assinada a documentação que regulamentou a parceria, o contra-almirante Edervaldo Teixeira de Abreu Filho recebeu a medalha do Colar do Mérito Judiciário, entregue a personalidades do mundo jurídico e empresarial que se destacaram por sua dedicação à causa da justiça.

A comenda, que é a mais alta homenagem outorgada a pessoas que prestaram relevantes serviços à cultura jurídica ou ao Poder Judiciário, foi instituída pela Resolução nº 249, de 1997 e, desde sua instituição foi entregue a mais de 70 autoridades. Entre os homenageados estão ministros, desembargadores, procuradores e pessoas que colaboraram de forma expressiva com a justiça.

Em agosto foi realizada uma sessão solene para a entrega da honraria, porém o contra-almirante não pode comparecer, razão pela qual recebeu a medalha nesta quinta-feira.

Para quem não conhece, a medalha é dourada, inscrita com o símbolo da justiça (balança e espada), tendo ao centro o contorno do Estado de MS em retículo, contendo em seu interior a figura do Tuiuiú – símbolo do pantanal sul-mato-grossense – ladeadas pelo café frutificado (à direita) e pela erva-mate florida (à esquerda), circundadas pelos dizeres Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul – Mérito Judiciário.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS é homenageado pelo CNJ por ações da infância e juventude - 14/10/2014



Na sessão desta terça-feira (14) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, recebeu das mãos do ministro Ricardo Lewandowski a premiação Ouro, na primeira edição do Selo da Infância e Juventude do CNJ.

Este foi mais um reconhecimento nacional ao Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul pelo trabalho realizado na área da infância e juventude, sob a coordenação da Desa. Maria Isabel de Matos Rocha.

A honraria é uma iniciativa do CNJ e do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), e reconhece as boas práticas na defesa dos direitos da criança e do adolescente em todo o país – o que torna a classificação sul-mato-grossense ainda mais destacada.

Para que se entenda melhor a importância do Selo, necessário lembrar que foram analisados vários requisitos de estruturação ao bom funcionamento das Coordenadorias da Infância nos tribunais brasileiros, tais como instalações, móveis, equipamentos, equipe de servidores exclusivamente para atender as atividades da infância e as parcerias para suprir eventual carência de servidores das equipes multidisciplinares. Em MS todos os itens foram cumpridos. Além disso, foi valorada para a premiação do Selo a capacitação realizada para magistrados e servidores na área da infância e juventude e, neste item, a Escola Judicial de MS (Ejud-MS), em parceria com a Coordenadoria da Infância e Juventude, realizou 11 cursos, dos quais cinco para magistrados e seis cursos para servidores.

Contou ponto também para a premiação a implementação de um portal web, contendo informativos sobre as atribuições, competência e as ações da CIJ, bem como a existência de um banco de boas práticas relacionadas à matéria infanto-juvenil.

Para obter o Selo Ouro, Mato Grosso do Sul destacou cinco ações da CIJ. Do Projeto Padrinho o enfoque estava no Minha História, Minha Vida; alfabetização e acompanhamento escolar, Projeto Guarda Sonhos; de artes e sustentabilidade Fabricando Meus Brinquedos. Foram destacados também os programas da Justiça Restaurativa Juvenil e da Justiça Restaurativa na Escola.

Importante citar que os tribunais de Mato Grosso do Sul, Sergipe, Minas Gerais e Espírito Santo obtiveram pontos suficientes para alcançar o Selo Diamante e só não o receberão porque não satisfizeram o cumprimento de alguns requisitos do edital, como incluir a previsão de recursos para a respectiva coordenadoria na Lei Orçamentária Anual do estado.

Receberam o Selo Ouro junto com Mato Grosso do Sul os tribunais de Sergipe, Minas Gerais, Espírito Santo e Pernambuco. Na categoria Prata foram premiados os tribunais de Santa Catarina, Pará e Distrito Federal e Territórios. O Selo Bronze foi entregue às cortes de Roraima, Mato Grosso, Maranhão e Ceará.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Luiz Claudio Bonassini é empossado desembargador do TJMS - 17/10/2014



Mais uma vez o plenário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul recebeu familiares, amigos e autoridades que vieram acompanhar a posse do novo componente da mais alta corte de justiça de MS, o desembargador Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Para prestar compromisso como desembargador, Bonassini foi conduzido ao plenário pelos desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Amaury da Silva Kuklinski, respectivamente os membros mais antigo e mais moderno do Tribunal.

Após a leitura do termo de posse, o empossado recebeu a toga das mãos de sua esposa, Luziclaire Sanchez Colnaghi da Silva, e tomou assento no Tribunal Pleno.

Em homenagem ao novo desembargador, o Grupo Viver Bem interpretou as músicas "Yesterday", dos Beatles e "Sonhos Guaranis", composição de Paulinho Simões e Almir Sater.

Em seguida, o presidente da Amamsul, juiz Wilson Leite Corrêa, congratulou o mais novo membro do TJMS, ressaltando sua coragem e independência e relembrou sua trajetória nas Comarcas de Mundo Novo, Corumbá e Campo Grande e sua atuação no Tribunal Regional Eleitoral de MS. "*Embora seja sempre uma pessoa amável com todos, qualidade essa reconhecida pelos profissionais do direito, inclusive pelos advogados, sempre preservou a sua imparcialidade e independência. Nessa jornada, marcou sobremaneira a sua passagem pelo Tribunal Regional Eleitoral deste Estado, onde, com seu profundo conhecimento jurídico, senso de justiça e coragem participou ativamente de julgamentos que mudaram a jurisprudência daquele Tribunal*", findou o magistrado.

Representando a OAB/MS, falou seu presidente, Júlio Cézar Souza Rodrigues, que destacou as qualidades do novo desembargador como "homem culto e laborioso". "*Os advogados e advogadas do MS esperam que V. Exa. continue a demonstrar toda sua sensibilidade social e serenidade neste novo compromisso institucional e republicano assumido nesta data*".

Em nome do procurador-geral de justiça, Humberto de Matos Brittes, o procurador de justiça Hudson Shiguer Kinashi destacou que esse é um "dia de reconhecimento da maturidade judicante e de renovação do compromisso para com a sociedade e com a Pátria. Maturidade judicante reconhecidamente angariada por Vossa Excelência ao logo de toda sua carreira na Magistratura Sul-Mato-Grossense nos últimos 26 anos".

Pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, o Des. Marco André Nogueira Hanson saudou o novo desembargador, registrando que este "deixou por onde passou o rastro de saudade, por sua retidão de vida e caráter. (...) Seja bem-vindo Bonassini pela sua honradez e humildade, pelo exemplar pai de família, seja bem-vindo tchê, que significa "amigo", em tupi guarani, e como dizia um gaúcho lá da sua querida Arvorezinha: "te aprochega tchê, passe para diante. Quero lhe dar as boas novas. Te aprochega como for, depacito ou no repente, pois o Tribunal te recebe de braços abertos".

Orgulhoso por fazer parte do Tribunal de Justiça do MS, Bonassini comprometeu-se mais uma vez com seu papel diante da sociedade. "Nesta luta encontro-me engajado desde que pela primeira vez prestei o juramento hoje repetido, no dia 5 de fevereiro de 1988, e nela pretendo continuar investindo até completar o meu último dia na magistratura", afirmou o novo desembargador.

Perfil - Nascido em Arvorezinha (RS), Luiz Claudio Bonassini da Silva é casado e pai de dois filhos. Ele ingressou na magistratura em fevereiro de 1988 e começou a carreira na 5ª Circunscrição, como juiz substituto. Quatro meses depois foi promovido para judicar na Comarca de Mundo Novo.

Uma nova promoção, em maio de 1989, o levou para a 2ª Vara Criminal de Corumbá. Em setembro de 1995, por permuta, passou a atuar na 2ª Vara Cível da mesma comarca. Em agosto de 1998, foi promovido para a 3ª Vara de Família e Sucessões de Campo Grande.

Em abril de 2010, por remoção, tornou-se titular da 3ª Vara do Juizado Especial Central da Capital e ocupava o cargo de diretor do Foro dos Juizados Especiais de Campo Grande.

Fotos – Confira fotos da solenidade no Flickr (https://www.flickr.com/photos/galeriatjms/sets/) e no Facebook (https://www.facebook.com/TJMSoficial) do TJMS.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Congresso debate Ciências Criminais em Mato Grosso do Sul - 17/10/2014



Para dois dias de discussões, começou na tarde de quinta-feira (16) o II Congresso Sul-mato-grossense de Ciências Criminais. O evento reúne magistrados, promotores, defensores e outros operadores do Direito, além de universitários. As mil vagas disponibilizadas foram preenchidas.

Na abertura, o responsável pelo IBCCrim em MS, Wilson Tavares de Lima, explicou a importância de se realizar um evento como este. "Em 1940 tinha-se a ideia do que era crime, hoje não se tem mais. Muitos crimes tem como causa questões sociais, questões de saúde pública e o magistrado precisa se valer de outras ciências para conter o poder punitivo, e isso torna cada vez maior a necessidade de se realizar eventos como este congresso".

O Des. Carlos Eduardo Contar, vice-diretor da Escola Judicial de MS, ressaltou a parceria com o IBCCrim e com o TJMS para a realização do evento e lembrou que as dúvidas resultantes do congresso são significativas para a melhoria do trabalho.

Representando o Tribunal de Justiça falou o Des. Romero Osme Dias Lopes, que lembrou a impossibilidade de se mensurar o mundo jurídico e deu as boas-vindas aos participantes em nome do Des. Paschoal Carmello Leandro, presidente do TJMS.

O primeiro palestrante foi Luiz Flávio Gomes, conhecido penalista brasileiro, que abordou o tema Beccaria 250 Anos: Criminalidade e Pretensão da Violência. Para quem não conhece, Beccaria é autor do livro "Dos delitos e das penas", obra que questionava o estilo de penas aplicadas em 1974, que considerava cruéis e desumanas.

"Beccaria descreveu todos os princípios do direito penal e do processual penal, estruturando um sistema novo, uma estrutura de justiça moderna. Para viver em paz, a sociedade deve priorizar a prevenção

e a certeza do castigo é a melhor prevenção. Nos países que seguem Beccaria a média é de um assassinato por 100 mil pessoas. No Brasil, a média é de 29 para 100 mil habitantes. O Brasil está flertando com o caos", disse ele durante a palestra.

O segundo a falar foi Sacha Darke, da Universidade de Westminster, no Reino Unido, que explorou o tema "O Recuperando Ajudando o Recuperando: Disciplina e reforma propiciada pelos pares em prisões confessionais brasileiras". Darke foi responsável por traçar um panorama do sistema penitenciário brasileiro, realizando, especialmente, uma análise do presídio do Carandiru, em São Paulo.

Na manhã desta sexta-feira, o palestrante Cristiano Avila Maronna falou sobre Novos Mecanismos de Controle e Compliance nas Empresas em Virtude da Lei Anticorrupção; e Sérgio Salomão Shecaira finalizou os trabalhos matutinos discutindo Drogas: Uma Nova Perspectiva.

À tarde, Celso Limongi aborda O Princípio da Razoabilidade no Direito Penal e Gustavo Badaró encerro o evento tratando sobre Juiz Natural no Processo Penal.

O congresso faz parte do cronograma de cursos da Escola Judicial do Estado de Mato Grosso do Sul e está voltado para magistrados, promotores, defensores, delegados, advogados, estudantes de direito e demais operadores do direito penal e da ciência criminal.

Os coordenadores científicos são o juiz Olivar Augusto Roberti Coneglian e Wilson Tavares de Lima, do IBCCRIM-MS. O evento está sendo realizado no Centro de Convenções Arquiteto Rubens Gil de Camillo.

Compuseram a mesa de abertura do congresso o juiz Olivar Augusto Roberti Coneglian, Alexandre Franzoloso, presidente da Comissão de Advogados Criminalistas, da OAB/MS, Des. Romero Osme Dias Lopes, representando o presidente do TJMS, Des. Carlos Eduardo Contar, vice-diretor da Ejud-MS; Francisco Carlos Bariani, subcorregedor-geral da Defensoria Pública de MS, e o juiz Wilson Leite Corrêa, presidente da AMAMSUL.

Autoria do texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Reconhecimento: TJMS recebe Selo Justiça em Números Diamante - 10/11/2014



O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Paschoal Carmello Leandro, recebeu, no final da tarde desta segunda-feira (10), o Selo Justiça em Números Diamante do Conselho Nacional de Justiça. O selo foi entregue durante o VIII Encontro Nacional do Judiciário, que se estende até amanhã (11) em Florianópolis (SC).

A homenagem foi concedida em reconhecimento à excelência alcançada na gestão da informação. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul foi um dos seis tribunais do país agraciado pelo CNJ com o selo diamante, sendo que apenas dois tribunais estaduais atenderam a todos os requisitos para a premiação máxima.

Para o presidente do TJMS, o prêmio representa a constatação, por parte do Conselho Nacional de Justiça, do eficiente trabalho realizado pelo judiciário sul-mato-grossense. "O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul tem tradição em inovar e investir em tecnologias capazes de impulsionar a prestação jurisdicional. Receber o Selo Justiça em Números Diamante é um reconhecimento a estas competências alcançadas por todos os magistrados e servidores ao longo da história", afirmou o Des. Paschoal.

A premiação foi instituída para incentivar o aprimoramento do sistema de estatísticas do Poder Judiciário, melhorar a qualidade da informação e contribuir para a produção de dados confiáveis sobre a Justiça brasileira.

Requisitos – Para o recebimento do Selo Justiça em Números Diamante, o Tribunal de Justiça de MS cumpriu os requisitos de encaminhamento de dados estatísticos semestrais e anuais ao CNJ dentro do prazo, além dos requisitos de gestão da informação e de extração de dados.

De acordo com o diretor de Planejamento do TJMS, Newton Cesco Júnior, a Coordenadoria de Estatística, responsável pela coleta e envio das informações, tem realizado nos últimos anos trabalhos minuciosos para identificar os pontos vulneráveis dos sistemas utilizados na obtenção de números mais fidedignos e de qualidade. “A estatística não muda o mundo. As pessoas mudam o mundo. A estatística só mostra as mudanças”, concluiu.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ empossa desembargadores Vilson Bertelli e Odemilson Fassa - 19/11/2014



A exemplo de outras solenidades, os plenários ficaram lotados de amigos e autoridades que prestigiaram a posse dos novos desembargadores. Porém, desta vez, em vez de um, dois juízes foram empossados no mais alto cargo da justiça sul-mato-grossense: Vilson Bertelli e Odemilson Roberto Castro Fassa.

Conduzidos ao plenário pelo decano, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, e pelo mais moderno, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, os dois juízes prestaram juramento legal e receberam a toga de suas esposas. Ambos foram homenageados com apresentações do Grupo de Incentivo à Cidadania e Qualidade de Vida – Viver Bem e pelos integrantes do Coral do Tribunal de Justiça, sob a regência do maestro Nillo Cunha.

O primeiro a discursar foi o juiz Wilson Leite Corrêa, presidente da Associação dos Magistrados de MS (AMAMSUL), que considerou o momento como ímpar, lembrou que os juízes ingressaram na magistratura há mais de 25 anos e, desde então, construíram carreiras exemplares. Ele apontou que os empossados possuem em seus currículos a particularidade de pertencer ao mundo acadêmico. Dedicados ao aperfeiçoamento profissional, ambos são professores de renome no meio jurídico, exemplo e referência para os operadores do Direito.

> *"Caros desembargadores, os magistrados de Mato Grosso do Sul contam com seu apoio nas questões associativas, inclusive, esperando que continuem sendo defensores de nossas prerrogativas, de melhores condições de trabalho e de remuneração compatível com a dignidade do cargo. Desejamos sucesso nessa nova etapa da carreira e que Deus continue iluminando as suas decisões e seus passos", cumprimentou.*

Em nome da Defensoria Pública falou Paulo André Defante, que garantiu prezar a importante parceria construída ao longo dos anos. Em seu discurso, ele mencionou o Selo Diamante recebido do CNJ pelo Poder Judiciário de MS e afiançou que a premiação é a mais recente prova de que o esforço dos desembargadores do TJMS, assim como seu corpo técnico-administrativo, contribui de maneira significativa para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

> *"Agora, este mesmo tribunal recebe novos membros. Certamente os desafios serão muitos, mas o serviço de ambos continuará sendo exercido com a eficiência, a imparcialidade e a sensibilidade necessárias para que a justiça de MS continue na vanguarda".*

Pelos advogados discursou o presidente da OAB/MS, Júlio Cezar Souza Rodrigues, que citou as qualidades dos empossandos. Júlio Cezar chamou Bertelli de renomado processualista e apontou que as virtudes pessoais e profissionais de Fassa foram marca constante na vida do magistrado.

> *"Cumprimento, em nome dos 11.800 advogados, os desembargadores, desejando uma profícua missão nesta egrégia Corte Judiciária, estendendo-lhes a solidariedade do integral apoio da OAB/MS na resolução dos problemas e na superação dos permanentes desafios que se defronta esta Corte na garantia e defesa dos valores republicanos".*

A recepção em nome do Ministério Público foi feita em nome do Procurador-Geral de Justiça, Humberto de Matos Brittes, que citou Salomão no livro de Eclesiastes, ao ressaltar que tudo tem seu tempo determinado e há tempo para tudo embaixo do céu.

> *"E hoje é tempo de recepcionarmos os dois novos integrantes da mais alta Corte de Justiça de MS. (...) O caminhar de V. Exas. na magistratura, contribuindo sempre com as administrações desta Corte, inclusive já atuando no TJMS como juízes convocados, dá a certeza ao Ministério Público e à sociedade de Mato Grosso do Sul que teremos dois grandes magistrados e especialmente dois homens de caráter e competência distintas para integrar o Tribunal de Justiça de MS".*

Pelo Tribunal de Justiça, o Des. Dorival Renato Pavan saudou o agora Des. Bertelli. Amigo com quem judicou em primeiro grau, Pavan fez um discurso em que apontou que não é o Tribunal de Justiça que ganha com a promoção: é o jurisdicionado.

> *"Muitos aqui não conhecem o verdadeiro perfil deste notável magistrado, oriundo de terras gaúchas, criado no Paraná e tendo Mato Grosso do Sul como a terra de seu coração. (...) Quem não o conhece, pensa que o agora Des. Bertelli é uma pessoa difícil de tratar, que tem a soberba dentro de si e esse é o maior dos enganos. Não conheço pessoa mais humilde, desprovida de orgulho ou arrogância, cordial, amigo, simples, sincero e sensível.(...) Boas vindas a este Sodalício, rogando a Deus que sempre o proteja, abençoe e ilumine seu caminho e sua trajetória, e conceda-lhe a sabedoria necessária ao exercício de suas funções".*

O Des. Sideni Soncini Pimentel recepcionou o Des. Fassa. Ele falou da experiência profissional vasta e destacada do novo colega, testemunhou o homem simples, cordial e sensível, características que assinalam a pessoa do novo desembargador e confessou que a ocasião é igualmente especial para ele.

> *"Este momento é, antes de mais nada, um ato de reconhecimento do seu elevado caráter e distintas qualidades profissionais e intelectuais, exaltadas por seus pares ao longo de uma virtuosa carreira. (...) Tenho a convicção de que Vossa Excelência contribuirá enormemente com o engrandecimento deste Poder e cumprirá, com altivez, as expectativas que lhe são depositadas", expressou Sideni.*

Os empossandos foram os últimos a discursar. Sem disfarçar a emoção, o Des. Bertelli começou sua fala com uma inegável declaração à esposa e tudo o que ela representa em sua vida. Citou os filhos, familiares, pessoas queridas e garantiu ficar honrado em integrar o Tribunal de Justiça de MS, judiciário que está, e há muito tempo, entre os melhores do Brasil.

> *"Esse discurso, por expressa disposição regimental, tem por finalidade o agradecimento. E a gratidão é a memória do coração. Há muito por agradecer. No meu caso especialmente, porque este momento, em alguns instantes da minha vida recente me pareceu algo inatingível, ou, o que seria bem pior, seria recebido apenas post mortem. Seja como for, eu consegui chegar ao ápice da minha carreira e estou muito feliz. Extremamente feliz. E sou muito grato por isso".*

Nominando colegas da primeira instância, Bertelli prestou homenagens à magistratura de MS e assumiu o compromisso de jamais esquecer os 26 anos de magistratura de primeiro grau. Ao encerrar, citou o escritor Augusto Branco: *"Bom mesmo é ir à luta com determinação, abraçar a vida com paixão, perder com classe e vencer com ousadia, porque o mundo pertence a quem se atreve e a vida é muito para ser insignificante".*

O Des. Fassa também fez inúmeros agradecimentos e comprometeu-se a somar esforços, imbuído dos melhores propósitos para trabalhar em favor do povo e do Poder Judiciário. Ele prometeu atuar com absoluta independência e imparcialidade, obediente tão somente à sua consciência, mas cônscio de que a decisão colegiada é a melhor solução.

> *"Esta sessão solene de posse consubstancia acontecimento especialíssimo em minha vida profissional e, tomado pela emoção, talvez não consiga transmitir-lhes a intensa felicidade. O êxito, todavia, compartilho com muitos que contribuíram para que este momento se concretizasse. Alguns verdadeiros anjos a me proteger e a guiar-me no percurso: às vezes, carregando-me ou desobstruindo os caminhos".*

Falando sobre os sentimentos experimentados ao longo da carreira, ele mostrou estar ciente dos desafios que o aguardam, em razão do elevado quantitativo de recursos que chegam ao Tribunal de Justiça. *"Requer atenção e empenho permanente para que a prestação jurisdicional se dê em tempo aceitável, tarefa cada vez mais difícil. (...) Sou grato a este Estado que me acolheu e propiciou-me o exercício da função que escolhi, terra onde entabulei novas e gratificantes amizades".*

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

DISCURSO DO DESEMBARGADOR MARCO ANDRÉ NOGUEIRA HANSON POR OCASIÃO DA POSSE DO DES. LUIZ CLÁUDIO BONASSINI DA SILVA

Aos dezessete dias do mês de outubro do ano de dois mil e quatorze.

Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Desembargador Paschoal Carmello Leandro, na pessoa de quem saúdo todas as digníssimas autoridades componentes da mesa e as demais já nominadas.

Caríssimos colegas magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria, advogados, servidores, familiares e amigos, senhoras e senhores.

Cumprindo desiderato do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, aqui estou para dizer-vos, nesta tarde festiva e solene, quanto me honra, em nome do Poder Judiciário do Estado, dar boas vindas ao Desembargador Luiz Cláudio Bonassini da Silva que, por merecimento, ascende ao mais elevado posto da carreira de magistrado.

E, frise-se, de logo, promovido por mister de sua competência, merecimento, capacidade e devoção ao trabalho, após por três vezes consecutivas figurar nas listas de promoção, concorrendo com magistrados de iguais predicados.

Mas antes de saudá-lo, é oportuno também homenagear o eminente desembargador Joenildo de Souza Chaves, que recentemente foi atingido pela aposentadoria compulsória, depois de servir o Poder Judiciário do Estado por longos anos. Homem justo e honrado, deixou sua marca neste Tribunal e também muita saudade em todos que o conheceram.

Confesso que a tarefa de resumir em poucos minutos uma vida inteira de dedicação à Judicatura não é fácil, mas ao mesmo tempo prazerosa, na proporção em que é sempre bom revisitar a trajetória do homenageado.

E faço esta saudação de forma mais simples possível, visto ser uma das virtudes do desembargador empossado nesta tarde.

Luiz Cláudio Bonassini da Silva é gaúcho, natural de Arvorezinha, onde passou a receber os ensinamentos de seus pais Juleide Tereza Bonassini da Silva e João Francisco Souza da Silva.

Casou-se com a sua sempre companheira Luziclaire e, dessa união, Deus lhe presenteou os filhos Conrado e Ítala, orgulhos do pai.

Graduou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo -RS, em 1981. Exerceu a advocacia até 1986, quando assumiu o cargo de Escrivão Judicial da 3ª Vara da Comarca de Soledade, RS, acumulando as funções de Escrivão Eleitoral.

Ingressou na Magistratura Estadual em 5 de fevereiro de 1988, tendo sido nomeado para exercer o cargo de Juiz substituto da 5ª Circunscrição, iniciando suas funções judicantes na Comarca de Jardim, MS.

Exerceu o cargo de juiz de direito nas comarcas de Mundo Novo, Corumbá, e na 3ª Vara de Família e Sucessões da Capital.

Também foi membro da 3ª Turma Recursal Mista da Capital e membro efetivo do Tribunal Regional Eleitoral no biênio 2012/2014, com destacada atuação no primeiro ano de aplicação da Lei da Ficha Limpa e, por final, foi removido a pedido para a 3ª Vara do Juizado Especial Central de Campo Grande, tendo sido designado Juiz Diretor do Foro dos Juizados Especiais por quatro vezes.

Esse é o percurso do homenageado que constitui um exemplo de magistrado que busca incessantemente se aperfeiçoar, sem nunca deixar de lado seus valores morais e sempre reservando atenção e dedicação à sua família.

Sua carreira na primeira instância foi pontuada por realizações e presteza no exercício da jurisdição e, certamente, agora, na segunda instância, continuará agindo da mesma forma, valendo lembrar o que disse Nelson Hungria quando de sua posse no Tribunal de Apelação do Distrito Federal: "Serei no Tribunal de Apelação o que sempre fui na primeira instância: um juiz que antes de consultar manuais da doutrina ou as revistas de direito, aconselha-se com a própria consciência e dispõe, em qualquer conjuntura, de suficiente bravura moral para não atraiçoá-la".

Tenho a registrar que o Desembargador Bonassini, deixou por onde passou o restro de saudade, por sua retidão de vida e caráter. Digno, comprometido com a função jurisdicional, honrado, forjou sua história principalmente quando foi juiz criminal em Corumbá numa época em que o crime grassava naquela região. Sua atuação foi decisiva para a mitigação da criminalidade, com a condenação de traficantes e no combate ao crime organizado.

Vossa Excelência chega ao Tribunal num momento de extrema preocupação quanto à política nacional, pois o elemento ético, os deveres morais, o prestígio às instituições devem preponderar nos sistemas de governo.

O momento também, novel Desembargador, é de reafirmação da importância do Judiciário, que se vê às voltas com o aumento da demanda, no entanto nem sempre tem o orçamento necessário à implementação de sua tarefa constitucional, a despeito do apoio do Governo Estadual.

Apesar dos esforços no âmbito da gestão pública, nessa contenda de reafirmação da cidadania, a celeridade deve sempre ser perseguida e, por isso, agora, com sua promoção, ganha o Tribunal maior reforço em suas colunas, na tarefa de dar a cada um o que deve ser seu, em menos tempo possível.

Enfatize-se que não só nesse plano, mas também no da convivência harmoniosa com colegas e servidores, ganhamos todos. O diálogo e a lealdade com os pares é fator de legitimação e dignifica o processo decisivo e o próprio julgador. É no colegiado que nos conhecemos e nos completamos mutuamente, na diversidade de entendimento e na defesa do direito de expressão do dissenso, valendo sempre lembrar a advertência de Fernando Pessoa sobre o exercício do poder: "Querer não é poder. Quem pôde, quis antes de poder. Quem quer nunca há de poder, porque se perde em querer".

Já finalizando, cito Machado de Assis, para quem "abençoados os que possuem amigos, o que os têm sem pedir. Porque amigo não se pede, não se compra, não se vende. Amigo a gente sente" (poema Bons Amigos).

É, pois, nessa vibração impregnada de vida, repleta de aspirações, imbuído da prática diuturna das virtudes morais e intelectuais, que saúdo o amigo Bonassini e seus familiares, desejando que nossa nova etapa possa continuar servindo à sociedade e aos cidadãos, na prática das virtudes que possui.

Seja bem-vindo Bonassini, homem dotado de sensibilidade e altura invejáveis, seja bem-vindo pela sua honradez e humildade, pelo exemplar pai de família, seja bem-vindo tchê, que significa "amigo", em tupi guarani, e como dizia um gaúcho lá da sua querida Arvorezinha: "te aprochega tchê, passe para diante. Quero lhe dar as boas novas. Te aprochega como for, depacito ou no repente, pois o Tribunal te recebe de braços abertos".

***

DISCURSO DO DR. LUIZ CLÁUDIO BONASSINI DA SILVA POR OCASIÃO DA POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Aos dezessete dias do mês de outubro do ano de dois mil e quatorze.

Queridos familiares, amigos, colegas magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, advogados, dignas autoridades, servidores do Poder Judiciário, senhoras e senhores.

Por uma destas coincidências do destino, Senhor Presidente, foi Vossa Excelência a pessoa que me recebeu para o primeiro dia de trabalho na magistratura, quando Juiz da 2ª Vara de Jardim, e também quem me deu o primeiro choque de realidade acerca do que é a judicatura.

Lembro que após tomar posse em Aquidauana para assumir a 1ª Vara de Jardim, antes de pegar a estrada entendi por bem telefonar para o colega informando a hora da chegada, afinal ele poderia ter preparado uma recepção de boas-vindas e não ficava bem deixá-lo esperando sem saber até quando.

Apresentei-me e disse que chegaria em uma hora, mais ou menos. Foi então que ouvi aquele inconfundível sotaque corumbaense dizendo: “pois venha rápido, porque está aqui o Dr. Juarez Marques Batista, advogado de Campo Grande, com uma cautelar de três volumes, para apreender mil e duzentas cabeças de gado”.

E era verdade. Fiquei a tarde toda debruçado sobre aquele processo, mas através dele tive a exata dimensão do que viria pela frente.

Hoje, quando também é Vossa Excelência que me recebe na Superior Instância , espero que o susto não seja tão grande.

Minha trajetória no Poder Judiciário é caracterizada por muita dedicação e respeito aos colegas, aos promotores, defensores públicos e advogados. A isto, e também à grande generosidade dos que me antecederam na fala, é que atribuo a gama de elogios a mim dirigida há pouco. Sem falsa modéstia, até reconheço ser digno de alguns, mas a maioria, com certeza, é fruto da amizade e do companheirismo que nos une em todos estes anos de luta pelo mesmo objetivo, que é o de distribuir Justiça. Cada um de vocês é digno dos mesmos elogios, e os retribuo afetuosamente.

William Shakespeare disse uma vez que “a brevidade é a alma do engenho” . Por acreditar nessa verdade, trago nesta fala apenas palavras simples, que brotaram do coração ao meditar sobre um momento tão especial como este quando, cercado de amigos e familiares, chego ao ápice da carreira de magistrado e tenho a honra de integrar a mais alta Corte de Justiça do Estado, um Tribunal de destaque no cenário Nacional, colocado sempre entre os três primeiros do país em estrutura e produtividade, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça.

Embora o Juiz se prepare durante toda a carreira para este momento, quando ele chega não vem sozinho, pois traz consigo muitas dúvidas e inquietações. A responsabilidade é potencializada e são grandes as expectivas da sociedade acerca da forma de atuação de cada novo membro da corte.

O Poder Judiciário local, por mais qualificado e aparelhado que seja, também enfrenta os problemas comuns a todos os estados brasileiros. E sobre isso muito venho refletindo e me perguntando:

Que espécie de contribuição poderei prestar ao Poder Judiciário e à sociedade Sul-Mato-Grossense junto ao Tribunal de Justiça para atender a todas estas expectivas ?

Com certeza não são indagações de fácil resposta, especialmente para quem não se permite assumir qualquer responsabilidade, por mais simples que seja, sem nada ter a acrescentar.

Tal qual os demais Poderes da República, vivemos tempos conturbados, de extremas cobranças por parte da sociedade, muitas delas decorrentes de campanhas midiáticas tendenciosas, que visam o enfraquecimento do poder como um todo, tomando como base atitudes isoladas de alguns de seus membros, cujas condutas destoam da esmagadora maioria dos magistrados, que são íntegros e dedicados exclusivamente ao exercício da função.

Destaca-se em tais campanhas apenas o aspecto negativo, como se ele fosse a regra, procurando incutir no cidadão a idéia de que o juiz ganha muito e produz pouco.

Não é raro confundirem garantias constitucionais com privilégios, viciando a opinião pública porque o Judiciário, fora dos autos, é um Poder sem voz, que não se defende à altura quando injustamente atacado, em razão de sua total incapacidade de gerar espaço próprio nos principais meios de comunicação.

A realidade, que infelizmente não chega ao conhecimento do cidadão, é muito diferente.

De acordo com o "estudo comparado de indicadores do Poder Judiciário", divulgado pelo CNJ, cada Juiz brasileiro julga mais de mil e seiscentos processos por ano, a maior média de produtividade do mundo, e que vem aumentando ano a ano.

Entretanto, segundo o relatório "Justiça em Números 2014", também do CNJ, divulgado há poucos dias, a taxa de congestionamento não diminuiu. Somente em 2013 foram ajuizados vinte e oito milhões e trezentos mil novos processos, de maneira que hoje temos mais de noventa e cinco milhões de processos em andamento, sendo que quase setenta por cento envolve governos, bancos e concessionárias de serviços públicos.

Como há outros meios legais de solução de conflitos, todos esses dados, ao mesmo tempo que demonstram confiança da população na Justiça, provam que a política de metas na gestão dos litígios, implantada pelo CNJ, apenas ataca as consequências, e não as causas do problema. Daí a ineficácia já constatada para reduzir a taxa de congestionamento.

As características do litígio não são as mesmas de dez anos atrás. Hoje ele é massificado, mas continua sendo resolvido individualmente porque ainda não adquirimos a cultura das ações coletivas e, principalmente, ainda não se valoriza convenientemente a Justiça de primeiro grau no que toca à efetividade das suas decisões, dois instrumentos que em muito podem contribuir para resolver o problema e, de quebra, reduzir o grande impacto que a alta litigiosidade provoca no orçamento do Poder.

Na esfera penal, enquanto aguardamos a modernização dos códigos, enfrentamos o desafio de encontrar o ponto de equilíbrio entre a política de desencarceramento implantada pelo Governo Federal e a segurança tão clamada pela sociedade.

No âmbito administrativo precisamos encontrar meios de investir mais pesado no maior patrimônio que temos, que é o elemento humano; valorizar o servidor, melhorar a remuneração e fornecer melhores condições de trabalho. É assim que poderemos reduzir o atual quadro de desmotivação e dar conta da enorme carga de trabalho e da desmesurada cobrança acima referidas, sem que o preço seja pago com a própria saude, como vem ocorrendo.

Estas são apenas algumas das questões que merecem debate e reflexão, mas há muitas outras, de interesse Nacional, que estão batendo à nossa porta em busca de solução urgente para evitar risco até mesmo ao próprio Sistema Democrático.

Estou convicto de que os membros desta Corte estão atentos e aptos para abordá-las com seriedade e competência.

Nesta luta encontro-me engajado desde que pela primeira vez prestei o juramento hoje repetido, no dia 05 de fevereiro de 1988, e nela pretendo continuar investindo até completar o meu último dia na magistratura.

O ingresso nesta Egrégia Corte muito para mim representa. É motivo de muito orgulho, mas certamente não fará com que mude meu temperamento, minha forma de proceder , nem que esqueça cada um dos obstáculos superados e o apoio que recebi ao longo desta trajetória, iniciada há vinte e seis anos.

É bem viva em minha memória aquela madrugada de 28 de janeiro de 1988 quando, de coração apertado e lágrimas nos olhos, a Luzi, o Conrado e eu deixamos para trás a cidade de Soledade, no Rio Grande do Sul, com tudo o que ela representava para nós: família, amizade, tradição, aconchego, e tantos anos de história, para começar outra, num estado novo, distante e desconhecido.

Partíamos trazendo malas de sonhos e esperanças, mas também uma enorme sensação de angústia e de perda, pois deixáva-mos na distância nosso estado de origem e tantas pessoas de fundamental importância em nossas vidas, cujo convívio diário tanto nos confortava e engrandecia.

O Gaúcho, embora presente em todos os cantos do país, é extremamente ligado à terra natal, que chama de "Querência", e muito sofre quando dela se afasta. Migra, como tantos que aqui estão migraram, mas num distanciamento meramente geográfico, e não espiritual, pois por onde quer que ande mantém bem vivas a cultura e as tradições ancestrais. Desta forma, por mais que se afaste do Rio Grande, jamais fica longe da sua raiz, não renega o passado nem as pessoas queridas, pois sabe que também por elas não será esquecido.

Naquele dia, além da perspectiva e da esperança por uma vida melhor, este alento nos acompanhava.

Mas já nos primeiros dias em terras Sul-Matogrossenses percebemos o quanto seria fácil a adaptação. Aqui encontramos um povo acolhedor e amável, pessoas com os mesmos sentimemtos e aspirações, costumes muito parecidos, que logo nos deram a certeza de que aqui teríamos plenas condições de crescer e fortalecer nossa família.

Inicialmente fomos morar em Guia Lopes da Laguna em razão da falta de moradia em Jardim. Após quatro meses de duro aprendizado estávamos em Mundo Novo, minha primeira comarca como Juiz de Direito, onde permanecemos por apenas nove meses, e onde vivi pela primeira vez a dura experiência de presidir uma eleição. Dali para Corumbá, a linda e acolhedora cidade branca, que ficará para sempre gravada em nossa memória, não só porque lá nasceu nossa amada filha Ítala, mas também muitas grandes amizades, a maior parte preservada, tanto que muitos aqui hoje me honram com suas presenças. Dez anos e muitos cabelos brancos depois, mudamos para a capital, onde estamos há quinze anos, e parece que chegamos ontem, tamanha é a qualidade de vida que ela proporciona.

Pela acolhida que tivemos, pelas amizades conquistadas e pelas raízes que aqui plantamos, hoje podemos afirmar com certeza que guardamos na alma e no coração as pátrias Gaúcha e Guaicuru lado a lado, com o mesmo amor, respeito e gratidão.

Não foram poucas as dificuldades enfrentadas nesta caminhada. Mas cada uma delas foi superada graças sobretudo à proteção divina nas muitas situações de risco vividas em Corumbá, mas também graças

à fibra, à dedicação, à sabedoria e ao carinho da mulher que escolhi ainda em seus quatorze anos de idade, para ser minha esposa, mãe dos meus filhos e companheira pela vida toda.

Minha querida esposa Luziclaire, esteio de todas as horas, que renunciou a sua casa e a uma promissora carreira profissional para seguir comigo nesta trilha: cada dia ao teu lado é um presente de valor inestimável.

Saibas que no papel não há espaço, nem aqui tempo suficiente para expressar toda a gratidão e admiração que tenho. Por isso esses sentimentos ficam bem guardados em meu coração, ao lado do meu imenso amor por ti.

Também muito devo ao Conrado e à Ítala, filhos que tanto nos alegraram com suas chegadas, iluminando e complementando a nossa vida.

Muito cedo aprenderam a ser humildes, a respeitar todas as pessoas e a buscar o seu próprio caminho, sempre com honestidade e retidão de caráter.

Muito se ouve dizer acerca de quanto é sacrificante criar filhos. Saibam vocês que essa dificuldade nós nunca sentimos, tamanha foi a carga de energia positiva que sempre vocês nos transmitiram.

Cada um, a seu modo, desenvolveu uma enorme capacidade de focar em seus objetivos e de buscá-los com coragem e obstinação.

Não é qualquer pessoa, Conrado, que com dezoito anos de idade , muda sozinha para São Paulo e em apenas dez anos torna-se um profissional competente e respeitado no segmento que escolheu.

E você conseguiu isso com a mesma coragem e naturalidade daquele piazito que, com dois anos de idade, descia a ladeira da Rua Quintino Bocaiuva em Soledade em cima de skate, para despero da mãe.

A Ítala, aquela garotinha generosa, que montava bancas na Rua Cabral , em Corumbá, vendendo os objetos da casa para ajudar as coleguinhas, cresceu muito rápido, mas não perdeu a graça, a simpatia nem a solidariedade.

Optou pela carreira jurídica, sem qualquer influência minha. Tenho certeza de que, por sua capacidade, dedicação e amor aos livros, não tardará a realizar o sonho de ser Juíza.

De muito me valeu, filha, a aula que me deste há poucos dias sobre a fixação da pena. E ela não foi a primeira nem será a última, pois vou precisar e vou perguntar.

Não há medida para o amor e a admiração que tenho por vocês dois, nem para o orgulho de ser seu pai.

Também aqui a Dona Gladys, matriarca de uma família extraordinária, que me acolheu num momento da vida em que eu era uma aposta de alto risco, por tão pouco que eu tinha para retribuir.

Poucas vezes consegui chamá-la de sogra, tal o carinho que lhe tenho.

Além de ser fonte de consulta e de alento nas horas difíceis, sempre me traz à lembrança minha saudosa e querida avó, a Dona Paulina, encarregada pela minha criação, a pessoa mais terna e bondosa que conheci, sempre com a palavra precisa para cada ocasião, e que desde cedo me ensinou que só através do estudo e do trabalho honesto eu teria oportunidades de crescer na vida.

Tenho certeza que, de alguma forma, ela aqui se faz presente, ao lado da Vó Diva e dos espíritos iluminados de meus pais e minha irmã Arlete, estendendo a mão sobre minha cabeça.

A meus irmãos Altemir, que veio de longe em sinal de prestígio ao mano mais velho, Paulo, Vanderlei, João Luiz, Pedro Jair, Romário e Angélica.

A vida nos separou ainda na infância, mas apesar do pouco tempo de convivência que tivemos, nunca me afastei de vocês e sei que vocês também estiveram perto de mim.

Ainda tenho no corpo as marcas deixadas pelo veneno do fumo que carregávamos nas costas da roça até a estufa, como lembrança dos bons tempos do Pinhal Queimado, durante as férias escolares ao lado do pai e de vocês.

Cada um de nós seguiu um rumo diferente, mas sempre tivemos em comum o amor ao trabalho e à família, única herança que nossos pais deixaram e que cultivamos até hoje.

A meus cunhados, queridos sobrinhos e tias também fica minha gratidão e minha alegria por contar com sua presença neste ato.

Devo dizer que se algum talento tenho na vida, este é, sem dúvida, o de fazer amigos. Temos aqui um auditório lotado, sendo que pelo menos setenta por cento dele é composto por amigos, vários vindos de Estados distantes, muitos de outras cidades daqui, como Corumbá, Maracaju, Bonito, Jardim e Mundo Novo, provando que a amizade, quando verdadeira, sobrevive à distância e ao tempo. Cada um de vocês, em algum momento, foi e continuará sendo muito importante em nossas vidas.

Quanto aos outros trinta por cento, ainda espero ter tempo e oportunidade para conquistar, e aqui já fica dado o primeiro passo.

Quero registrar ainda todo o meu reconhecimento e a minha gratidão aos Servidores do Poder Judiciário, em todas as esferas, de qualquer categoria, em cada cidade e cartório por onde passei.

Orgulho-me de ter sido Escrivão no Rio Grande do Sul, por dois anos, quando aprendi muito do que aqui apliquei como Juiz.

Conheço as dificuldades que a categoria enfrenta, e sempre procurei colaborar naquilo que foi possível, recebendo em troca muita dedicação e respeito.

Todos contribuiram em muito para o coroamento da minha carreira. Sintam-se por mim abraçados neste momento, em sinal de agradecimento por tudo o que fizeram por mim nestes anos todos.

Aqui abro um parêntesis para agradecer a todos os meus Assessores e Estagiários, que entenderam as minhas propostas para a Justiça Comum, o Juizado Especial e o Tribunal Regional Eleitoral, e tanto contribuiram para reduzir a fadiga do dia a dia, dividindo comigo a angústia de encontrar a decisão mais justa para cada caso.

Sem vocês essa tarefa teria sido bem mais difícil.

Aos dignos colegas Juízes tenho a dizer que o Bonassini que vocês conhecem mudou apenas de endereço. Portas abertas no Tribunal, como sempre estiveram por onde passei, para qualquer pessoa.

Contem comigo sempre.

Caros colegas Desembargadores: grato sou pela confiança que em mim depositaram, mas sobretudo pelos longos anos de dedicação de cada um a esta Corte, que farei honrar acima de tudo.

Tenho muito a aprender, e muitos exemplos a seguir, tantos foram os baluartes que também a honraram desde o início, muitos já falecidos, outros na inatividade, mas aqui sempre presentes para nos prestigiar e incentivar a prosseguir.

Coração bate forte ao relembrar tudo o que fizeram pelo Mato Grosso do Sul.

Meu reconhecimento a todos.

Teria muito mais a dizer, e mais ainda a agradecer, mas aqui lembro o Poeta Nativista Gaúcho Miguel Bicca, que num dos versos da canção "Meus Caminhos" , diz que:

"Quando o homem ultrapassa seus limites, como as plantas, perde a força na raiz."

Essa é a pura expressão da sabedoria do homem rude, que procuro não esquecer e difundir, pois muitas vezes sonhos, ideais e objetivos nobres perdem-se pelo caminho por falta da exata compreensão dos nossos limites pessoais.

Já tenho raízes profundas no Poder Judiciário, e elas alimentam-se da fé e do amor pela Justiça, e por isso não será qualquer tempestade que as fará vergar.

Conheço os meus limites, mas também tenho consciência de poder contribuir para o aperfeiçoamento da Justiça Estadual, e chego ao Tribunal com esse propósito, ainda que para tanto, em nome do atributo maior de qualquer Magistrado, que é a independência, por algumas vezes tenha que abandonar a prudência recomendada pelo poeta.

Comungo do pensamento do Dalai Lama, quando diz que: "é muito importante que o homem tenha ideais. Sem eles, não se vai a parte alguma. No entanto, é irrelevante alcançá-los ou não. É apenas necessário mantê-los vivos e procurar atingi-los."

Eu tenho ideais ainda não atingidos, e não me falta disposição nem coragem para encarar esse novo desafio e prosseguir na busca, pois herdei um espírito que, embora não seja beligerante, é guerreiro.

Em todas as atividades que tive, como entregador de jornal, eletricista, atendente do INSS, advogado, escrivão e juiz, sempre pautei pela dignidade, pelo respeito a todas as pessoas e pela humildade, receita que também pretendo pôr em prática neste último degrau da carreira porque nela acredito com toda sinceridade.

Não venho para dividir, e sim para somar e multiplicar os esforços daqueles que cultivam os mesmos ideais e lutam com todas as forças para que o Poder Judiciário e este Tribunal, continuem cumprindo o sagrado dever de promover a Justiça e bem servir ao povo Sul-Mato-Grossense, com respeito à Constituição e as Leis, primando sempre pela ética, pela moral, com grandeza de caráter e sobretudo honestidade.

Que deus ilumine a todos nós. Muito obrigado.

DISCURSO DE SAUDAÇÃO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR DORIVAL RENATO PAVAN POR OCASIÃO DA POSSE DO NOVO DESEMBARGADOR

Aos dezenove dias do mês de novembro do ano de dois mil e quatorze.

Saudação às autoridades da mesa diretora dos trabalhos.

Srs. desembargadores de ontem, de hoje e de sempre e que presentemente desfrutam do merecido descanso depois de passar anos a fio no dia a dia desafiador da Magistratura.

A todos cumprimento na pessoa do Exmo. Des. Jesus de Oliveira Sobrinho, o mais antigo dentre os presentes.

Colegas Juízes da Magistratura Estadual e Federal, membros do Ministério Público, Advogados, Defensores Públicos, Servidores do Poder Judiciário, Autoridades Eclesiásticas e Militares, amigos e familiares do Des. Vilson Bertelli, Senhoras e Senhores.

Meu dileto amigo Vilson Bertelli:

Honrado com a indicação do e. Des. Paschoal Carmello Leandro, é com muito orgulho e em nome dos Desembargadores que compõem o Tribunal Pleno, que faço a saudação do mais novo membro desta Corte Estadual, Dr. Vilson Bertelli, de vez que tanto as honrarias quanto à saudação do Des. Odemilson Fassa couberam ao Des. Sideni Soncini Pimentel, que falará em seguida. As razões de assim se fazer são decorrentes dos vínculos mais estreitos que unem os empossados e os encarregados de promover a fala em nome do Plenário.

A presença nesta solenidade das mais altas autoridades do Estado, Dr. André Puccinelli, Governador do Estado e do Deputado Jerson Domingos, Presidente da Assembleia Legislativa, bem assim como dos titulares da Procuradoria-Geral de Justiça, Dr. Humberto de Mattos Brittes e da Ordem dos Advogados do Brasil, Dr. Júlio César Souza Rodrigues, é a mais viva demonstração do respeito e confiança que os dignos mandatários maiores dos respectivos Poderes de Estado e órgãos referidos têm não só no Poder Judiciário, como, em especial, por Vossas Excelências, Desembargadores Vilson Bertelli e Odemilson Roberto Castro Fassa, empossados neste Sodalício nesta tarde festiva.

O querido amigo Vilson Bertelli veio promovido a este Tribunal, é verdade, trazido pelos ventos de Saturno, mas a despeito desse fato é sabedor de que "*para tudo há um tempo, para cada coisa há um momento debaixo dos céus: tempo para nascer e tempo para morrer; tempo para plantar e tempo para colher o que foi plantado; tempo para calar e tempo para falar*", tal como se lê no Livro de Eclesiastes.

É chegado agora o "*seu tempo*", de se fazer presente nesta Corte Estadual de Justiça e aqui "*falar*" em nome do Estado-Juiz, passando a prestar em definitivo a Jurisdição de Segundo Grau que, com muito brilho e dedicação, já o vinha fazendo como Juiz Convocado e em exercício na 2ª. Câmara Cível e na 2ª. Seção Cível deste Tribunal.

Vai ocupar a vaga aberta decorrente da aposentadoria do ilustrado Des. Joenildo de Sousa Chaves, recentemente ocorrida.

A responsabilidade de ascender a esta Corte para ocupar uma vaga que foi titularizada durante décadas pelo Des. Joenildo certamente é enorme, na medida em que o mesmo desembargador revelou-se um Magistrado que soube plasmar em seus julgados o verdadeiro espírito que deve marcar os que ousam a ser julgadores de seus semelhantes, evidenciado na célebre lição de CALAMANDREI, que admoestou que "*A toga do Juiz deve ter o talhe da sociedade. Deve seguir o modelo querido pelo povo, de modo a expressar, em seus procedimentos, a justiça social.*"

E foi essa justiça social que o douto Desembargador Joenildo aplicou e realizou praticamente durante toda sua vida, deixando-nos aqui, neste Plenário inclusive, lições simples mas com enorme carga de sabedoria, sem soberba, defensor inabalável de suas convicções, que objetivaram pura e simplesmente obter o desiderato maior da atividade jurisdicional que é a pacificação definitiva dos conflitos de interesses que lhe foram submetidos sempre à sua elevada apreciação.

Fica aqui, Des. Joenildo, o reconhecimento pelo Tribunal Pleno deste Tribunal de Justiça da grandeza de sua obra em prol do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, pela magnitude de sua participação nos diversos postos da Administração Pública do Poder Judiciário.

Receba deste Tribunal de Justiça as nossas homenagens e o desejo sincero de que na nova etapa que se inicia em sua vida, possa dar continuidade aos seus projetos pessoais, dedicando mais de seu tempo, agora, à sua família e amigos, que tanto lhe prezam e lhe querem bem e em especial àquela que lhe legou todo o seu encantamento e destemor para que pudesse trilhar esse difícil caminho, chegando ao topo da carreira onde se aposentou, que é a querida Clarice Maciel. Nosso fraternal abraço ainda a seus filhos, José, Mateus e Sofia e a neta Clara que, juntamente com os pais, formam uma família bonita e exemplar.

Querido amigo VILSON BERTELLI.

Ao tentar traçar as virtudes e qualidades do amigo agora empossado, não tive tempo de ser breve, ao menos no tanto em que me foi solicitado pelo e. Presidente deste Tribunal.

Lamento apenas as deficiências pessoais que me impedem de trazer à lume fatos e circunstâncias que exortariam à altura devida o merecimento do homem simples, amigo, de grande sensibilidade e de um bom senso sem precedentes, que tisnam o caráter e a personalidade do querido amigo.

Não é preciso ser visionário, como se afere de seu *curriculum vitae* já destacado pelo Cerimonial, que este Tribunal passa a contar com uma força de trabalho e de uma inteligência superior, que excede em tudo qualquer expectativa, por mais alvissareira que seja, de melhoria técnica e qualitativa da prestação jurisdicional, com sua vinda ao honroso cargo que passa a partir de hoje a ocupar.

Muitos aqui não conhecem o verdadeiro perfil desse notável magistrado, oriundo de terras Gaúchas, criado no Paraná e tendo o Mato Grosso do Sul como a terra de seu coração.

Não é o Tribunal quem ganha com sua promoção. É o jurisdicionado Sul-Mato-Grossense, em prol de quem passa agora atuar sob as garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade, atributos maiores que permitem ao magistrado desempenhar as funções inerentes ao seu cargo com verdadeira independência e imparcialidade, já demonstradas pelo Desembargador Bertelli não só quando atuou em primeiro grau mas, também agora, até recentemente, como Juiz Convocado em segundo grau.

É popularmente conhecido como "*corujinha",* apelido dado pelo De. Elpídio Helvécio Chaves Martins. Por influência da mitologia grega, Atena, Deusa da Guerra e da Sabedoria, tinha uma coruja como mascote. Os gregos consideravam a noite como o momento do pensamento filosófico e da revelação intelectual e a coruja, por ser uma ave noturna, acabou representando essa busca pelo saber, da inteligência e da sabedoria.

Utilizando dicção sempre empregada pelo Des. Claudionor M. A. Duarte, o apelido "*calhou à fiveleta"*.

Inegável a inteligência destacada do empossado.

Algumas peculiaridades da personalidade do Colega devem ser sobressaídas, para que todos possam ter ao menos uma pálida ideia da dimensão desse notável ser humano, que é o Des. Bertelli. E aponto essas peculiaridades com conhecimento de causa, porque convivi com ele e sua família espetacular desde quando ingressou na magistratura, em 08.06.1988.

A primeira é a de que não consigo saber como pode ele ser torcedor do Coritiba!!! É o único que está aqui no Mato Grosso do Sul, que conheço, que sofre anos a fio por esse time, com a segunda divisão sempre batendo em seus calcanhares, como agora por exemplo.

A segunda, é a sua capacidade de "não saber nadar". Jogá-lo em uma piscina é o mesmo que jogar uma dessas estátuas de corujinhas, pequenas mas pesadas, ou um saco de pedras, no fundo da piscina ou do mar. Afundamento e afogamento imediatos.

Todavia, as tarefas que exigem exercício mental, aprendizado e ampliação de conhecimento, estão sob seu absoluto domínio, bastando ver que a par de estar agora, na fase de escrever sua tese de doutorado (*Sentença Condenatória para o Futuro)*, aprendeu com enorme facilidade e desenvoltura tanto o Italiano quanto o Francês, em estudos em que se lançou por anos a fio, todos os sábados pela manhã, com uma perseverança – perdoe-me amigo – de causar irritação.

Ainda assim consegue fazer uma divisão de tempo equitativa, porque ministra aulas na Escola Superior da magistratura, faz palestras aqui na Capital e no interior, ultima o seu Doutorado em São Paulo, é professor de Processo Civil em pelo menos uma das Faculdades de Direito da Capital, tudo sem prejuízo da Judicatura e sem perder a qualidade de seu trabalho intelectual e a quantidade de votos proferidos mês a mês.

A terceira qualidade é realmente atípica.

Quem não o conhece, pensa que o agora Des. Bertelli é uma pessoa difícil de tratar, que tem a soberba dentro de si.

Esse é o maior dos enganos.

Não conheço pessoa mais humilde, desprovida de orgulho ou de arrogância, cordial, amigo, simples, sincero e sensível, do que o Colega Bertelli.

A sua capacidade de tornar jocoso um fato seu, do cotidiano, que muitos nem ousariam participar aos amigos, é notável. Que o digam os queridos amigos Isa Amélia, Arlindo Namour, Alexandre e Paula Correa Leite, com quem convivemos mais amiudamente!!!

É impossível deixar de dar sonoras gargalhadas das narrativas feitas pelo Vilson, oriundas de seu cotidiano, em que ele consegue rir de si mesmo, num riso original, que evidencia uma pessoa feliz, resolvida e bem consigo mesmo e seus entes queridos.

Como disse a amiga Isa Amélia, somente as pessoas com muita inteligência e perspicácia conseguem assim agir, no que concordo plenamente.

O indivíduo que tem dificuldade em lidar com suas próprias limitações como por exemplo o medo da rejeição, insegurança, baixa autoestima, entre outros, sempre leva-se a querer se mostrar melhor do que os outros, o que geralmente não passa de uma tentativa de compensação para um sentimento de inferioridade.

A pessoa deseja que os outros reconheçam seu valor, porque ela mesma não está convencida de que valha alguma coisa. Vive em busca de elogios e aprovações que a façam se sentir importante pois não encontra esse senso de valorização dentro de si mesma.

Vilson Bertelli é o oposto disso.

A presunção e arrogância passam longe dele. A humildade é nota destacada.

A compreensão para com os atos que eventualmente lhe possam tirar a serenidade são logo substituídos por atos de superação, como ocorreu em todas as oportunidades em que, anteriormente, poderia ter ascendido a este Tribunal por merecimento, fatos não concretizados por motivos alheios à sua vontade e ao seu reconhecido mérito intelectual, que foram logo por ele esquecidos e superados, centrando suas forças e a força de seu intelecto nos fatos que verdadeiramente lhe eram caros, como dar continuidade ao brilhantismo do trabalho desenvolvido como Juiz Convocado e em exercício efetivo nesta Corte de Justiça. Firmeza de caráter e bom senso são marcas designativas de sua personalidade.

Como afirmou C. S. Lewis, autor e escritor irlandês, conhecido por seu trabalho sobre literatura medieval, "*dificuldades preparam pessoas comuns para destinos extraordinários.*"

E o seu destino, mercê de todas as dificildades enfrentadas para aqui chegar, será extrardinário neste Tribunal.

A outra qualidade do amigo Bertelli que quero destacar, deixando as demais para outra oportunidade, face á premência do tempo, é a sua grande capacidade de Amar.

Ele amou como ninguém seus pais, Geraldo e Noêmia, aquele falecido já há muitos anos.

Com a mãe saiu de Vacaria, onde nasceu e aos cinco anos foi morar em Curitiba. Teve ele sua vida, sua honra, seu caráter, sua personalidade moldadas pela fibra dessa mulher notável, advogada guerreira, aguerrida, exemplo de mãe-mulher, mãe mais do que mulher, mãe mais do que amiga, incansável na arte de dar amor a seus filhos, você, Bertelli e seu irmão Maikon.

Deus recentemente deliberou tê-la consigo. Tenho a absoluta certeza de que no plano espiritual onde se encontra, bem assim seu pai, estão ambos sorrindo e felizes com essa grande conquista do filho amado, sabendo ambos também que a vitória é deles, por tudo quanto lhes transmitiram visando moldar seu caráter, sua personalidade e transformá-lo nesse homem de bem que você se constitui hoje.

Ama com uma profundidade sem medidas seus filhos, Isabella e João Otávio, reflexos do mistério de seu amor por Margareth, dedicando sua vida integralmente à boa formação deles, visando assegurar-lhes um futuro promissor.

Ama à família de sua mulher, em especial o Sogro Ernesto e a meiga Sogra, Ivanilde, e ama também aquele que ama sua filha Isabela, o sempre alegre e sorridente Maurício Franco.

Ama à Esposa Margareth que é o grande alicerce dessa família, esposa amorosa e dedicada à vida do seu querido Vilson, de seus filhos e de sua família. Foi sua força, sua fé, sua abnegação, sua cristandade e fé inabalável em Deus que proporcionaram a União perene e duradoura dessa família incomparável.

Fosse eu descrever aqui os fatos que já vivenciei, eu e Aimê, minha esposa, ao longo dessa jornada de amizade comum entre nossas famílias e nossos amigos, certamente que teria que fazer aqui um discurso maior, contrariando o pedido do Presidente de um discurso expedito, com celeridade.

E assim, já partindo então para o encerramento, lembro que no pórtico da milenar Catedral de Milão está gravado *que a gratidão é o primeiro dever do homem de bem, sendo certo que a gratidão é a memória do coração.*

A minha gratidão para com você, Bertelli, é ter encontrado em você e em sua família a solidariedade e o amigo que se pode contar nos dedos de uma das mãos apenas. Aquele amigo certo das horas totalmente incertas, que você já mostrou ser em inúmeras oportunidades.

Sei que você irá servir ao Poder Judiciário Estadual com devoção, coragem, determinação, com os mesmos predicados que ornamentaram a sua brilhante carreira na Magistratura de Primeiro Grau. Ingressa agora na Casa da Justiça, a qual, nas palavras de Mário Moacyr Porto:

"A Casa da Justiça, como a Casa de Deus, tem muitas moradas. Mas não tem lugar, em nenhuma delas, para os fracos de vontade e os medíocres de ideal. A magistratura não é uma profissão que se escolhe, mas uma predestinação que se aceita".

E nós aceitamos essa predestinação, pela graça de Deus, em especial você, a quem passa a tocar agora parcela de responsabilidade neste Tribunal de Justiça de, com a mesma firmeza de caráter e o bom senso que lhe são peculiares, dar continuidade a esse trabalho honroso, dedicado e pleno, que já vem sendo desenvolvido desde seu ingresso na Magistratura, ainda no ano de 1988, somando-se aos demais membros desta Corte de Justiça, empenhados no mesmo ideal.

Para enfrentar essa nova etapa, amigo Bertelli, deve-se estar desprovido do medo e saber usar com ponderação e equilíbrio o Poder que o Estado nos confere de julgarmos nossos semelhantes.

É preciso o discurso de Posse de Nélson Mandela, no ano de 1994, quando afirmou:

"Nosso grande medo não é o de que sejamos incapazes. Nosso maior medo é que sejamos poderosos além da medida. É nossa luz, não nossa escuridão, que mais nos amedronta. Nos perguntamos: 'Quem sou eu para ser brilhante, atraente, talentoso e incrível?' Na verdade, quem é você para não ser tudo isso? Você é um filho de Deus. (...) Você pensar pequeno não ajuda o mundo. Não há nada de brilhante em encolher-se para que as outras pessoas não se sintam inseguras em torno de você. E à medida que deixamos nossa própria luz brilhar, inconscientemente damos às outras pessoas permissão para fazer o mesmo."

Você é brilhante amigo Bertelli. Venceu todos os seus desafios com galhardia, serenidade, confiança, bom senso e firmeza e sempre emprestou o brilho e o dinamismo de sua inteligência em favor da magistratura, com prejuízos, inclusive, da salutar convivência familiar.

Seu passado, sua história, sua trajetória na sua vida pessoal, familiar e na Magistratura mostram a verdade do que estou lhe dizendo. Permita que sua luz, que é fulgurante, mostre aos outros o caminho a ser seguido e que possam todos se sentir seguros à sua volta.

Parafraseando Eça de Queiroz que você veja, através do manto diáfano da Justiça, o drama humano vivenciado em cada processo e nele, com a força de seu intelecto e de sua criatividade, com bom senso e com temperança, possa encontrar a solução que se traduza em verdadeira Justiça.

Boas vindas a este Sodalício, rogando a Deus que sempre o proteja, abençoe e ilumine seu caminho e sua trajetória e lhe conceda a sabedoria necessária o exercício de suas funções.

Sr. Presidente.

Faleceu recentemente aqui em Campo Grande aquele que foi reputado como um dos mais brilhantes poetas brasileiros, Manoel de Barros, do que não tenho dúvidas.

Dele extraio apenas uma única frase, tirada de uma de suas incontáveis e encantáveis obras, que nos impõe uma reflexão, por nos dar uma lição que deveria ser seguida por todos e que implicaria em uma mudança total no modo de pensar do homem e na melhoria do mundo, acabando com a discriminação e o ódio entre os povos, regidos então sob o signo da pureza, da inocência e da magia do amor, proporcionando a edificação de uma sociedade mais justa, igualitária, fraternal e humana. A frase diz simplesmente:

"Quando eu crescer quero me tornar criança."

Grande abraço a você, Des. Bertelli, e a todos os seus familiares, aqui presentes.

***

DISCURSO DE SAUDAÇÃO, PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR SIDENI SONCINI PIMENTEL POR OCASIÃO DA POSSE DO NOVO DESEMBARGADOR

Aos dezenove dias do mês de novembro do ano de dois mil e quatorze.

Falar pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul na posse de novos desembargadores é uma honra e um privilégio. Tenho a também honra e a alegria de dar as boas-vindas ao nosso novo colega.

E por mais otimistas e competentes que sejam meus esforços, esta saudação ao eminente Desembargador Dr. Odemilson Roberto Castro Fassa, jamais se colocará à altura do seu merecimento.

Deixem-me lhes dizer, antes de mais nada, quem é o Dr. Odemilson Roberto Castro Fassa, a quem fui incumbido de direcionar a saudação em nome desta Corte.

Paulista, nascido em 1º de dezembro de 1957, na cidade de Jales, filho de Mário Fassa e Domingas de Castro Fassa. É casado com Cláudia Bossay Fassa e tem duas filhas, Bruna e Camila.

Tem elevada formação intelectual: Graduou-se em Direito pela FMU (Faculdades Metropolitanas Unidas), na cidade de São Paulo, em 1982. Titulou-se Especialista em Direito Civil e Empresarial pela UCDB, em 1992; Mestre em Direito pela UNESP, em 2003; e Doutor em Direito, pela PUC/SP, em 2010.

A experiência profissional é vasta e destacada: Ingressou na Magistratura Sul-Mato-Grossense em 1988, na 9ª Circunscrição. Em 1989, foi promovido ao Cargo de Juiz De Direito de 1ª Entrância da Comarca de Camapuã. Foi promovido a Juiz de 2ª Entrância da 1ª Vara da Comarca de Amambai em agosto de 1991 e removido para a 2ª Vara da Comarca de Camapuã em 1995. Em setembro de 1999 foi promovido ao cargo de Juiz de Direito Auxiliar da Comarca de Campo Grande, Entrância Especial, e designado para a 3ª Vara Cível em abril de 2001.

Tem obras publicadas; foi advogado, lecionou direito na Universidade e na Escola Superior da Magistratura (Esmagis), onde foi também Diretor; recebeu prêmios e títulos; foi Membro Substituto do TRE-MS; e Juiz Auxiliar da Presidência desta Corte.

Antes de tudo isso, o Dr. Odemilson Roberto Castro Fassa exerceu a função de Escrevente Judicial junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Comarca de Jales, em janeiro de 1974, onde também iniciei minha vida profissional no Poder Judiciário, no saudoso e respeitado Cartório do Segundo Ofício.

Tenho o orgulho de compartilhar com o Dr. Odemilson Roberto Castro Fassa ascendentes próximos em comum. Nossas avós são irmãs. Tivemos, eu e minha família, inclusive, a oportunidade de tê-lo em nossa companhia por alguns dias, em nosso lar, enquanto aguardava nomeação para ingresso na magistratura deste Estado.

E nesse período, como judicava em vara criminal com enorme volume de serviço, a 7ª. Criminal da Capital, o Fassa me auxiliou com proficiência a elaborar sentenças, numa demonstração de espírito colaborador e sentido de companheirismo, características que sempre marcaram sua personalidade.

Devo, ainda, dar testemunho do homem simples, cordial, camarada e sensível que assinalam a pessoa de Vossa Excelência.

Bem por essas razões, a ocasião é igualmente especial para mim.

É importante destacar que a ascensão a esta Corte é, sob minha ótica, mera etapa de uma trajetória ainda longe do seu termo. Não é um prêmio, mas uma grande atribuição de responsabilidade. A ascensão na carreira depende sim de clara demonstração de aptidão moral e intelectual.

Este momento, Dr. Fassa, é, antes de mais nada, um ato de reconhecimento do seu elevado caráter e distintas qualidades profissionais e intelectuais, exaltadas por seus pares ao longo de uma virtuosa carreira.

Esta saudação tem como alvo um magistrado íntegro e competente, zeloso no cumprimento de seu dever profissional, cidadão de bem, merecedor do respeito que conquistou junto aos jurisdicionados e a esta Corte, um exemplo a ser seguido.

Tenho a convicção de que Vossa Excelência contribuirá enormemente com o engrandecimento deste Poder e cumprirá, com altivez, as expectativas que lhe são depositadas. Essa convicção emerge clara a partir do acompanhamento da sua trajetória, ao longo de mais de 24 anos de judicatura, da qual se extraem qualidades raras e indispensáveis ao Julgador: serenidade, seriedade, prudência, independência, na firmeza de caráter e vocação.

Não passa despercebida a preocupação do Dr. Odemilson Fassa com o aprimoramento constante, característica das mais valiosas em qualquer carreira e destacadamente na Magistratura. Não é por outra razão que a Constituição Federal exige dos candidatos às mais altas Cortes do País "reputação ilibada e notório saber jurídico". Se incorrupta, pura e sem manchas são adjetivos facilmente atribuíveis à vida pregressa do Dr. Odemilson Fassa, afere-se com mais facilidade ainda seu vasto e notório conhecimento jurídico, fruto de uma vida de estudos e experiência profissional.

Sua contribuição acadêmica pode ser constatada em suas publicações, merecendo destaque os títulos "*Serviços Notariais e de Registro*", publicada pela Editora Pilares, em 2013, e "*Registrador de Imóveis & Responsabilidade Patrimonial*", publicado pela editora Juarez de Oliveira em 2004, obras que auxiliam imensamente a atividade jurisdicional, correicional e notarial, tendo em vista a escassez de literatura sobre esses temas.

Essas brevíssimas considerações dão testemunho das aptidões do Dr. Odemilson Fassa, que serão exaustivamente exploradas, posto necessárias e desejadas por esta Corte.

O Poder Judiciário brasileiro é o mais produtivo do mundo quando comparados com juízes europeus, segundo relatório do Conselho Nacional de Justiça, embora um dos mais morosos. Passando ao largo do debate sobre as causas desse paradoxo, é certo que a produtividade está sempre presente na política de gestão da atividade jurisdicional, especialmente em segundo grau de jurisdição.

Nesta seara, gostaria de pontuar as recentes homenagens e premiações rendidas pelo Conselho Nacional de Justiça a esta Corte, frutos do intenso trabalho de seus magistrados e servidores, sempre comprometidos no cumprimento das metas estabelecidas pelo CNJ e pelo próprio Tribunal de Justiça.

A preocupação com a produtividade é sobremaneira relevante, pois já diziam Rui Barbosa, *"a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta"*; e também Soares de Pinho, que "*Fazer Justiça não é também somente dar a cada um o que é seu. É isto, mas a tempo e a hora*."

Esse prospecto, aliás, não é estranho ao Dr. Odemilson Fassa, que tem participado direta e ativamente do planejamento estratégico desta Corte, no exercício do Juízo Auxiliar da Presidência.

Ficam ratificadas a esperança e a certeza na valiosa contribuição que o eminente colega proporcionará ao nosso Tribunal, pelo que lhe digo, neste instante do coroamento da carreira e da consagração profissional de Vossa Excelência, motivo do contentamento e engrandecimento do nosso Tribunal, expresso minha imensa satisfação de, em meu nome próprio e no de meus pares, lhe dirigir a saudação, rogando-lhe venturas, Seja muito bem vindo, juntamente com o Des. Vilson Berteli que nesta solenidade também toma posse.

Des. Sideni Soncini Pimentel.

***

DISCURSO DO DOUTOR VILSON BERTELLI AO TOMAR POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Aos dezenove dias do mês de novembro do ano de dois mil e quatorze.

Margareth. Esta é a primeira palavra que pronuncio neste meu discurso de posse. E assim o faço para te homenagear. Este momento é nosso, mas muito mais do que eu, tu mereces ser a homenageada. E quem te conhece sabe muito bem o sentido e o alcance do que digo. A ti sou e sempre serei grato por tudo. Pela renúncia, quando deixou o convívio dos teus pais e das tuas irmãs, a quem tanto ama, e tua vida pessoal, para me seguir. Por ter suportado tudo com humildade e grandeza, que só mesmo uma mulher maravilhosa como tu seria capaz. Foi a cada instante e sempre a fonte segura de toda a minha vida. Por isso quero dedicar a ti, Margareth, este momento, e prestar esta homenagem não só à mulher, à filha, à irmã, à mãe, à amiga, mas principalmente à minha companheira de vida. Por ser incapaz de exprimir com minhas palavras o quanto te amo, faço minhas as do poeta Carlos Drumond de Andrade, no poema intitulado a companheira: *"a companheira da vida inteira, que a meu lado une o passado ao novo dia em harmonia. A sempre forte e meu suporte quando vacilo. Porte tranquilo, voz de carinho no meu caminho. Leal, paciente constantemente. Simples. Discreta força do poeta, quero-a no instante final – constante com sua mão acarinhando em gesto brando meu coração".*

Trago para este instante os nossos filhos, Isabella e João Otávio. Vocês sabem o quanto os amo e admiro, pelo caráter, lealdade, brilhantismo e capacidade amorosa. São e sempre serão a razão da minha vida e de tudo que fiz, faço e farei. Ainda que por vezes não expresse, quero que saibam que lhes tenho um amor sublime e único, que nem o tempo será capaz de abalar. Mesmo quando eu não estiver presente, vocês sentirão o meu amor, pois o amor que lhes devoto está acima e além da realidade física – é imortal, visto que não é chama, e é eterno, porque durará para sempre.

Incluo neste meu exórdio, meu irmão, Maykow, aqui presente para minha felicidade, que é também um filho, pois temos 17 anos de diferença. Isso fez com que assumisse, meio que por instinto, a condição de pai. E como tenho orgulho de ti, do homem maravilhoso que te tornastes. Honrado, trabalhador, brilhante em todos os sentidos. Saiba Maykow, que esse nosso amor de irmãos fará com que sempre estejamos juntos e unidos, pela alma e pelo coração. Obrigado por compartilhar comigo deste momento tão singular da minha vida.

Excelentíssimo Desembargador.

Senhores Magistrados, Estaduais, Federais e do Trabalho, membros do Ministério Público, Advogados, Defensores Públicos, Procuradores do Estado, demais Autoridades Civis e Militares, Servidores do Poder Judiciário, acadêmicos de direito – meus alunos da Esmagis e ex-alunos da UEMS, da Uniderp e da UFMS, Des. Odemilson Fassa, sua esposa Cláudia e suas filhas Bruna e Camila, que tão gentilmente aceitaram compartilhar comigo e com minha família deste momento, num gesto raro de desprendimento e grandeza, demais familiares e amigos do Des. Fassa, meus familiares e meus amigos.

Esse discurso, por expressa disposição regimental, tem por finalidade o agradecimento. E *"a gratidão é a memória do coração"*. Há muito por agradecer. No meu caso especialmente, porque este momento, em alguns instantes da minha vida recente me pareceu algo inatingível, ou, o que seria bem pior, seria recebido apenas *pos mortem*. Seja como for, eu consegui chegar ao ápice da minha carreira e estou muito feliz. Extremamente feliz. E sou muito grato por isso.

Agradeço, por primeiro, a Deus, porque, ao refletir sobre minha vida, constatei que ele sempre se fez presente desde muito cedo e me acompanhou por toda minha trajetória. Não fosse pela graça Divina, não teria chegado aqui, vindo de onde vim, com saúde, cercado por meus familiares e meus amigos. Assim, agradeço humildemente a Deus por me abençoar todos os dias e me permitir esse momento de puro êxtase pessoal.

Agradeço aos meus familiares, minha esposa e meus filhos, e meu irmão aos quais já homenageei no início. Uma gratidão muito especial aos meus Pais, Geraldo e Maria Noemia, já falecidos. Meu pai, um homem simples e digno, que além do sangue italiano, me legou o amor incondicional que me devotava. Minha mãe, pelo exemplo de coragem, de fibra, de caráter. Foi uma mulher muito à frente do seu tempo. Uma lutadora e uma vencedora. Sua força marcou indelevelmente minha vida. Tenho-os sempre comigo, em meu coração.

Também sou grato aos meus estimados Sogros, Ernesto e Ivanilde, aqui presentes, fortes e firmes, como sempre. Sou-lhes grato não só por terem formado com tanta honradez o caráter da minha mulher, mas também por terem me acolhido em sua linda família, num gesto de amor e de abnegação, que poucos seriam capazes de fazer àquela altura da minha vida. Muito obrigado por tudo, e por mais esse gesto: virem de tão longe para compartilhar comigo este momento.

Volto minha atenção aos meus nobres e honrados Colegas Desembargadores, não só por terem referendado meu nome para ocupar o cargo, mas principalmente por terem me convocado para exercer a atividade jurisdicional perante este Tribunal, e por esses dois anos de respeitosa convivência.

Saibam, Senhor Presidente e Senhores Desembargadores, que tenho muito honra de passar a integrar o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. O nosso Judiciário está, e há muito tempo, entre os melhores do Brasil. É um Tribunal moderno porque seus membros sempre viram no trabalho, a Missão Principal da Jurisdição. Ser moderno é isso: cumprir com eficiência o Princípio da Razoável Duração do Processo. E esse reconhecimento é dado pelo CNJ, todos os anos. Agora somos diamante.

Agradeço aos meus Colegas da Segunda Câmara Cível e da Primeira Seção Cível. Em todos os momentos de convivência ao longo desses dois anos, só recebi afeto, atenção, respeito e lições de como ser um julgador exemplar.

Sou grato igualmente aos Desembargadores Luiz Gonzaga Mendes Marques, Marcelo Câmara Raslan e Luiz Cláudio Bonassini, que, ao renunciarem, num gesto raro, ao direito de serem convocados, permitiram que eu aqui permancesse por esses dois anos.

E, como não poderia deixar de ser, agradeço ao meu amigo e irmão, Desembargador Dorival Renato Pavan. As palavras hoje proferidas, na saudação que me fez, revelam com exatidão o quanto é meu amigo de fé, meu irmão camarada. Pavan, não só me estendeu a mão quando cheguei à Magistratura, mas foi o grande responsável por eu ter exercido por muitos anos a função de Juiz Auxiliar da Presidência e da Vice-Presidência. Sei muito bem que a minha convocação para atividade jurisdicional neste Tribunal teve a acolhida dos Nobres Pares graças muito ao seu conceito. Prestigiar-me foi uma forma clara de prestigiá-lo, Caro Amigo e Irmão. Não satisfeito em me amparar em todos os momentos da vida profissional, ainda me acolheu na sua família, quando me aproximou da sua esposa, dos seus filhos, e dos seus Pais, Osvaldo e Mafalda, aqui presentes. Não parou por aí, fez meus os seus amigos mais queridos, Arlindo e Isa, Genésia e suas famílias.

Sou-lhe eternamente grato por tudo e nada do que diga será capaz de demonstrar com exatidão minha gratidão. Desejo que Deus te proteja sempre, e, como diz a Oração Celta, *"que a estrada se abra à sua frente; que o vento sopre levemente às suas costas; que o sol brilhe morno e suave em sua face; que a chuva caia de mansinho em seus campos; e que Deus te guarde na palma de suas mãos."*

Agradeço, por igual, aos Desembargadores Aposentados, Rêmolo Letteriello, Rubens Bergonzi Bossay, João Carlos Brandes Garcia, este já falecido, e Elpídio Helvécio Chaves Martins, Ex-Presidentes, e ao Desembardor Ildeu de Souza Campos, Ex-Vice-Presidente, aos quais tive a imensa glória de servir como Juiz Auxiliar. Permitam-me todos esses Nobres Desembargadores que faça uma homenagem destacada ao Desembargador José Augusto de Souza, na qual também incluo o Desembargador Carlos Stephanini, que foi Vice-Presidente daquela Administração. Digo, sem medo de errar, que o Desembargador José Augusto me escolheu como seu Juiz Auxiliar predileto, e o fez porque me enquadrava no perfil de sua Administração. E, mais que seu Juiz Auxiliar, passou a me considerar, e até hoje é assim, como se fosse um filho. E como foi gratificante fazer parte daquela gestão, dinâmica, de relevante cunho social, que uniu Magistratura, Servidores e Sociedade, num clima de harmonia.

Faço aqui um breve parênteses, antes de prosseguir, para lembrar que o cargo que passo a ocupar decorre da aposentadoria do Desembargador Joenildo de Sousa Chaves, que foi um Magistrado correto e culto. Um líder inconteste. Culminou sua gestão à frente do Tribunal com a marca que perseguiu a vida inteira: a Harmonia e a União da Magistratura. É uma satisfação muito grande sucedê-lo e espero que possa fazer jus à grandeza da trajetória de Vossa Excelência como Magistrado.

Volto minha fala para a Magistratura, e rendo minha gratidão aos Colegas Magistrados na pessoa do meu Amigo e Compadre Alexandre Correa Leite, sua esposa e filhos, entre os quais Bernardo, meu afilhado. Alexandre representa muito bem a nossa magistratura. Culto, virtuoso e trabalhador. Exemplo de julgador. Em teu nome presto minhas homenagens à Magistratura do nosso Estado, e assumo o solene compromisso de jamais me esquecer dos 26 anos de Magistratura de primeiro grau. Agradeço ao Colega Wilson Leite Corrêa a saudação que, em nome da Magistratura, me fez.

Rendo homenagens à Advocacia. Agradeço às palavras que me foram dirigidas pelo Dr. Júlio César de Souza Rodrigues, Presidente da OAB/MS que bem demonstram o respeito mútuo que sempre norteou o relacionamento que tive com todos os advogados.

Estendo esses cumprimentos à Defensoria Pública e à Procuradoria do Estado, instituições que admiro e com as quais tive a felicidade de manter cordial e respeitosa convivência profissional. Agradeço as gentis palavras a mim dirigidas pelo ilustre Defensor Público-Geral.

Saudo ainda ao Ministério Público do Estado e o faço na pessoa do Dr. Celso Antônio Botelho de Carvalho, amigo de primeira hora, e que representa muito bem o Ministério Público do Estado, atuante, operoso e correto. Agradeço, também, a saudação que me foi feita pelo Nobre Procurador-Geral de Justiça.

Dirijo-me agora aos Servidores do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul. Faço questão de citar nominalmente meus escrivães, hoje Chefes de Cartório, Pedro Virgilio, e junto com ele Samira Lopes, ambos de Bela Vista. Mauro Antônio Braga, e todos os Servidores da Comarca de Paranaíba. Sr. Kurt, Rosangela e Servidores da Primeira Vara Cível de Campo Grande. Aos Servidores da Secretaria do Tribunal de Justiça reverencio, permitam-me, na pessoa da atual Diretora-Geral, Zelma Munhoz.

E, como não poderia deixar de ser, agradeço profundamente aos meus Assessores pelos muitos anos de dedicação, de capacidade de trabalho e de honradez. Selhamar, João Antônio, Joicy, Kharen, Luiza, Maira e as Estagiárias Simone e Jamiene. Além deles, outros que já não estão mais no Gabinete, Rubens, Soraia, Michele, e muito especialmente, Luiza Sá e Eguiliel, hoje Juízes de Direito no nosso Estado. E, num destaque muito particular, Lorena Boccia, hoje Juíza do Estado do Rio de Janeiro, que é quase uma filha, pois começou a estagiar no meu gabinete quando tinha apenas 17 anos.

Encerro meus agradecimentos, fazendo menção a pessoas muito especiais que aqui estão. Maurício Franco, Noivo da minha filha, jovem de muito valor e caráter que por certo terá muito sucesso na vida, e a

seus Pais, Carlos e Simone; Mayra, companheira de vida do meu irmão, que me encanta com sua presença, sempre bela e inteligente. À grande Amiga de minha Mãe, e Madrinha do meu Irmão, Cléa Mara Luvizotto, que veio de Curitiba para me dar esse presente, como que a me dizer que minha Mãe, Maria Noemia, está hoje aqui, representada por ela, para me dar um abraço fraterno e amoroso.

Enalteço de modo muito especial a presença dos meus Amigos de Bela Vista, de Paranaíba e de Campo Grande. Vejo muitos daqui, e gostaria de dizer o nome de cada um. Não o faço para não correr o risco de esquecer alguém e em respeito aos demais presentes. Quero que saibam, porém, que a presença de todos e de cada um deixa meu coração repleto de alegria, e minha alma radiante. Quero abraçá-los e desfrutar com todos deste instante que nos aproxima cada vez mais. Muito obrigado por terem me dado essa imensa felicidade e por terem vindo tornar esse momento ainda mais sublime e ímpar.

Nas palavras de José Saramago, *"nada é para sempre, mas há momentos que parecem ficar suspensos, pairando sobre o fluir inexorável do tempo."* Este é, para mim, um desses momentos, e isso se deve à presença de todos vocês, estimados amigos.

Não poderia, entretanto, concluir este meu discurso, que já se alongou mais do que devia, sem algo acrescentar sobre a Jurisdição.

Iniciei minha atividade como Juiz, em 1988, em Jardim. A primeira comarca, já como Juiz de Direito, foi Bela Vista. Lembro-me das dificuldades daquela época. Eram 90 km de estrada de chão entre Jardim e Bela Vista, e outros 100 km para ponta porã. O leite chegava numa carroça todas as manhãs, e a verdura fresca só uma vez por semana. Logo que cheguei por lá, telefone só no posto telefônico ou no Fórum. Senti uma enorme satisfação por poder exercer a Jurisdição naquela cidade de gente hospitaleira e que me acolheu com tanto carinho.

Quando fui promovido para Paranaíba, em dezembro de 1990, fiquei eufórico porque a cidade tinha semáforo. Era um só e que não funcionava, mas tinha semáforo e isso era o bastante. Fui do Apa ao Aporé.

Em ambas, fiz amigos, mas em Paranaíba fiquei 8 anos e lá as relações se aprofundaram e até hoje mantenho boas e leais amizades, que me recebem afetuosamente. Lá sempre tenho uma casa para me aconchegar, excelentes gourmets, um bom vinho, e muito desvelo.

Ser Juiz em Paranaíba foi uma experiência fascinante, e me permitiu evoluir como pessoa e como magistrado.

Voltando meus olhos para o passado, vejo como hoje a litigiosidade é bem diversa daqueles tempos. Por vezes me pergunto como o perfil dos conflitos mudaram tanto em tão pouco tempo.

As crises, que eram basicamente individuais, se coletivizaram e trouxeram para o Judiciário demandas impensáveis há pouco mais de uma década. Como acentuou o Juiz Francês Antoine Garapon, o Judiciário foi escolhido pelo povo para lutar contra o mal. E o mal ora é representado pelos danos causados no âmbito das relações individuais, ora pelos ilícitos praticados pelos grandes conglomerados financeiros, que alcançam desde bens de consumo até bens essenciais, como a saúde, e danos a interesses difusos.

A fase instrumental do processo escancarou as portas da Justiça. Basta ver a importância que assumiram perante a sociedade instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público.

A jurisdicionalização da política jogou para dentro do Judiciário a Responsabilidade até mesmo de interferir no orçamento e no planejamento dos Entes Públicos.

Esse é um fenômeno universal especialmente visível na Europa, onde se discute com muita força o chamado Ativismo Judicial, e a importância desse movimento de busca pelo Judiciário e seu reflexo na própria Democracia.

Nesse contexto histórico, o exercício da Jurisdição em Segundo Grau se revela extremamente importante para a Sociedade organizada e para o jurisdicionado individualmente.

É momento de concluir, entretanto. Ao concluir constato que, de tudo o que disse, talvez tenha restado o que não falei, o que ficou nas entrelinhas, nos desvãos do que foi dito. É que não sei usar a palavra como nosso Poeta Manoel de Barros:

"Uso a palavra para compor meus silêncios. (...) Dou importância às coisas desimportantes e aos seres desimportantes. Prezo insetos mais que aviões. Prezo a velocidade das tartarugas mais que a dos mísseis. Tenho em mim um atraso de nascença. Eu fui aparelhado para gostar de passarinhos. Tenho abundância de ser feliz por isso. Meu quintal é maior do que o mundo. Sou um apanhador de desperdícios. (...) Queria que a minha voz tivesse um formato de canto. Porque eu não sou da informática: eu sou da invencionática. Só uso a palavra para compor os meus silêncios."

Um discurso, porém, não pode se findar assim, sem considerações que provoquem as reflexões inerentes a um bom final. Evoco aqui, então, a licença poética que permite ao orador terminar como lhe pedir o coração, para finalizar me permitindo compartilhar o que me vai à alma. Valho-me do poema *"Vida"*, que, curiosamente, chegou a mim atribuído a Charles Chaplin, mas que, ao fim, revelou-se de autoria de Augusto Branco, pseudônimo de Nazareno Vieira de Souza, um brasileiro sem formação universitária, filho de dois ribeirinhos de Porto Velho. Que essa curiosa atribuição originalmente errônea de autoria me sirva de alerta em meus votos hoje renovados de operador do direito: que eu saiba seguir me guiando menos pela validação do peso de "Chaplins", e mais – e sobretudo – pela verdade dos sentimentos ribeirinhos. Eis o Poema:

"Já perdoei erros quase imperdoáveis, tentei substituir pessoas insubstituíveis e esquecer pessoas inesquecíveis.

Já fiz coisas por impulso, já me decepcionei com pessoas que eu nunca pensei que iriam me decepcionar, mas também já decepcionei alguém.

Já abracei pra proteger, já dei risada quando não podia, fiz amigos eternos, e amigos que eu nunca mais vi.

Amei e fui amado, mas também já fui rejeitado, fui amado e não amei.

Já gritei e pulei de tanta felicidade, já vivi de amor e fiz juras eternas, e quebrei a cara muitas vezes!

Já chorei ouvindo música e vendo fotos, já liguei só para escutar uma voz, me apaixonei por um sorriso, já pensei que fosse morrer de tanta saudade e tive medo de perder alguém especial (e acabei perdendo).

Mas vivi! E ainda vivo! Não passo pela vida. E você também não deveria passar! Viva!

Bom mesmo é ir à luta com determinação. Abraçar a vida com paixão, perder com classe e vencer com ousadia, porque o mundo pertence a quem se atreve e a vida é muito para ser insignificante."

Muito obrigado a todos.

***

DISCURSO DO DOUTOR ODEMILSON ROBERTO FASSA AO TOMAR POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Aos dezenove dias do mês de novembro do ano de dois mil e quatorze.

- Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Desembargador Paschoal Carmello Leandro.

- Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, Dr. André Puccinelli.

- Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembleia Legislativa, Deputado Jerson Domingos.

- Exmo.Sr. Des. Federal, Dr. Luiz P. C. Guimarães, representando o Des. Fábio Prieto, Presidente do Tribunal Regional Federal – 3ª. Região.

- Exmo. Sr. Des. Márcio Vidal, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, representando o Presidente daquele Sodalício, o Des. Orlando Peri.

- Exmo. Sr. Des. Paulo da Cunha – Diretor-Geral da EJUD-MT – eleito Presidente do TJ-MT, para o biênio 2015-2016.

- Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça de Mato Grosso do Sul Dr. Humberto de Matos Brites.

- Exmo. Des. Antônio Rulli Jr., Presidente do Colégio Permanente de Diretores das Escolas de Magistratura (o COPEDEM).

- Excelentíssimo Senhor Presidente da Seccional da OAB de Mato Grosso do Sul, Dr. Júlio César Souza Rodrigues.

- Exmo. Sr. Dr. Wilson Leite Corrêa, Presidente da Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul – AMAMSUL.

- Sr. Clodoir Fernandes Vargas, Presidente do SINDIJUS.

Senhores Desembargadores que compõem o Egrégio Tribunal Pleno.

Nas pessoas de Vossas Excelências, saúdo a todas as Autoridades presentes, os Colegas Magistrados e Magistradas, e demais integrantes dos Poderes (Judiciário, Executivo e Legislativo), os integrantes do Ministério Público, da Defensoria Pública, os Advogados e Advogadas.

Senhoras e Senhores. Meus familiares, parentes e amigos.

Esta Sessão Solene de Posse consubstancia acontecimento especialíssimo em minha vida profissional e, tomado pela emoção, talvez não consiga transmitir-lhes a intensa felicidade. O êxito, todavia, compartilho com muitos que contribuíram para que este momento se concretizasse. Alguns verdadeiros anjos a me proteger e a guiar-me no percurso, às vezes carregando-me ou desobstruindo os caminhos.

De pronto os agradecimentos aos Desembargadores do Tribunal Pleno, pela escolha do meu nome, dentre tantos valorosos magistrados, que compõem a quinta parte mais antiga. Registro que me sinto honrado em tomar assento na mais alta Corte de Justiça deste Estado, onde chego em paz, e acolhido pela unanimidade de seus membros, especial motivo de satisfação, mas também de enorme responsabilidade. Venho para aprender e somar esforços, imbuído dos melhores propósitos, para trabalhar em favor do povo e do Poder Judiciário Sul-Mato-Grossense, atuando com absoluta independência e imparcialidade, obediente tão somente à minha consciência, mas cônscio de que a decisão colegiada é a melhor solução. No meu gabinete as portas estarão abertas, como sempre estiveram , durante toda minha atuação como juiz. Digo-lhes que o sentimento hoje experimentado é o mesmo do jovem Juiz que em 8.12.2008 iniciava suas atividades como Substituto, na comarca de Camapuã, repleto de sonhos e expectativas, tendo como diferencial nesta ocasião, apenas o fato de que devo ter angariado alguma experiência nestes quase vinte e seis anos de Magistratura, os quais confesso mal vi passar, por fazer o que escolhi e porque sempre judiquei com amor, priorizando a resolução do litígio, não a do processo. Os equívocos em que devo ter incorrido, não foram propositais, mas no intuito de prestar a melhor Justiça. Estou ciente dos desafios que me aguardam, pois o elevado quantitativo de recursos que chegam ao Tribunal requer atenção e empenho permanente, para que a prestação jurisdicional se dê em tempo aceitável, tarefa cada vez mais difícil, pois os números do Conselho Nacional de Justiça de 2013, indicam que chegamos a 95 milhões de ações em andamento, uma a cada dois brasileiros. Mas este, não será o mote desta fala, que tem como objetivo prestar agradecimentos.

Retribuo as palavras do colega Wilson, do Dr. Humberto, do Dr. Paulo André, do Dr. Júlio César, dos Des. Pavan e especialmente do Des. Sideni, indicado para saudar-me em nome do Tribunal, ciente que brotaram de nossas amizades e tantos anos de convivência, e em relação ao Des. Sideni, dos nossos laços de parentescos e convivência, ainda na cidade de Jales-SP. Magistrado dedicado, sempre atento aos interesses da classe e da Instituição, foi também quem me formulou o convite, para que viesse prestar o Concurso no Mato Grosso do Sul, e, também, quem me recebeu, por três meses, em sua residência, quando cheguei nesta cidade. Obrigado Des. Sideni e Cida, especialmente pela amizade e consideração.

Sou grato aos meus Pais, seu Mário Fassa e Dona Ivone, na verdade Domingas, o que eu soube só aos sete anos de idade, no primeiro ano da escola, quando indagado qual era o nome da minha mãe. A resposta, Ivone, foi prontamente corrigida pela professora, uma vez que do registro de nascimento constava Domingas. A correção de nada adiantou, pois não me lembro ocasião em que tenha sido chamada pelo outro nome. Meu pai, embora lavrador, também era carpinteiro dos bons e depois de cumprir as obrigações semanais de meeiro, dedicava-se, nos finais de semanas e feriados, à construção de sarilho de poço; Currais, e madeiramento de telhados de casas de vizinhos, o que lhe rendia algum extra, pois o que retirava na lavoura, mal dava para alimentar a família, composta pelo casal e quatro meninos. Eles transmitiram-me tudo que um filho pode esperar dos pais, amor e os valores morais para que eu seguisse o próprio caminho: respeito ao próximo, fraternidade, honestidade, solidariedade, e dedicação ao trabalho entre outros, os quais como feixes de luz, continuam a me orientar na caminhada. Já não estão entre nós, mas ao lado do Altíssimo, juntamente com meu irmão mais velho Odemir, falecido aos 26 anos, em acidente de veículos, certamente compartilham comigo esta felicidade. Trago na alma a simplicidade interiorana e para resumir em poucas palavras a caminhada do jovem rapaz, que aos dezesseis anos de idade deixou a zona rural do marimbondinho, valho-me das imagens ainda presentes na mente e na retina: a casa de chão batido, limpa com a vassoura de guanxuma; a tulha para a guarda da colheita, a luz de lamparina, o eito da capina. Com a mudança para a cidade de Jales, tive a sorte de começar a trabalhar no Fórum, pelas mãos de José Devanir Rodrigues (o Garça), hoje delegatário do 2º. Serviços de Notas. Primeiro como auxiliar, depois escrevente habilitado, e por último escrevente autorizado. Além dos ensinamentos valiosos que me foram transmitidos por Garça, no Fórum fiz muitos amigos e pude conviver com grandes Magistrados, como o Des. Antônio Rulli Júnior, atual Presidente do Colégio Permanente de Diretores das Escolas de Magistratura, o COPEDEM, para quem datilografei muitos termos de audiências, e que para minha felicidade, tanto Garça quanto Rulli, comparecem a esta solenidade, motivo de máximo orgulho. Lembrança também, da decisão, cerca de cinco

anos depois, de largar toda a segurança que já havia construído em Jales e partir para São Paulo – Capital, para estudar Direito na FMU, levando comigo pouca coisa mais que as roupas do corpo, e a resposta a uma carta, que enderecei ao primo Silvio Michelmam, na qual dizia que tentaria arrumar um estágio no escritório de advocacia do seu amigo, Dr. Mauro Del Ciello, à época na Rua Senador Feijó, situada entre a Igreja da Sé e a Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Para a entrevista cheguei cedo, próximo de sete horas da manhã, como sempre foi do meu feitio e também por praticar, até hoje, o dito popular, de que *"Deus ajuda quem cedo madruga"*. Aprendi, logo no primeiro dia, que o expediente em São Paulo-Capital, nos escritórios não inicia antes das 10:00 e termina depois das 20:00 horas e o Dr. Mauro, deve ter chegado depois das onze. Na entrevista, realcei qualidades que não possuía, mas o fato de ter trabalhado no Fórum por quatro anos, mais a indicação do primo Silvio, garantiu-me o estágio, com remuneração que não dava para pagar todas as despesas: faculdade, alimentação e transporte, o que me obrigou a pedir aumento cerca de três meses depois, felizmente concedido. No Escritório, trabalhei durante toda minha estada na capital de São Paulo, cerca de dez anos, e de lá sai para assumir o cargo de magistrado. Estórias deste período, teria, às centenas, para contar, mas o adiantado da hora, recomenda que eu avance nesta prosa. Não poderia deixar de registrar, entretanto, que Mauro e Sílvio, aqui presentes para meu gaudio, foram anjos, que mencionei no inicio desta fala, pois dispensaram a mim a atenção e consideração que só se tem com os filhos.

Com esforço, dedicação aos estudos, e apoio dos amigos Sílvio e Mauro, depois de ter estado na prova oral, do Concurso da Magistratura de São Paulo, fui aprovado em segundo lugar, de uma turma de cinco (Des. Marcos Brito, Eu, Cafure, Caiado e Jurandir), no 10º Concurso da Magistratura deste Estado. Avaliando posteriormente a conquista, e considerando de onde saí, penso que poderia defini-la com as palavras do pensador Francês Jean Cocteau – *"ele não sabia que era impossível, foi lá e fez"*. Sou grato a este Estado, que me acolheu, e propiciou-me o exercício da função que escolhi terra onde entabulei novas e gratificantes amizades, curiosamente, a primeira delas, o Des. Sérgio Fernandes Martins. Pude ainda neste Estado, evoluir nos estudos, e cercar-me de tudo que um homem pode almejar na vida, mas, o mais significativo é que aqui, como já adiantou o Des. Sideni, também conheci uma bela pantaneira, de nome Cláudia, o amor da minha vida, que à época cursava o segundo ano de direito. O casamento e a mudança para Camapuã não impediu que esta mulher, guerreira e de personalidade forte, concluísse seus estudos, viajando, de carro, sozinha, todos os dias, 130 km para vir a Campo Grande, retornando a Camapuã, por volta de 1:30 da madrugada. São desta época os meus primeiros cabelos brancos, tal a preocupação que me assaltava aguardando-a, todas as noites, na expectativa de que chegasse sã e salva. Com esta mesma disposição, Cláudia fez a Escola da Magistratura, do M.P., e não obstante tenha adiado seus projetos pessoais para estar com o marido, foi aprovada no Concurso da Defensoria Pública Estadual, construindo a sua própria carreira. Sou agradecido por você existir, por sua cumplicidade, compreensão, e tolerância, e por compartilharmos a vida. Não bastasse isto tudo ainda concebeu nosso maior tesouro, joias preciosas, que você sempre cuidou como uma leoa, as queridas, filhas Bruna e Camila, meninas educadas, compreensivas, afetuosas, responsáveis e estudiosas, que nunca deram qualquer preocupação aos pais fazendo nossas vidas repletas de orgulho e de alegrias.

Registro minhas homenagens ao Des. Atapoã Costa Feliz, cuja aposentadoria propiciou minha ascensão ao Tribunal, magistrado exemplar, que dignificou o Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, grande conhecedor, não só dos institutos jurídicos, mas, também, da boa música, à qual poderá dedicar-se com mais disponibilidade de tempo, no convívio da sua família e dos amigos. Seja feliz Des. Atapoã, nesta nova fase de sua vida. Ao Des. Joenildo de Sousa Chaves, o moço cuja aposentadoria propiciou a ascensão do colega Vilson Bertelli, meus cumprimentos pela profícua carreira, reconhecida em nível nacional, especialmente pela dedicação à causa da Infância e Juventude. Também meus agradecimentos pela amizade e pela distinção que me concedeu com o convite para atuar como um de seus Juízes Auxiliares da Presidência. Rogo que Vossa Excelência possa usufruir, com muita saúde, no convívio da sua estimada família Dona Clarice, José, Matheus, Sofia, e a netinha Clara, do merecido descanso. Não poderia deixar de registrar nesta ocasião, meus agradecimentos ao Des. Rubens Bossay, reconhecidamente um cavalheiro, de

destacada cultura, inteligência e tirocínio, que deixou marcas perenes, de sua atuação no Poder Judiciário do nosso Estado, porque sei da sua alegria, em me ver chegar ao Tribunal, acontecimento que gostaria, tivesse ocorrido quando ainda ocupava uma destas cadeiras, mas compreendemos, Des. Rubens, que há tempo para tudo na vida, e este é o tempo desta colheita que não pode ser antecipada. Aos membros da 4ª. Câmara Cível, Des. Claudionor, Pavan e Amaury e aos da 1ª. Seção Cível, Des. Divoncir, Sérgio e Bertelli, onde atuo e continuarei a atuar, obrigado pela compreensão que sempre tiveram com este neófito. À Administração (2.015-2.016) já eleita, Des. João Maria, Des. Paschoal e Julizar, votos de sucesso. Aos queridos servidores das comarcas onde judiquei: Camapuã (Maria Ivone, Adalgiza, Inês, Dra. Márcia, Marlene, Macega, Antônio Carlos, Gilmar, o Dr. Pedro); de Amambai (João, Juscelino e Cristino), da 3ª. Vara Cível de Campo Grande (a escrivã Cristina, o Juliano, Elen, Milena, Claudio, Sú, Jeferson e Laysa), meus agradecimentos pelo apoio e dedicação de todos vocês à causa do Judiciário As dedicadas Assessoras do meu Gabinete (Flávia, Tamara, Franciele, Alliny, Letícia e às Estagiárias Vanessa e Ana, além dos voluntários, Roberto e Habner, que não têm medido esforços para dar vazão à elevada demanda dos recursos, meus agradecimentos, pelo empenho e lealdade. Aos amigos da imprensa, por darem à promoção maior destaque do que eu merecia, meu muito obrigado. Desejo sucesso ao colega Vilson Bertelli, que se despojando de vaidades pessoais, aceitou compartilhar comigo este momento tão significativo de sua vida. Aos parentes e primos da Família Bossay, à sogra Lourdes, o cunhado João Carlos e esposa Andréia. Aos amigos do grupo do pesqueiro, do custo benefício da SBW, da Nova Era Número 8, demais parentes e amigos (Robaldo, Toninho Siufi, Mansur, Muritiba, Daniel, Rui Celso, Romero, Contar, Luiz Tadeu e Chadid), meu agradecido abraço, pois a nossa convivência torna a vida mais leve e alegre. Permitam-me, entretanto, que eu me dirija de forma mais direta aos que vieram de longe: Meu irmão Odacir, a cunhada Sílvia, e os sobrinhos: Renan e Renato, representando os demais familiares, como o mano Odivaldo e o sobrinho Rodrigo, que por motivos alheios a suas vontades, não puderam comparecer. De Cuiabá-MT, o Des. Guiomar Theodoro Borges e o Prof. da Universidade Federal de Cuiabá Dr. Valério Mazuolli de Oliveira, O Des. Paulo da Cunha – Diretor-Geral da EJUD-MT e Presidente Eleito do TJ-MT, para o biênio 2.015-2.016; Des. Márcio Vidal, Vice-Presidente do TJ-MT; De São Paulo:

- O Des. Antônio Rulli Júnior,

- O Des. Federal (TRF-3) Dr. Luiz Paulo Cotrim Guimarães; - Os Advogados Mauro Del Ciello, e Sílvio Rubens Michelman, Obrigado por terem vindo. Aos meus orientadores: do Mestrado na UNESP, Prof. Dr. José Carlos de Oliveira e do Doutorado na PUC SP, Prof. Doutor Sílvio Luiz Ferreira da Rocha, que em razão da ausência encaminharam-me felicitações. - Agradecimentos aos músicos do Coral e da Orquestra, por abrilhantarem este evento; - Ao Cerimonial, na pessoa do Jorge, que se ocupou dos detalhes para que tudo ocorresse a contento. Reitero agradecimentos especiais às autoridades, parentes e amigos, que nos honraram com suas presenças, dando maior distinção a esta solenidade. Que Deus continue, como sempre, a guiar nossos passos, iluminar nossos caminhos e dar-nos a força e a sabedoria necessárias, ao melhor desempenho do nosso ofício. Obrigado a todos.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Amaury da Silva Kuklinski

Agravo Regimental n. 0029231-45.2012.8.12.0001/50000 032
Agravo Regimental n. 1411612-52.2014.8.12.0000/50000 047
Apelação n. 0806930-37.2013.8.12.0001 061

Atapoã da Costa Feliz

Apelação n. 0835521-09.2013.8.12.0001 065
Mandado de Segurança n. 1404574-86.2014.8.12.0000 069
Mandado de Segurança n. 1405077-10.2014.8.12.0000 073

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação n. 0808264-06.2013.8.12.0002 077
Mandado de Segurança n. 1406031-56.2014.8.12.0000 085
Mandado de Segurança n. 1406228-11.2014.8.12.0000 096

Divoncir Schreiner Maran

Apelação n. 0000761-05.2012.8.12.0033 104
Agravo Regimental n. 0004584-52.2009.8.12.0013/50001 107
Agravo Regimental n. 0038295-84.2009.8.12.0001/50000 111

Dorival Renato Pavan

Apelação n. 0600177-15.2010.8.12.0046 116
Apelação n. 0800018-59.2013.8.12.0054 123
Mandado de Segurança n. 1408633-20.2014.8.12.0000 127

Eduardo Machado Rocha

Apelação n. 0006336-90.2012.8.12.0001 131
Apelação n. 0802297-68.2013.8.12.0005 137
Mandado de Segurança n. 1408164-71.2014.8.12.0000 143

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação n. 0003126-44.2012.8.12.0029 148
Apelação n. 0046015-34.2011.8.12.0001 153
Apelação n. 0055778-11.2001.8.12.0001 162

João Maria Lós

Agravo Regimental n. 0034485-96.2012.8.12.0001/50000 166
Apelação n. 0808044-76.2011.8.12.0002 173
Agravo Regimental n. 4005491-56.2013.8.12.0000/50001 178

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação n. 0026336-14.2012.8.12.0001 186
Apelação n. 0069678-80.2009.8.12.0001 190
Apelação n. 0823884-95.2012.8.12.0001 199

Julizar Barbosa Trindade

Apelação n. 0005771-05.2007.8.12.0001 202
Apelação n. 0045251-14.2012.8.12.0001 205
Apelação n. 0101199-40.2009.8.12.0002 208

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação n. 0000036-44.1993.8.12.0045 211
Apelação n. 0800237-15.2012.8.12.0052 217
Apelação n. 0801559-20.2012.8.12.0004 222

Marcelo Câmara Rasslan

Apelação n. 0001831-04.2010.8.12.0041 227
Apelação n. 0002983-03.2008.8.12.0027 231
Mandado de Segurança n. 4006309-08.2013.8.12.0000 235

Marco André Nogueira Hanson

Apelação n. 0800601-83.2013.8.12.0041 239
Apelação n. 0801649-40.2013.8.12.0021 255
Agravo de Instrumento n. 1409754-83.2014.8.12.0000 270

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação n. 0039872-92.2012.8.12.0001 275
Apelação n. 0119889-57.2008.8.12.0001 282
Apelação n. 0807955-19.2012.8.12.0002 286

Odemilson Roberto Castro Fassa

Reexame Necessário n. 0804698-04.2013.8.12.0017 293
Apelação n. 0805084-22.2013.8.12.0021 298
Mandado de Segurança n. 1407296-93.2014.8.12.0000 303

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação n. 0011351-47.2006.8.12.0002 315
Apelação n. 0800122-14.2013.8.12.0034 323
Mandado de Segurança n. 1407869-34.2014.8.12.0000 328

Paschoal Carmello Leandro

Agravo Regimental n. 0000002-77.2011.8.12.0000/50001 333
Agravo Regimental n. 0007792-54.2007.8.12.0000/50001 337
Mandado de Segurança n. 1402902-43.2014.8.12.0000 340

Sérgio Fernandes Martins

Apelação n. 0003463-28.2010.8.12.0021 347
Apelação n. 0042657-03.2007.8.12.0001 352
Apelação n. 0805756-30.2013.8.12.0021 370

Sideni Soncini Pimentel

Apelação n. 0039037-12.2009.8.12.0001 374
Apelação n. 0053111-76.2006.8.12.0001 380
Apelação n. 0807458-37.2014.8.12.0001 385

Vilson Bertelli

Apelação n. 0001230-43.2010.8.12.0026 388
Apelação n. 0027802-77.2011.8.12.0001 392
Apelação n. 0802127-79.2011.8.12.0001 402
Apelação n. 0802523-10.2012.8.12.0005 405

Vladimir Abreu da Silva

Apelação n. 0000052-32.2010.8.12.0035 409
Apelação n. 0046842-11.2012.8.12.0001 415
Apelação n. 0817663-96.2012.8.12.0001 420

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação n. 0006847-61.2007.8.12.0002 441
Apelação n. 0059760-18.2010.8.12.0001 446
Habeas Corpus n. 1408967-54.2014.8.12.0000 450

Dorival Moreira dos Santos

Apelação n. 0000768-06.2012.8.12.0030 455
Apelação n. 0004141-84.2012.8.12.0017 466
Apelação n. 0005430-66.2013.8.12.0001 473

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação n. 0000035-17.2010.8.12.0028 478
Habeas Corpus n. 1407161-81.2014.8.12.0000 484
Habeas Corpus n.1409337-33.2014.8.12.0000 491

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Recurso em Sentido Estrito n. 0001745-98.2012.8.12.0029..... 497
Apelação n. 0038907-17.2012.8.12.0001 502
Habeas Corpus n. 1411105-91.2014.8.12.0000..... 510

Manoel Mendes Carli

Apelação n. 0003149-56.2012.8.12.0007..... 518
Habeas Corpus n. 1403823-02.2014.8.12.0000 525
Habeas Corpus n. 1407115-92.2014.8.12.0000..... 529

Maria Isabel de Matos Rocha

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0007931-90.2013.8.12.0001/50000..... 534
Habeas Corpus n. 1405630-57.2014.8.12.0000 540
Habeas Corpus n. 1406847-38.2014.8.12.0000 550

Romero Osme Dias Lopes

Apelação n. 0005520-71.2013.8.12.0002 555
Agravo de Execução Penal n. 0021558-30.2014.8.12.0001 566
Habeas Corpus n. 1406435-10.2014.8.12.0000 573

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação n. 0001266-86.2013.8.12.0024 577
Agravo de Execução Penal n. 0009626-76.2013.8.12.0002 583
Conflito de Jurisdição n. 1601866-79.2014.8.12.0000 586

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE
DE ASSUNTO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Compra e venda de ascendente para descendente. Prescrição vintenária. Decadência. Afastada (0005771-05.2007.8.12.0001) 202

Desbloqueio de matrícula. Serviço notarial. Ilegitimidade passiva do Estado. Acolhida. Responsabilidade subsidiária (0003463-28.2010.8.12.0021) 347

Ação civil pública

Fornecimento da alimentação a presos. Ministério Público. Legitimidade ativa (0800122-14.2013.8.12.0034) 323

Indisponibilidade de bens. Liminar. Ausência de pressupostos (4005491-56.2013.8.12.0000/50001).....178

Ação de busca e apreensão

Alienação fiduciária. Pagamento parcial. Mora. Não afastada (0805084-22.2013.8.12.0021) 298

Ação de cobrança

Indenização. Dano moral. Seguro de veículo. Embriaguez. Exclusão de cobertura (0026336-14.2012.8.12.0001) 186

Indenização. Seguro DPVAT. Falecimento do autor no curso da demanda. Direito de crédito. Substituição do pólo ativo pelos herdeiros. Possibilidade (0039037-12.2009.8.12.0001).....374

Juros moratórios. Taxa média de mercado. Limite. Capitalização mensal. Possibilidade (0817663-96.2012.8.12.0001) 420

Promessa de compra e venda. Imóvel. Cláusula surpresa. Saldo residual. Legalidade. Propaganda enganosa. Inocorrência (0039872-92.2012.8.12.0001) 275

Sesi. Senai. Contribuição adicional. Empresa com mais de quinhentos empregados (0805756-30.2013.8.12.0021) 370

Ação de prestação de contas

Inventário. Dever do inventariante de prestar contas. Administração dos bens do espólio (0806930-37.2013.8.12.0001) 061

Ação reivindicatória

Posse injusta. Contrato de compra e venda realizado com terceiro. Ciência da irregularidade. Direito de retenção. Impossibilidade (0011351-47.2006.8.12.0002).....315

Usucapião. Reconvenção. Inadmissibilidade (0119889-57.2008.8.12.0001).....282

Adicional de insalubridade

Ação de cobrança. Servidora pública municipal. Estatuto dos funcionários públicos civis do município. Necessidade de regulamentação (0002983-03.2008.8.12.0027) 231

Alimentos

Avós. Binômio necessidade-possibilidade. Responsabilidade subsidiária e complementar. Não comprovação (0802127-79.2011.8.12.0001).....402

Código de Defesa do Consumidor

Responsabilidade objetiva. Cédula rural. Fornecedor de bens e serviços. Relação de consumo. Inexistência. Excesso de encargos contratuais. Inocorrência (0042657-03.2007.8.12.0001).....352

Código de Trânsito

Processo de habilitação. Resolução do Contran. Incompatibilidade (0000052-32.2010.8.12.0035) 409

Concurso público

Escrivão da polícia civil. Inquérito policial. Investigação social. Exclusão. Princípio da presunção de inocência. Violação. Possibilidade (1408164-71.2014.8.12.0000).....143

Exclusão de candidato. Investigação social. Boletim de ocorrência. Lesão corporal culposa. Direção de veículo automotor. Impossibilidade. Princípio da presunção de inocência (1408633-20.2014.8.12.0000).....127

Polícia civil. Candidata gestante. Prova de aptidão física. Remarcação do exame. Possibilidade. Princípio da isonomia (1404574-86.2014.8.12.0000) 069

Policial militar. Exame médico. Candidata gestante. Remarcação. Possibilidade. Princípio da isonomia (1407296-93.2014.8.12.0000).....303

Professor. Aprovação. Convocação em caráter temporário. Existência de vaga pura. Direito à nomeação (1405077-10.2014.8.12.0000).....073

Técnico penitenciário. Exclusão de candidato. Incapacidade para o exercício das atividades inerentes ao cargo. Não comprovação. Possibilidade de continuar no certame (1402902-43.2014.8.12.0000).....340

Consumidor

Aquisição de produto com vício. Ausência de prova do ato ilícito. Ônus do autor. Inversão. Impossibilidade. Dano moral. Indenização indevida (0800237-15.2012.8.12.0052) 217

Dano moral

Inscrição indevida no SPC. Débitos oriundos de fraude. Inexigibilidade reconhecida. Juros moratórios. Termo a quo. Indenização devida (0029231-45.2012.8.12.0001/50000.....032

Defensor Público

Aposentadoria. Proventos. Segunda instância. Subsídios dos Ministros do STF. Lei estadual posterior. Não-incidência. Direito adquirido (0000002-77.2011.8.12.0000/50001) 333

Embargos à arrematação

Hasta pública. Homologação de acordo. Suspensão do processo. Arrematações anuladas. Error in procedendo (0800601-83.2013.8.12.0041).....239

Embargos à execução

Juros de mora. Obrigação líquida e certa. Termo inicial. Data do vencimento da dívida (0800018-59.2013.8.12.0054) 123

Embargos de terceiro

Busca e apreensão. Restrição no Detran. Venda de veículo. Inexistência. Terceiro de boa-fé (0000761-05.2012.8.12.0033) 104

Compromisso de compra e venda não registrado. Terceiro de boa-fé. Penhora. Cancelamento (0038295-84.2009.8.12.0001/50000) 111

Embargos do devedor

Silos e maquinários. Bens móveis. Penhora. Possibilidade (0101199-40.2009.8.12.0002) 208

Execução

Título extrajudicial. Prescrição intercorrente. Possibilidade (0000036-44.1993.8.12.0045) 211

Execução fiscal

Exceção de pré-executividade. ISSQN sobre *leasing*. Município competente. Lugar da prestação do serviço (0802297-68.2013.8.12.0005)..... 137

IPTU. Lançamento de ofício. Prescrição. Ocorrência (0055778-11.2001.8.12.0001)..... 162

Indenização

Cheque pré-datado. Apresentação. Dano material e moral. Indenização devida (0034485-96.2012.8.12.0001/50000) 166

Danos materiais e morais. Responsabilidade civil do Estado. Ato ilícito praticado por policial militar. Dever de indenizar. *Quantum* indenizatório. Juros moratórios (0001230-43.2010.8.12.0026) 388

Fatura de energia elétrica. Inadimplemento. Ausência de suspensão ou fornecimento. Dano moral. Indenização indevida (0808044-76.2011.8.12.0002)..... 173

Oficial penitenciário refém em rebelião prisional. Responsabilidade civil do Estado. Teoria do risco administrativo. Dano moral. Indenização devida (0027802-77.2011.8.12.0001)..... 392

Transferência de curso para outra instituição de ensino. Dispensa de disciplina. Análise da grade curricular. Dano moral. Mero aborrecimento. Indenização indevida (0006336-90.2012.8.12.0001)..... 131

Venda de veículo financiado a terceiro. Instituição financeira. Contrato particular. Inadimplemento. Negativação do nome financiado. Dano moral. Indenização indevida (0053111-76.2006.8.12.0001) 380

Mandado de Segurança

Demarcação. Homologação de terra indígena. Registro da área. Abertura de nova matrícula. Duplicidade. Cancelamento. Intimação dos interessados. Validade da matrícula anterior (1406228-11.2014.8.12.0000)..... 096

Recusa de matrícula em pré-escola. Nível 3. Direito à educação. Segurança concedida (0804698-04.2013.8.12.0017) 293

Pensão militar

Exclusão da corporação. Pensão aos dependentes. Pagamento proporcional. Cotas mensais (4006309-08.2013.8.12.0000) 235

Pensão por morte

Idade limite de 21 anos. Beneficiário matriculado em curso superior. Interrupção pela maioridade civil. Prorrogação até 24 anos. Conclusão do curso superior. Possibilidade (1406031-56.2014.8.12.0000) 085

Plano de saúde

Cirurgia plástica. Intervenção cirúrgica. Obesidade mórbida. Cobertura (0001831-04.2010.8.12.0041).....227

Fornecimento de remédios. Tratamento oncológico domiciliar. Cláusula limitadora. Nulidade. Cobertura. Cabimento (0045251-14.2012.8.12.0001).....205

Honorários médicos. Dano material indenizável. Dano moral. Indenização indevida (0046015-34.2011.8.12.0001).....153

Inclusão de menor sob guarda. Equiparação ao filho. Condição de dependente natural. ECA. Proteção ao menor (0808264-06.2013.8.12.0002).....077

Internação. Cláusula limitadora. Co-participação. Abusividade. Não-cabimento (0004584-52.2009.8.12.0013/50001).....107

Parto prematuro. Urgência. Cobertura negada. Danos morais caracterizados. Indenização devida (0807955-19.2012.8.12.0002).....286

Procedimento cirúrgico. Urgência. Hospital de outro Estado. Reembolso das despesas (0046842-11.2012.8.12.0001).....415

Precatório

Requisição de pagamento. Atualização do crédito. Juros moratórios. Súmula vinculante n. 17 do STF (0007792-54.2007.8.12.0000/50001).....337

Previdenciário

Ministério Público. Tempo de serviço. Advogado. Contribuição. Recolhimento. Desnecessidade. Emenda constitucional 20/98 (1407869-34.2014.8.12.0000).....328

Registro civil

Casamento. Retificação. Exclusão do patronímico do marido falecido. Possibilidade (0801559-20.2012.8.12.0004).....222

Retificação. Carência da ação. Inadequação de via eleita (0807458-37.2014.8.12.0001).....385

Responsabilidade civil

Morte em acidente de trânsito. Indenização. Dano moral. Indenização devida. Culpa concorrente. Pensionamento mensal. Impossibilidade (0069678-80.2009.8.12.0001).....190

Revisão de veículo. Desgaste no sistema de freios. Omissão da concessionária. Não comprovação. Dano moral. Mero aborrecimento. Indenização indevida (0823884-95.2012.8.12.0001).....199

Seguro de veículo

Vide Ação de cobrança. Indenização. Dano moral. Embriaguez. Exclusão de cobertura.

Servidão administrativa

Passagem de linha de transmissão de rede elétrica. Indenização. Laudo pericial. Valor devido (0600177-15.2010.8.12.0046).....116

Tributário

Contribuição compulsória. Servidor público municipal. Plano de saúde. Adesão facultativa. Inadmissibilidade (0835521-09.2013.8.12.0001).....065

Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Base de cálculo. Construção civil. Materiais fornecidos. Dedução. Possibilidade (0802523-10.2012.8.12.0005).....405

Inventário. Imposto de transmissão causa mortis. Não incidência. Imóvel alienado em vida pelo *de cujus*. Promessa de compra e venda. Incidência do ITBI. Competência municipal (1409754-83.2014.8.12.0000).....270

Sociedade uniprofissional. Técnico em contabilidade. ISS. Recolhimento com base em faturamento mensal. Impossibilidade (0003126-44.2012.8.12.0029).....148

União estável

Ação de reconhecimento e dissolução. Partilha de bens. Ausência de prova de comum esforço. Impossibilidade (0801649-40.2013.8.12.0021).....255

Uniformização de jurisprudência

Agravo regimental. Mandado de segurança. Indeferimento. Curso de formação. Policial militar. Limitação etária. Arguição de inconstitucionalidade. Liminar concedida (1411612-52.2014.8.12.0000/50000).....047

***

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo em execução

Fuga. Não apresentação para o pernoite. Ausência de dolo de furtar-se à execução penal. Falta grave não evidenciada (0009626-76.2013.8.12.0002) 583

Apropriação indébita

Majorada em razão de ofício. Farto acervo probatório. Pena-base. Redução. Alteração do regime prisional. Reparação do dano à vítima. Infração ao princípio da dialeticidade (0006847-61.2007.8.12.0002) 441

Conflito negativo de competência

Tráfico de entorpecente. Participação de menor. Corrupção de menores. Vara especializada ou vara residual. Conflito acolhido (1601866-79.2014.8.12.0000).....586

Corrupção de menores

Crime formal. Menor anteriormente corrompido. Irrelevância. Participação do menor comprovada. Delito consumado (0007931-90.2013.8.12.0001/50000) 534

Crime contra a relação de consumo

Autoria e materialidade comprovadas. Desclassificação. Crime na modalidade culposa. Dolo comprovado. Pena-base. Redução. Acolhida em parte (0000035-17.2010.8.12.0028) 478

Crime de extorsão

Porte de arma de uso restrito. Crime cometido por militar paraguaio. Segregação cautelar do paciente. Impossibilidade. Deslocamento da competência para a esfera federal. Acordo ou convenção internacional. Não comprovação (1406847-38.2014.8.12.0000) 550

Crime de trânsito

Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Liminar confirmada. Ordem concedida (1403823-02.2014.8.12.0000) 525

Crime militar

Estelionato. Crime cometido contra a administração militar. Estado de necessidade. Causa de exclusão da ilicitude. Inocorrência. Formas atenuantes do crime de estelionato. Não-aplicabilidade (0038907-17.2012.8.12.0001) 502

Disparo de arma de fogo

Absolvição. Impossibilidade. Corrupção de menores. Crime formal. Reincidência. Mantida. Compensação da reincidência com a atenuante da confissão espontânea (0000768-06.2012.8.12.0030).....455

Estupro

Constância de união estável. Sequestro. Cárcere privado. Pena-base. Reduzida. Princípio da consunção. Incabível. Continuidade delitiva **(**0003149-56.2012.8.12.0007) 518

Execução penal

Crime militar. Cumprimento de pena. Estabelecimento prisional comum (0021558-30.2014.8.12.0001) ..566

Furto de energia

Rejeição da denúncia. Atipicidade da conduta. Princípio da insignificância. Impossibilidade (0001745-98.2012.8.12.0029) 497

Furto qualificado

Abuso de confiança. Compensação da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Possibilidade (0005430-66.2013.8.12.0001).....473

Habeas corpus

Uso de documento particular falso. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Atipicidade da conduta. Valoração probatória. Impossibilidade (1405630-57.2014.8.12.0000) 540

Homicídio culposo

Suspensão condicional do processo. Prestação de serviço à comunidade. Possibilidade (1408967-54.2014.8.12.0000) 450

Incêndio

Absolvição. Impossibilidade. Conjunto probatório suficiente. Pena-base. Redução. Cabível (0004141-84.2012.8.12.0017) 466

Lesão corporal

Veículo automotor. Embriaguez ao volante. Resistência. Prisão preventiva. Reiteração criminosa. Aplicação de medidas cautelares. Inviabilidade (1409337-33.2014.8.12.0000) 491

Lesão corporal leve

Prisão em flagrante convertida em prisão preventiva. Ilegalidade. Violência doméstica. Constrangimento ilegal (1406435-10.2014.8.12.0000).....573

Prisão civil

Alimentos. Execução. Débito alimentar. Legalidade da prisão. Alteração do regime prisional. Habeas corpus. Ordem concedida (1407161-81.2014.8.12.0000).....484

Prisão em flagrante

Tráfico de entorpecente. Guarda municipal. Desclassificação. Ausência de prova da comercialização. Uso próprio. Conduta desclassificada (0005520-71.2013.8.12.0002) 555

Prisão preventiva

Crime de ameaça. Violência doméstica. Descumprimento de medida protetiva. Garantia da ordem pública. Constrangimento ilegal inexistente (1411105-91.2014.8.12.0000) 510

Produção antecipada de provas

Art. 366 do CPP. Mero decurso de tempo. Caráter de urgência. Não demonstração (1407115-92.2014.8.12.0000).....529

Tráfico de entorpecente

Dosimetria da pena. Pena-base. Grande quantidade de substância entorpecente. Tráfico interestadual. Causa de diminuição pena. Descabimento. Dedicação às atividades ilícitas. Causa de aumento prevista no inciso III do art. 40, da lei n. 11.343/76. Hipótese de cabimento (0001266-86.2013.8.12.0024).....577

Violência doméstica

Ameaça. Vias de fato. Autoria e materialidade demonstrada. Condenação mantida. Legítima defesa. Inocorrência. Princípio da bagatela imprópria. Incompatibilidade. Substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Impossibilidade (0059760-18.2010.8.12.0001).....446