

**REVISTA**  
**TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA**

# TJMS

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

**ANO 30 – N. 171**  
**JANEIRO A MARÇO DE 2009**

**EDIÇÃO COMEMORATIVA AOS 30 ANOS**  
**DO PODER JUDICIÁRIO DE MATO GROSSO DO SUL**



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

# Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 30 - n. 171 - Janeiro-Março de 2009

## EXPEDIENTE

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

*Ano 30, n. 171*

*Edição Comemorativa aos 30 anos do Poder Judiciário MS*

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.

De acordo com a Portaria n. 194, de 9 de outubro de 2009, a partir desta edição a revista passa a ser exclusivamente em formato eletrônico, atendendo à Recomendação n. 11 do Conselho Nacional de Justiça e a Portaria n. 192, de 5 de outubro de 2009, que institui o Sistema de Gestão Ambiental do Poder Judiciário MS.

Revista trimestral de jurisprudência. – n. 171 (2009) - . – Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2009 - .

Trimestral

Continuação de: Revista trimestral de jurisprudência. – n. 1 (1979) – n. 170 (2009).

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

CDD 340.68171

#### Elaboração

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

#### Editoração / Capa

Secretaria do Gabinete da Presidência  
Departamento de Relações Públicas  
Coordenadoria de Publicidade Institucional

#### Revisão

Alcione Luzia Soares de Moraes

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

## **Diretoria**

Presidente - Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins

Vice-Presidente - Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Josué de Oliveira

## **Tribunal Pleno**

**(em ordem de antiguidade)**

Des. Rêmolo Letteriello

Des. Rubens Bergonzi Bossay

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Carlos Brandes Garcia

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins

Des. Luiz Carlos Santini

Des. Josué de Oliveira

Des. Joenildo de Sousa Chaves

Des. Atapoã da Costa Feliz

Des. Hildebrando Coelho Neto

Des. João Maria Lós

Des. Ildeu de Souza Campos

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Des. João Batista da Costa Marques

Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Des<sup>a</sup>. Marilza Lúcia Fortes

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

## APRESENTAÇÃO

É uma grande honra apresentar a primeira edição da Revista de Jurisprudência Eletrônica, após 30 anos da publicação da sua primeira edição impressa, que foi cuidada pessoalmente pelo então Presidente do Tribunal de Justiça, Des. Leão Neto do Carmo em 1979.

Naquela época eram apenas 30 comarcas e 30 juízes para um território de 360 mil quilômetros quadrados e pouco mais de um milhão de habitantes. As sentenças eram escritas a mão, o número de processos era pequeno e os servidores pouco mais de 300.

Três décadas depois temos muito o que comemorar. O Judiciário de Mato Grosso do Sul se destaca em âmbito nacional pela modernidade, eficiência e qualidade dos serviços prestados. Hoje são 54 comarcas totalmente informatizadas, com mais de 80% de prédios próprios dotados de mobiliários e equipamentos modernos, além de 178 juízes e mais de 3 mil servidores.

A digitalização dos processos já é uma realidade em 10 varas da capital, sendo MS o primeiro Estado do país, em 2005, a ter o processo completamente virtual em uma vara do Juizado Especial.

Vivemos uma nova era. A informação se difunde em segundos e por vários tipos de mídias diferentes. A tecnologia inovou a forma de trabalhar do judiciário. O magistrado pode despachar da sua própria residência e o jurisdicionado acompanhar seu processo de qualquer lugar do país e do mundo.

Além disso, as novas tecnologias representam agilidade, economia e, a longo prazo, o maior benefício de todos, a preservação do meio ambiente.

Sensíveis a esses avanços e na esteira do desenvolvimento lançamos em comemoração aos 30 anos do TJ e da Revista de Jurisprudência a sua primeira versão eletrônica, que irá dinamizar as pesquisas dos julgados produzidos por esta corte de justiça.

A versão *on-line* possibilitará a consulta atualizada dos últimos acórdãos selecionados, colaborando, assim, para a rápida divulgação do pensamento jurídico da Instituição sobre questões relevantes para a sociedade.

Cientes de que uma circunstância essencial da justiça é administrá-la prontamente; fazê-la esperar ou deferi-la é já uma injustiça, e de que não se aprende bem senão pela experiência, apresentamos a versão eletrônica da Revista de Jurisprudência, com a esperança de atender aos anseios da comunidade jurídica e contar com sugestões para seu aperfeiçoamento.

Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins

Presidente TJMS

## **SÍNTESE HISTÓRICA DA REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL DE 1979 - 2009**

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul foi instalado no dia 8 de janeiro de 1979, nas dependências da Câmara Municipal, prédio então anexo ao da prefeitura municipal (na Avenida Afonso Pena), onde permaneceu até o final daquele mês, mudando-se para o edifício Cosmos, na Rua Marechal Rondon.

Em meados daquele ano, o desembargador Leão Neto do Carmo, presidente do TJ-MS, de larga experiência administrativa e incentivador da Revista de Jurisprudência, encaminhou à Gráfica Brasília o material para o primeiro volume. No final do ano, o material do segundo volume. Em março do ano seguinte, solicitou à Universidade Federal de Mato Grosso do Sul que cedesse ao TJ-MS o professor Hildebrando Campestrini, para cuidar da Revista, tão logo assumiu (em março de 1980), passou a supervisionar a edição da Revista, que, por alguns imprevistos, não cumpria a regularidade desejada.

Com a orientação do então presidente do TJ-MS, Exmo. Sr. Des. Leão Neto do Carmo visionário do futuro e com a evolução da Revista, criou-se a Assessoria Técnica à Comissão de Publicações. Esta Assessoria ficou encarregada de escolher a capa e a contracapa, fazer confrontação, revisão das provas tipográficas, revisão da arte final, depois de efetuado todo este trabalho árduo, ainda elaborado em máquinas de datilografia manual, e sob a responsabilidade da Comissão Técnica de Biblioteca e Publicação, encaminhava-se o material à Gráfica e Papelaria Brasília para a devida impressão.

A Assessoria também realizou todo trabalho de editoração nos números subsequentes, quais sejam:

Em 1981 volumes quinto ao oitavo.

Em 1982 volumes nono ao décimo primeiro.

Em 1983 volumes décimo segundo ao décimo quinto.

Devido a inúmeras solicitações dos usuários da Revista, pelo grande volume de matéria já publicada, teve a necessidade de criar-se o Índice Geral da Revista. O primeiro número, contendo os índices alfabético, remissivo e numérico dos exemplares um ao doze, com base do fichário de jurisprudência do Departamento Técnico de Biblioteca.

Dando continuidade à missão que vinha sendo desenvolvida em anos anteriores, as tarefas atinentes à publicação da revista, no ano de 1984 o número dezesseis e o dezessete só foi possível publicar no ano vindouro.

Continuando a trajetória da RTJTJ-MS, o então presidente do Tribunal de Justiça, Des. Rui Garcia Dias, deu atenção ao projeto de criação da Gráfica do Tribunal de Justiça, que com recursos conseguidos junto ao governo do Estado, à época Wilson Barbosa Martins, foi possível a aquisição de uma máquina impressora ofsete Catu 500, um laboratório completo de fotolitometria e a contratação de servidores especializados em artes gráficas.

A implantação da gráfica só trouxe benefícios ao Judiciário, além de publicar a revista, outros impressos do órgão também foram feitos, tais como, livros-ata, diários, agendas, formulários das áreas e atendimentos às comarcas também.

Na gestão do Des. Gerval Bernardino de Souza ano de 1985 as revistas de números dezessete ao vigésimo ficaram preparadas na fase de impressão.

A partir do volume vinte e um, em projeto gráfico atualizado em brochura bem acabada, ficam totalmente a cargo dos serviços gráficos deste Poder, fazendo com isto baixar ainda mais os custos e celeridade, modelo que inspirou revistas de outros órgãos.

No Biênio 1987-1988 a publicação da Revista de Jurisprudência manteve-se regular. No biênio de 1989-1990 a Gráfica do Tribunal preparou e editou os volumes trinta e quatro ao cinquenta da revista, no biênio 1991-1992 o Tribunal de Justiça preparou os números cinquenta e um ao cinquenta e oito, mas publicou às de números cinquenta e um ao sessenta e seis. No biênio seguinte a Gráfica do Tribunal de Justiça editou quinze números da Revista de Jurisprudência - do número setenta e um ao oitenta e cinco.

Nos demais biênios manteve-se a regularidade da publicação da Revista Trimestral de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Na gestão do Des. Claudionor Miguel Abss Duarte institui-se o regulamento da Revista Trimestral de Jurisprudência deste Tribunal, com a publicação da Portaria n. 3 de 22 de fevereiro de 2007, a qual passou a ser editada pelo Departamento de Biblioteca, obedecendo aos padrões e aos critérios exigidos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), com o apoio das demais áreas da Secretaria, e registrada junto aos órgãos competentes.

Trinta anos depois, a Revista Trimestral de Jurisprudência do Tribunal de Justiça – MS, pela Portaria n. 194 de 9 de outubro de 2009, passa a ser exclusivamente em formato eletrônico a partir da edição n. 171, cumprindo as metas do Sistema de Gestão Ambiental do Poder Judiciário-MS, instituído pela Portaria n. 192/2009, cujo projeto leva o Judiciário a uma redução drástica de gastos e agilidade no atendimento.

É de fundamental importância mencionar alguns artigos que norteiam a Portaria n.194/2009.

[...]

Art. 2º A Revista será editada trimestralmente, até o terceiro mês subsequente ao trimestre a que ela se refere.

Parágrafo único. O conteúdo da revista abrangerá a jurisprudência deste Tribunal e a doutrina oriunda da magistratura estadual.

Art. 3º A seleção do conteúdo da revista dar-se-á:

§ 1º Quanto à doutrina, quando houver conveniência e interesse da administração do Tribunal de Justiça, observada a data de fechamento do trimestre a que se refere a revista.

§ 2º Quanto à jurisprudência:

I – O Departamento de Pesquisa e Documentação selecionará seis acórdãos publicados de cada relator, observado o trimestre da edição e a tendência jurisprudencial;

II – O relator escolherá, dentre os selecionados na forma do inciso anterior ou outros do período que julgar conveniente, três acórdãos para publicação e os enviará por e-mail no endereço eletrônico [jurisprudencia@tjms.jus.br](mailto:jurisprudencia@tjms.jus.br) ao Departamento de Pesquisa e Documentação, no prazo máximo de cinco dias úteis;

III – expirado o prazo de que trata o inciso acima sem a manifestação do relator, o próprio departamento promoverá a escolha dos três acórdãos.

Art. 4º As opiniões, os conceitos e as interpretações emitidos nos trabalhos são única e exclusivamente de responsabilidade de seus autores, não tendo o Tribunal de Justiça qualquer responsabilidade quanto ao seu conteúdo.

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo deverá constar em cada edição da revista.

§ 2º As colaborações em geral, quando aceitas pelo Tribunal de Justiça, serão publicadas gratuitamente, assegurados ao Tribunal todos os direitos de reprodução, divulgação ou acesso e reservados aos autores os direitos autorais correspondentes, na forma da legislação própria.

§ 3º A doutrina deverá ser encaminhada ao Departamento de Pesquisa e Documentação por e-mail, no endereço eletrônico [jurisprudencia@tjms.jus.br](mailto:jurisprudencia@tjms.jus.br)

[...]

A presente revista é um marco histórico na gestão do presidente Exmo. Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins que juntamente com a Secretaria de Planejamento e Gestão Estratégica, o Departamento de Pesquisa e Documentação e a Coordenação de Jurisprudência juntaram esforços para lançar, no dia 11 de novembro de 2009, a primeira edição, reformulada e *on-line*, da Revista Trimestral de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul n. 171, em comemoração aos 30 anos do Poder Judiciário-MS.

Houve, portanto, no decorrer do tempo um grande avanço impulsionado pelos esforços de outros presidentes desta corte e de servidores qualificados que contaram com a ajuda de moderna tecnologia, o que veio agilizar as edições, tornando-se assim, uma revista moderna e dinâmica que leva para a nação brasileira e até fora desta o pensamento doutrinário e jurisprudencial de toda a magistratura sul-mato-grossense.

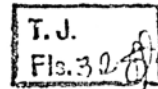
Colaboração prof. Hildebrando Campestrini



Em forma de homenagem, o primeiro julgado desta corte de justiça, o *Habeas Corpus* 001/79, relator: Des. Sérgio Martins Sobrinho, na data de 17.1.1979.

66

*J*  
*E*



17.01.79

TURMA ESPECIAL

"HABEAS CORPUS" - CLASSE "A" - Nº 01/79 - CAMPO GRANDE  
RELATOR - EXMO. SR. DES. SÉRGIO MARTINS SOBRINHO  
IMPETRANTE - DR. LUIZ CARLOS SALDANHA RODRIGUES  
PACIENTE - JOSÉ FRANCISCO DA CRUZ

R E L A T Ó R I O

JOSÉ FRANCISCO DA CRUZ, brasileiro, solteiro, lavrador, residente e domiciliado nesta cidade, ora recolhido aos quadros da Cadeia Pública de Campo Grande, no dia 17 de agosto de 1.978, a altura de 10 horas, na Rua Javari, Bairro do Guanandi, desferiu em Rita Messias Nazarê, um tiro de revólver matando-a.

Preso em flagrante, foi regularmente processado e pronunciado nas penas do artigo 121, caput do C.P., havendo recorrido da sentença, em sentido estrito, súplica que foi datada de 11 de dezembro de 1.978.

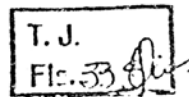
Agora o causidico Luiz Carlos Saldanha Rodrigues impetra ordem de h.c., em favor do réu, alegando em síntese que ele praticou o fato em defesa própria, demonstrando também ser primário e de bons antecedentes, circunstâncias bastantes para a absolvição sumária, ou pelo menos, se pronunciado como foi, aguardar o julgamento popular, em liberdade, face ao disposto no artigo 408, § 2º do C.P.P., modificado pela Lei nº 5.941/73.

Contudo, arremata o requerente, S.Exa., o Dr. Juiz "a quo" na sentença de pronúncia, limitou-se a só recomendar José Francisco da Cruz, na prisão onde se encontra, omitindo-se inteiramente quanto ao direito que o paciente tem de livrar-se solto, na melhor interpretação dada ao art. 408 § 2º do C.P.P., pela Colenda 2a. Turma do S.T.F., com relator na pessoa do Eminente Min. Alckmin, de que, ao juiz não é conferido arbitrio de conceder ou não o favor legal, se o pronunciado preenche as exigências legais.

Com o petitório inicial de fls. 2/3/4, vieram os documentos fotocopiados de fls. 5 a 21.

Solicitadas as informações, foram elas presta-

9  
R



das pelo ilustre Dr. Amilcar Silva, respondendo pela Vara, e es  
tão a fls. 27.

O parecer da Douta Procuradoria, subscrito pe-  
lo inteligente Dr. Harley Cardoso Galvão, conclue pela denega-  
ção do remédio.

E o relatório

V O T O.

1 - Habeas Corpus nº 001/79 - Campo Grande

2 - Paciente - José Francisco da Cruz

JOSE FRANCISCO DA CRUZ, devidamente qualifica-  
do foi preso em flagrante delito de homicídio, regularmente -  
processado e pronunciado nas penas do artigo 121, "caput", do  
C.P., tendo recorrido desta decisão, súplica que ao que pare-  
ce pende ainda de julgamento:

Enquanto isso, por intermédio de seu advogado,  
Dr. Luiz Carlos Saldanha Rodrigues, vem a este Tribunal com pe-  
dido de h.c., reputando-se credor de direito líquido e certo '  
de aguardar em liberdade o veredictum do Tribunal do Juri, com  
fulcro no artigo 408, § 2º do C.P.P., alterado pela Lei nº....  
5.941/73.

Em abono de sua tese, transcreve ementa de '  
acórdão da 2a. Turma do Colendo S.T.F., que julgando matéria '  
similar, conclue com o Eminent Relator, Min. Alckmin, pela im-  
peratividade da concessão do favor legal, pelo juiz, desde que  
o réu comprove ser primário e de bons antecedentes.

Eu me permito discordar da tese, para negar o  
remedio, desde logo porque, o r. consenso da Egrégia 2a. Turma  
do S.T.F., não é o mesmo da 1a. Turma.

Com efeito, leio na R.T.J., vol. 68, pág. 63.  
que: "Pronuncia. Decretação ou revogação da  
prisão. Faculdade . L. 5.941, de 1973.

A decretação da prisão, ou a sua revogação, em  
decorrência de sentença de pronúncia, no caso  
de réu primário e de bons antecedentes, é fa-  
culdade atribuída ao juiz. Interpretação do  
§ 2º do art. 408 do C.Pr. Pen., com a redação '  
que lhe deu a L. 5.941, de 1.973".

De outra parte, divergindo frontalmente as Co-  
lendas Turmas do Sodalicio Maior, não ainda sumulada a espê-  
cie, posto que, a decisão supra, embora de abril de 74, foi

3

3  
T.J.  
Fls. 34

objeto da remissão de outro julgamento identico da 1a. Turma, em novembro de 1.977 ((R.T.J., vol. 84, pág. 459).

Havendo conclusões nos dois sentidos, dos gigantes do STF., prefereiro, pelo menos por enquanto, perfilhar a compreensão de que se trata de faculdade conferida ao magistrado, ponto de vista que venho defendendo aliás, desde muito antes. Sendo facultativa a concessão do benefício, facultativa de sintetizada na expressão poderá, da lei, excluída fica evidentemente a liquidez e certeza de direito do paciente, incumbindo exclusivamente ao juiz, apreciar a conveniência ou não, de manter retido o réu pronunciado, até que venha ser julgado pelo Juri.

Nego pois, a ordem.

É meu voto Sr. Presidente.

O Exmo. Sr. Des. Rui Garcia Dias - 1º Revisor:

"De acordo".

O Exmo. Sr. Des. Jesus de Oliveira Sobrinho - 2º Revisor

"Peço vista".

#### D E C I S Ã O

Como consta da ata a decisão foi a seguinte:  
JULGAMENTO SUSPENSO FACE AO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO 2º REVISOR, APÓS HAVEREM O RELATOR E O 1º REVISOR DENEGADO A ORDEM EM CONSONÂNCIA COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. JESUS DE OLIVEIRA SOBRINHO.

Relator, o Exmo. Sr. Des. RUI GARCIA DIAS.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs.

Desembargadores: JESUS DE OLIVEIRA SOBRINHO, SÉRGIO MARTINS SOBRINHO e RUI GARCIA DIAS.

Campo Grande-MS, 17 de janeiro de 1979

*Carlos Gilberto Gonzalez*  
Carlos Gilberto Gonzalez

Diretor do Dep. Judiciário Criminal

# SUMÁRIO

## **Doutrina**

Artigo 745-A do CPC - Natureza Jurídica - Implicações Processuais e de Direito Material

Dorival Renato Pavan .....14

**Jurisprudência Cível** .....37

**Jurisprudência Criminal** .....471

**Noticiário** .....651

## **Índice Onomástico**

Jurisprudência Cível .....670

Jurisprudência Criminal .....674

## **Índice de Assunto**

Jurisprudência Cível .....676

Jurisprudência Criminal .....682

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# DOCTRINA



## ARTIGO 745-A DO CPC – NATUREZA JURÍDICA – IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS E DE DIREITO MATERIAL

Dorival Renato Pavan

Des. do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

1. Introdução. 2. Natureza jurídica da figura contida no artigo 745-a do CPC. 3. Norma heterotópica destinada a impor *limites* à atividade executiva do credor. 4. A constitucionalidade do dispositivo. 5. Requisitos para o pedido de parcelamento. Procedimento. 5.1. O pedido há de ser feito *no prazo para embargos*. 5.2. O reconhecimento jurídico da existência do crédito, sua legitimidade e importância – necessidade de poderes especiais ao advogado. 5.3. Apresentação da memória do cálculo discriminado do débito reconhecido. 5.4. O depósito simultâneo ao requerimento de 30% do valor da execução e seus consectários. 5.5. Ainda sobre o cálculo: escolha do indexador da correção monetária e percentual da taxa de juros. 5.6. Tempo do parcelamento e encargos. 5.7. Necessidade de prévia oitiva do credor. 6. Inexistência de suspensão do processo, mas dos atos executivos. 7. Vencimento antecipado das parcelas e prosseguimento do processo. 8. Manifestação contrária do credor ao pedido de parcelamento. Natureza do direito do devedor, uma vez preenchidos os requisitos legais. 9. O art. 745-a e o cumprimento da sentença (art. 475 j). 10. O artigo 745-a e o excesso de execução. 11. Natureza jurídica dos atos praticados pelo juiz e o recurso cabível. 12. A execução para entrega de coisa certa ou incerta, fazer e não-fazer. 13. O artigo 745-a e a execução fiscal. 14. Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

Inovando no sistema processual civil, a Lei n. 11.382, de 6.12.06 introduziu o artigo 745-A ao CPC, com a seguinte redação:

Art. 745-A. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

§ 1º. Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

§ 2º. O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subsequêntes e o prosseguimento do processo, com imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos.

Vê-se que o artigo 745-A criou a possibilidade de o executado, *no prazo para os embargos*, comparecer em juízo para reconhecer o crédito do exequente, depositando o valor correspondente a *pelo menos 30%* do débito exequendo, naturalmente com sua respectiva correção, mais custas e honorários de advogado, estes a serem fixados pelo juiz, como condição para requerer seja admitido a pagar *o restante* do débito em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês.

Mas, como não podia deixar de ser, posto se tratar de fato também verificado em outros dispositivos que foram alterados recentemente pelas leis reformadoras do CPC, inúmeras dúvidas surgem quando se pretende aplicar na prática o dispositivo.

Começa-se por destacar: qual a natureza jurídica dessa *norma*, a despeito de estar contida em diploma processual?

O credor pode manifestar-se de modo desfavorável ao pedido de parcelamento e, em caso positivo, em quais situações?

O indeferimento, pelo juiz, da proposta de parcelamento do débito, constitui impedimento para o ajuizamento de embargos à execução, pelo devedor?

Aplica-se o artigo 745-A ao procedimento de cumprimento de sentença? E à execução fiscal? E às ações de execução para entrega de coisa certa ou incerta, de forma analógica (por exemplo, a entrega parcelada dos bens objeto da ação, quando admite-se fracionamento da coisa a ser entregue)?

Parece-me que a leitura e o desenho que emergem do incidente processual criado recomendam que o juiz busque ponderação e equilíbrio na aplicação do instituto porque se de um lado se configura a existência de um direito subjetivo atribuído ao devedor, de outro lado há também o direito de o credor se opor à pretensão, notadamente quando demonstrar que o devedor tem amplas condições de suportar a pretensão executiva, com bens em seu patrimônio que garantem plenamente a execução, sem maiores ônus ou sacrifícios pessoais.

## 2 NATUREZA JURÍDICA DA FIGURA CONTIDA NO ARTIGO 745-A DO CPC

A natureza jurídica, segundo o ensinamento de DE PLÁCIDO E SILVA<sup>1</sup>, “*assinala, notadamente, a essência, a substância ou a compleição das coisas*” e “*se revela pelos requisitos ou atributos essenciais e que devem vir com a própria coisa. Eles se mostram, por isso, a razão de ser, seja do ato, do contrato ou do negócio. A natureza da coisa, pois, põe em evidência sua própria essência ou substância, que dela não se separa, sem que a modificação ou a mostre diferente ou sem os atributos, que são de seu caráter. É, portanto, a Matéria de que compõe a própria coisa, ou que lhe é inerente ou congênita.*”

Marcela Menezes Barros<sup>2</sup> aponta que “*a natureza jurídica corresponde ao fenômeno de compreensão teórica dos institutos jurídicos, diz-se da “afinidade que um instituto jurídico guarda para com uma grande categoria jurídica por diversos pontos estruturais, de modo a nela poder ter ingresso classificatório*”.

Assim, a que *grande categoria jurídica* pertence a mesma norma?

Registre-se, por primeiro, que a despeito de estar contido em diploma processual civil o artigo 745-A trata-se de uma *norma híbrida*, vale dizer, contém tipologia típica do direito processual – p ex., quando trata do procedimento a ser observado, a vedação de oposição de embargos, a suspensão dos atos de execução ou reinício deles – como, também, de direito *material* - ao tratar da possibilidade de se deferir ao devedor a prerrogativa

1 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 946.

2 BARROS, Marcela Menezes. **A Arbitragem no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. In [http://fmu.br/site/graduacao/direito/tcc/2006\\_arbitragem\\_ordenamento\\_mmba.pdf](http://fmu.br/site/graduacao/direito/tcc/2006_arbitragem_ordenamento_mmba.pdf).

de pleitear o *parcelamento* do débito exequendo e que corresponde, em última análise, a uma *moratória ex vi legis* conferida ao devedor.

A existência de normas *heterotópicas* no bojo do Código de Processo Civil, bem assim como no próprio Código Civil, vale dizer, aquelas que têm *natureza* distinta do corpo onde se encontram inseridas, não é novidade no direito brasileiro e, de resto, permeiam todo o sistema.

A norma sob enfoque é, assim, *híbrida*, por conter simultaneamente disposições de natureza processual e de direito material.

E por ser norma heterotópica, sua natureza jurídica também deve ser assim vista, consistindo, a meu modo de ver em *negócio jurídico processual* que traz como consequência a concessão de uma *moratória* ao devedor para que, dentro de prazo certo e mediante certas condições, efetue o pagamento do débito parceladamente.

É negócio jurídico<sup>3</sup> porque estão presentes seus elementos integrativos, a saber, um credor, que exige; um devedor, que se propõe a pagar parceladamente; e há um *preço a pagar* (ou coisa a ser entregue), tal como definitivo no título executivo.

É *processual* porque se materializa no processo executivo em curso, em um incidente, com a necessária intervenção do Estado-Juiz.

Como negócio jurídico, ainda, decorre de *ato das partes*<sup>4</sup>, que consiste em declaração *bilateral* de vontades (do devedor, que comparece em juízo e pede o parcelamento; do credor, que será ouvido, que aquiescerá ou, se recusar, sua vontade será *substituída pela do Estado-Juiz*), de forma tal que o pedido de parcelamento, verdadeira moratória, produzirá a *constituição*, a *modificação* e a *extinção de direitos processuais*, como tal descrito pelo artigo 158 do CPC.

Por isto que, com o deferimento da pretensão pelo Juiz, certos *direitos processuais* não mais poderão ser exercidos como, por exemplo, os embargos do devedor; haverá suspensão do processo de execução; o devedor estará sujeito a uma multa no caso de inadimplemento das parcelas. Enfim, múltiplos direitos e deveres conexos surgem com o ato processual, de sorte que por produzir *modificações* tanto no *direito material* – que haveria de ser satisfeito de uma só vez – quanto no direito *processual*, como se viu dos exemplos citados, dentre outros, a natureza jurídica do artigo 745-A do CPC é a de *negócio jurídico processual* com capacidade de outorgar *moratória judicial* ao devedor.

É *negócio jurídico*, reafirmo, porque o devedor comparece em juízo, assume uma postura – propositura do parcelamento – que é levada ao conhecimento da parte contrária (o credor), o qual aquiescerá ou não à pretensão, seguindo-se da *intervenção judicial*, deferindo, ou não, o pedido.

O negócio jurídico apenas se consolida se o pedido for deferido e se nele estiverem presentes todos os elementos que o integram, a saber, a manifestação do devedor, a aquiescência do credor (ou não) e a decisão judicial (que substituirá a vontade do credor, em caso de sua negativa, já que a característica preponderante da jurisdição é, exatamente, a *substitutividade* da vontade das partes, que se submetem à vontade estatal).

Embora imperfeito – porque o credor poderá manifestar-se pela negativa do parcelamento, com substituição de sua vontade pela do Estado-juiz, o negócio jurídico processual tem existência, com a presença

3 Exemplo de outros negócios jurídicos processuais: a desistência da ação (CPC, art. 267, VIII); a transação (CPC, art. 269, III) ou, ainda, a revogação do mandato conferido ao advogado (CPC, art. 44).

4 Conforme lição abalizada de Ana Cristina Lima e Silva, no artigo intitulado “A relevância da análise acerca da classificação dos atos processuais no Direito Brasileiro” “ato Jurídico Processual define-se como acontecimento previsto numa ou mais normas processuais como capaz de produzir o nascimento, a conservação, a modificação, a transferência ou a extinção da relação jurídica processual (nisto reside sua especialidade) *emanados das partes, dos agentes da jurisdição* ou mesmo de terceiros ligados ao processo. Tem-se como exemplo de ato processual o oferecimento de denúncia ou queixa (no processo penal) ou a petição inicial (no processo civil); como exemplo de Fato Processual: decurso de um prazo e o falecimento de uma das partes, tanto na esfera penal como na civil”. (Apud: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto348.rtf>).



de seus elementos integrativos, objetivando a produção de um efeito *ex lege*, a saber, o pagamento parcelado do débito, numa espécie de concessão de *moratória* ao devedor com prazo certo para se ultimar, que a lei confere ao devedor, presentes certas condições delineadas no mesmo dispositivo legal.

Observe-se que a moratória referida não irá consistir simplesmente na dilação do prazo para pagamento da obrigação, mas, em especial, em estabelecer o recebimento *parcelado* daquilo que haveria de ser pago de uma só vez pelo devedor ou através da *sub-rogação* que se opera no bojo da execução, mediante expropriação de bens e entrega do dinheiro ao credor.

Igualmente, esse negócio jurídico processual materializa-se através de um *incidente do processo*, com procedimento regulado no próprio artigo 745-A – e com aplicação do princípio do contraditório – destinado a permitir ao devedor o exercício de uma prerrogativa que a lei lhe confere de cumprir a obrigação por modo *menos oneroso*, regra que decorre do artigo 620 do CPC.

### 3 NORMA HETEROTÓPICA DESTINADA A IMPOR LIMITES À ATIVIDADE EXECUTIVA DO CREDOR

Sempre se soube que o credor tem a livre disposição da execução e pode desistir de toda ela ou de algumas medidas executivas, como está escrito desde o advento do CPC de 73, sem alterações, no artigo 569<sup>5</sup>.

O processo de execução é construído no benefício do credor, como instrumento jurídico apto a constranger o devedor a cumprir a obrigação estampada no título executivo, e que não foi cumprida no tempo, modo, lugar e forma devidos.

Todavia, se o processo de execução é preordenado à satisfação do direito do credor, estampado em título executivo, não menos certo é, também, que existem *limites políticos* para a execução, a qual deve obediência ao princípio do *menor sacrifício* possível, tal como está escrito no artigo 620 do CPC.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>6</sup>, a respeito desse dispositivo processual, expressa o pensamento de que “essa disposição representa o núcleo de um verdadeiro sistema de proteção ao executado contra os excessos, inspirado nos princípios da justiça e da equidade, sabendo-se que essa proteção constitui uma das linhas fundamentais da história da execução civil em sua generosa tendência à humanização”.

A evolução história do direito processual e em especial da execução nos mostra que o direito evoluiu para se admitir – felizmente – o princípio da *responsabilidade patrimonial*, regra hoje estampada no artigo 591<sup>7</sup> do CPC, e por isto mesmo a execução é dependente da existência de patrimônio do devedor – com seus bens presentes e futuros – para a satisfação do direito do credor.

Há, todavia, ainda assim, limites à própria responsabilidade patrimonial, como são os casos em que o Código trata da impenhorabilidade absoluta ou relativa, com vistas à assegurar a dignidade da pessoa do executado e de sua família, a despeito das obrigações por ele contraídas.

Lógico que não se pode chegar às raias de tornar a execução imprópria ao meio processual adequado para satisfação do direito do credor, e deve o processo de execução mostrar-se apto a assegurar ao credor o direito àquilo que ele tem direito de conseguir (na lição de Chiovenda), respeitando, contudo, os limites

5 Art. 569. O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas. **Parágrafo único.** Na desistência da execução, observar-se-á o seguinte: a) serão extintos os embargos que versarem apenas sobre questões processuais, pagando o credor as custas e os honorários advocatícios; b) nos demais casos, a extinção dependerá da concordância do embargante.

6 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Malheiros, vol. IV, 2004, p. 57.

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

políticos, éticos e morais que a efetividade da execução deve representar perante o devedor e seu patrimônio, notadamente por se implementar pela intervenção do Estado-Juiz.

Aliás, na exposição de motivos que trata das novas alterações do Código de Processo Civil, o Ministro Márcio Thomaz Bastos afirmou que “*a execução permanece o **calcanhar de Aquiles** do processo. Nada mais difícil, com frequência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito*”.

Daí a razão pela qual a regra do artigo 745-A do CPC insere-se, ao par da *moratória* concedida ao credor – acrescida do *plus de pagar em prazo certo* - em faculdade criada pelo legislador para que o devedor possa satisfazer a obrigação estampada no título executivo por um meio *menos oneroso*, o que liga esse dispositivo à expressão decorrente do artigo 620 do CPC, o qual tem a seguinte disposição:

Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que o faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Este negócio jurídico processual materializado por incidente do processo traduz, de forma muito clara, a existência de um *direito subjetivo do devedor* com vistas a proporcionar o cumprimento da obrigação por um meio menos oneroso do que seria aquele decorrente do natural prosseguimento da execução com atos de penhora e apropriação de bens de seu patrimônio, para integral satisfação do direito do credor.

Ver-se-á mais adiante, entretanto, que esse direito não é absoluto e está sujeito a pressupostos específicos de admissibilidade, que devem ser rigorosamente cumpridos pelo devedor.

Aliás, é exatamente em decorrência dessa natureza do artigo 745-A do CPC – do contraste entre o *direito subjetivo* do devedor e o direito do credor de obter *do processo de execução a efetividade* que dele se espera quanto à satisfação de seu direito material - que importantes consequências processuais vão surgir com uso da prerrogativa contida no mesmo dispositivo processual.

Apenas para exemplificar: se o credor penhorar dinheiro na conta-corrente do devedor, que abrange a totalidade do crédito, será que ainda assim poderá ele requerer o parcelamento? Qual será, afinal, o *limite* para que o devedor possa se utilizar dessa faculdade, em havendo bens penhoráveis e aptos à integral satisfação da execução, em benefício do credor?

Até que ponto a autonomia da vontade do credor poderá ser sacrificada, em detrimento do direito do devedor à menor onerosidade possível decorrente do processo de execução, sabido que o credor poderá querer suportar os ônus do *tempo* de duração do processo de execução?

São questões que surgem e que certamente irão freqüentar o dia-a-dia da lide forense, quando da incidência do artigo 745-A do CPC, urgindo, assim, que uma diretriz seja dada para que o instituto possa ter o efeito útil desejado pelo legislador, sem comprometimento, contudo, da efetividade do processo de execução e da eficácia dele, como instrumento apto à satisfação do direito do credor.

Dentro dessa perspectiva, parece-me que um primeiro sinalizador decorre da advertência de Alexandre Freitas Câmara<sup>8</sup>, no sentido de que “*é bom lembrar que nem todo devedor é desidioso, nem deve ser tratado como vilão. É certo que há devedores assim, mas estes maus elementos não podem ser considerados como parâmetro para definir todos os devedores. Há devedores que chegam à situação de inadimplemento que normalmente se identifica na execução em razão das “dolorosas vicissitudes da vida” (citando Marco Tullio Zanzucchi, lembrada por Dinamarco, Execução Civil, p. 308, nota 26), e é principalmente por causa destes devedores que se exige a observância do princípio aqui estudado, buscando-se um equilíbrio entre os interesses do exequente e do executado*”.

8 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, vol. II, p. 165.

O *núcleo* de proteção ao devedor descrita no artigo 620 do CPC e o *equilíbrio* na aplicação do artigo 745-A, para evitar *abusos* quer do credor, quer do devedor, são os elementos preponderantes que haverão de nortear o magistrado quando se deparar, no caso concreto, com a necessidade de deferir ou indeferir o pedido de parcelamento formulado pelo devedor.

#### 4 A CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO

Quando se examina o artigo 745-A do CPC a primeira indagação que vem à mente do intérprete é saber se a norma *é constitucional*, pelo fato de que estaria vedando, pelo exercício do direito, o co-relato direito de o devedor opor-se à execução por meio dos embargos, prática vedada pelo dispositivo, como se viu da redação acima transcrita.

Não tenho dúvidas de proclamar sua absoluta constitucionalidade.

Ocorre que a *vedação da oposição de embargos* decorre, exatamente, do exercício de uma *opção* deferida exclusivamente ao devedor de, citado e *no prazo* para os embargos, utilizar-se da regra da *menor onerosidade* e requerer o parcelamento (leia-se *negócio jurídico processual*) do débito exequendo, em até seis vezes (**na realidade, sete**: o pagamento inicial de 30% do débito e o saldo *em até* seis vezes).

Com a citação abre-se ao devedor a oportunidade de pagar de uma só vez no prazo de três dias (caso em que os honorários arbitrados inicialmente serão reduzidos – art. 652-A); opor embargos do devedor, no prazo de 15 dias, independentemente da penhora; quedar-se silente ou, então, exercer a opção do artigo 745-A, *no prazo que tem para embargar*, ou seja, também em 15 dias, independentemente de ter sido realizada, ou não, a penhora que, no modelo atual, não mais é condicionante dos embargos do devedor (v. art. 736<sup>9</sup>).

O Código, então, coloca à disposição do devedor, com o ato citatório, *caminhos* que levarão a *resultados diferentes*, dependendo da medida a ser por ele adotada.

Ora, quando exerce ele *uma das opções*, sabe das conseqüências jurídicas daí resultantes. Logo, quando exerce a *faculdade* de requerer a moratória, utiliza-se ele de uma prerrogativa que o artigo em comento, ao par do próprio art. 620 do CPC, lhe confere e, conseqüentemente, ao *requerer* o parcelamento, praticou um ato *incompatível* com a vontade de embargar, ao mesmo tempo em que praticou um ato processual que revela, de igual forma, a preclusão lógica.

Por outras palavras, o devedor, quando *requer* o parcelamento do débito, expressa de forma indubitosa que a pretensão executiva está fundada em título executivo cuja obrigação nele estampada é certa, líquida e exigível e da existência de sua responsabilidade quanto ao valor respectivo exigido pelo credor, de forma que, ao assim se expressar, na prática estará *confessando a existência da obrigação e seu respectivo valor*, o que torna impossível querer se opor à essa mesma obrigação por via de embargos do devedor.

Quando estampa no requerimento a pretensão de *parcelamento* do débito o devedor incide na preclusão lógica porque se no prazo para os embargos formula o pedido de parcelamento, praticou um ato totalmente incompatível com a *vontade* de embargar e nem mesmo se vier a opor - em rematado absurdo - os embargos ainda dentro dos 15 dias, poderão eles ser conhecidos.

Afinal, se pleiteou o parcelamento do débito, é sinal de que *reconhece sua existência e seu quantum*, bem assim como a legitimidade dele na pessoa do titular que exerce a pretensão executiva, donde redundar a impossibilidade de, por ato posterior, querer embargar (opor-se à) a execução.

<sup>9</sup> Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos. Parágrafo único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias (art. 544, § 1º, *in fine*) das peças processuais relevantes.

O Professor Ovídio A. Baptista da Silva<sup>10</sup> tem lição primorosa em se tratando da preclusão lógica, ensinando-nos o culto e saudoso mestre que o instituto se faz presente quando se constata a “*impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior*”.

Assim, a *conduta processual anterior* de requerer o parcelamento do débito, reconhecendo, portanto, sua importância e legitimidade, é *incompatível* com a vontade de embargar, *exceto* se reconhece ele *parte do débito* e sobre essa parte requer a realização do negócio jurídico processual, e exerce os embargos sobre o restante, por existência, por exemplo, de excesso de execução, o que será também adiante analisado.

Daí decorre, então, que o artigo 745-A não padece de qualquer vício de *inconstitucionalidade*, porque a disposição inserta na lei (parte final do § 2º do art. 745-A) não é **sanção** pelo exercício do direito de requerer o parcelamento, mas *consequência necessária* dele, pela *incompatibilidade* existente entre um ato e outro. Afinal, se o devedor reconhece o débito, pleiteando seu parcelamento, não há como se admitir *embargos* ulteriores, para se insurgir, exatamente, contra o próprio débito que precedentemente reconheceu como existente, em toda sua extensão.

Como a lei *defer* ao devedor a prerrogativa de escolher entre a via de embargar a execução e *cumprir* a obrigação, outorgou-lhe – podemos assim dizer – um *favor legal* de realização de um negócio jurídico processual, que não admitirá ulterior arrependimento; daí a vedação dos embargos do devedor;

Essa possibilidade, que decorre do exercício de um livre arbítrio do devedor torna o dispositivo constitucional, sendo que a impossibilidade de oposição dos embargos do devedor é antídoto do processo pela conduta imediatamente anterior, com ela incompatível, de *pleitear* o cumprimento *parcelado* de uma obrigação que sabidamente é, então, existente e consistente, em favor do credor.<sup>11</sup>

## 5 REQUISITOS PARA O PEDIDO DE PARCELAMENTO. PROCEDIMENTO

O artigo 745-A do CPC deixa poucas margens a dúvidas sobre o *procedimento* do pedido de parcelamento, mas existem algumas lacunas quando se refere aos requisitos para o exercício dessa pretensão por parte do devedor.

### 5.1 O pedido há de ser feito no prazo para embargos

A disposição da lei é clara, no sentido de que o devedor tem *o prazo para embargos* para se utilizar da prerrogativa prevista no artigo 745-A do CPC. Esse prazo é de 15 dias, agora independentemente da penhora, contados da *data da juntada aos autos do mandado de citação*, como preconiza o artigo 738<sup>12</sup> do CPC.

Observe-se que se o artigo 738 do CPC, também alterado pela Lei 11.382, de 06.12.06, trouxe regra específica para a execução, no sentido da contagem do prazo, não mais tem aplicação a regra geral que mandava contar o prazo a contar da juntada aos autos do último mandado de citação, que consta ainda do processo de conhecimento, mas que não mais se aplica à execução.

10 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, vol. 1, 2000, p. 209.

11 Há a defesa, na doutrina, da possibilidade da apresentação da ação autônoma de impugnação, ou seja, a lei teria vedado os *embargos* do devedor, mas não a ação autônoma ou mesmo as exceções ou objeções de pré-executividade, tema que abordarei adiante.

12 **Art. 738.** Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação.

§ 1º. Quando houver mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges.

§ 2º. Nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação.

§ 3º. Aos embargos do executado **não se aplica o disposto no art. 191 desta lei.**

Assim, o devedor deve estar atento, doravante, para as disposições dos §§ 1º a 3º do mesmo artigo 738, ou seja, se forem vários os devedores, o pedido de parcelamento haverá de ser feito dentro dos 15 dias contados da juntada do mandado de *sua respectiva citação* aos autos, devidamente cumprido, independentemente de outros que ainda haverão de ser citados, pessoalmente ou por edital.

A única exceção, na espécie, é em se tratando de *cônjuges*, porque o prazo, neste caso, conta-se da juntada aos autos do mandado de citação também do cônjuge, como excepciona a parte final do § 1º do artigo 738 do CPC.

Além disso, deve ser redobrada a *atenção* do devedor, em sendo vários os executados, para o fato de que *não mais se aplica o artigo 191 do CPC*, de sorte que não haverá, então, contagem do prazo *em dobro*, tanto para os embargos do devedor quanto, então, para o exercício da faculdade criada pelo artigo 745-A, pelo devedor que assim houver por bem em agir.

O prazo, assim, é simples, contado da data da juntada aos autos do mandado de sua respectiva citação, a ser exercido dentro de 15 (quinze) dias a partir daquela data, pena de incidir em preclusão temporal e o pedido não mais ser admitido, *a não ser que*, mesmo formulado fora do prazo, dele tomando conhecimento o credor delibere concordar com a proposta e aceitar realizar o negócio jurídico processual, quando então só caberá ao juiz homologar o mesmo negócio.

Afinal, a execução é realizada em proveito do credor e nada impede que este venha aceitar a realização do negócio processual, aquiescendo ao pedido de parcelamento, caso em que apenas caberá ao juiz homologar a pretensão acorde das partes.

## 5.2 O reconhecimento jurídico da existência do crédito, sua legitimidade e importância – necessidade de poderes especiais ao advogado

Além de ser formulado no prazo de 15 dias, o devedor haverá de trazer no bojo da petição respectiva o expresso *reconhecimento do crédito do exequente*.

O devedor só pode formular o pedido de parcelamento de que trata o dispositivo sob a condição de **reconhecer** o crédito do exequente, vale dizer, reconhecer como bom, firme, valioso e dentro dos limites respectivos, no que se refere ao aspecto *quantitativo* pleiteado pelo credor, o título executivo extrajudicial que instrumentaliza o pedido executivo.

Se assim não entender e objetivar discutir no todo ou em parte o crédito exequendo e o próprio título, deve abrir mão do direito que o artigo 745-A lhe confere e opor, nos 15 dias subsequentes à citação, seus embargos do devedor, não mais sujeitos, agora, à penhora, como se viu.

Esse ato importa, indubitavelmente, no mínimo, em *confissão* quanto à matéria de fato, não mais suscetível de ulterior discussão e por isto mesmo a vedação da oposição de ulteriores embargos do devedor.

Mais do que a simples *confissão* (que diz respeito aos fatos), o ato importa em *reconhecimento* de que o título executivo não padece de qualquer vício ou nulidade, passando-se situação idêntica àquela que ocorre no processo de conhecimento quando o réu reconhece a procedência do pedido e o juiz, por tal motivo, declara a resolução do mérito (art. 269, II).

Há então muito mais do que a mera confissão (art. 348<sup>13</sup> do CPC), e sim um expresso *reconhecimento* jurídico do pedido contido na inicial, não mais sendo possível manejar posteriormente embargos à execução para discussão, por exemplo, da legitimidade e importância do débito e até mesmo da *causa debendi* do título executivo que instrui a inicial.

<sup>13</sup> Art. 348. Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial



Essas questões ficam sepultadas e definitivamente dirimidas, porque irá se operar, no caso, o mesmo o mesmo efeito do reconhecimento do pedido, tal como descrito como *causa de resolução do processo*, quanto ao seu mérito, em se tratando de processo de conhecimento, como se infere do artigo 269, II, do CPC.<sup>14</sup>

Em se tratando reconhecimento de que o credor está munido de título executivo que ampara em sua integralidade a pretensão executiva, penso que o pedido só poderá ser admitido se a procuração outorgada pelo devedor ao seu advogado **contiver poderes expressos** para tal fim, o que decorre da leitura do artigo 38<sup>15</sup> do CPC.

É que esse *agir* processual refoge da habitualidade e da normalidade dos poderes da cláusula *ad juditia*, havendo necessidade, assim, de o pedido vir acompanhado com procuração com poderes indubitáveis para o reconhecimento.

Aliás, como o fato pode trazer desdobramentos no campo processual – o mais importante é a vedação de ulterior oposição de embargos – o advogado deve tomar as precauções devidas e formular o pedido do artigo 745-A somente se estiver devidamente autorizado pelo devedor e aqui fica essa recomendação aos causídicos, para não serem surpreendidos mais adiante, no futuro, com ações de indenização por parte de seus, então, *ex-clientes*.

Assim, a exigência da procuração com tal fim, inclusive, é resguardo de sua atuação profissional, para que não seja futuramente questionado pelo próprio cliente.

Nesse passo, recomenda-se que, particularmente, exija ele autorização do seu cliente para formular o requerimento de parcelamento, que evidentemente guardará consigo para forrar-se de futuros ataques do devedor, em relação à utilização dessa faculdade prevista no dispositivo sob enfoque.

Penso, assim, que o pedido só pode ser aceito se o advogado estiver postulando munido de procuração com poderes especiais para *confessar*, na medida em que o artigo 745-A exige o expresso *reconhecimento do crédito do exequente*.

Se dúvida houver quanto à necessidade de procuração com poderes especiais, lembro que o ato a ser praticado em nome da parte, pelo advogado, previsto neste artigo 745-A é muito mais do que a mera *confissão*, posto que esta se resume à verdade *dos fatos*, mas sim *reconhecimento* da validade do título executivo, de sua exequibilidade, sua higidez, sua boa origem, a boa-fé do credor, a cobrança sem excessos, enfim, envolve qualquer circunstância que poderia ser oposta pelo devedor contra a pretensão executiva, e por isto se assemelha, como afirmei, à regra do artigo 269, II, do processo de conhecimento (que, aliás, tem aplicação subsidiária à execução, no tanto que couber, como se vê do artigo 598 do diploma processual civil).

Sendo ato praticado em nome da parte, e para concluir esse tópico, lembro também que o artigo 349, § único, do CPC, estabelece que “a *confissão espontânea pode ser feita pela própria parte, ou por mandatário com poderes especiais*”.

Logo, os poderes especiais são necessários, podendo ser suprido pelo ato da parte de **comparecer e assinar** junto com o advogado – manifestando o seu de acordo (ele e esposa, se casado for), a petição que for apresentada pleiteando o parcelamento do débito, segundo o artigo 745-A do CPC.

14 Art. 269. Haverá resolução de mérito: I. II. Quando o réu reconhecer a procedência do pedido.

15 Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber a citação inicial, **confessar**, reconhecer a procedência do pedido, **transigir**, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso”.

### 5.3 Apresentação da memória do cálculo discriminado do débito reconhecido

Como o *caput* do artigo 745-A fala em *reconhecimento* do crédito do exequente e comprovação do depósito de 30% do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, faz-se necessário que o devedor apresente uma *memória discriminada do débito reconhecido*, partindo daquela memória de cálculo que o credor traz com a inicial em razão do artigo 614-II, do CPC.

Assim, o devedor haverá de, paralelo ao reconhecimento do crédito, também trazer ele próprio o valor estará depositando, acrescentando ao cálculo apresentado pelo credor (que veio com a inicial) a atualização monetária existente desde a propositura da ação até a data do pedido de parcelamento, computando-se os juros moratórios, à taxa legal, as custas e despesas processuais realizadas pelo credor até então, além dos honorários advocatícios.

Esses honorários haverão de ser aqueles fixados pelo juiz ao despachar a inicial, sem qualquer redução (art. 652-A) porque não está ocorrendo *pronto pagamento*, mas *proposta de pagamento parcelado*, de forma que aquela norma não incide.

Os honorários haverão de ser correspondentes, então, ao total do valor fixado pelo juiz *ab initio*, sem qualquer redução.

Se tiver ocorrido a contratação de *juros remuneratórios* do capital, bem assim como a *periodicidade* de sua capitalização, constante do título, haverá de ser respeitado também o que foi pactuado, sob pena de se realizar depósito incompleto.

Não se revela possível o devedor querer se valer da regra do artigo 745-A do CPC para depositar 30%, pedir o parcelamento do saldo e discutir, enquanto isso, os encargos contratuais, por ser ato totalmente incompatível com a vontade que deve ser manifestada pelo devedor como *condição* para o exercício da faculdade ali contida.

### 5.4 O depósito simultâneo ao requerimento de 30% do valor da execução e seus consectários

Pela mesma petição, na sequência, depois de *confessar o valor do débito*, reconhecendo sua procedência, e apresentar o cálculo atualizado do valor devido, o devedor há de dever, pela mesma petição e na mesma oportunidade, juntar o comprovante do depósito de 30% (trinta por cento) do valor da execução.

Esse depósito, a exemplo do preparo do recurso, deve preceder ao pedido de depósito, ou ser simultâneo a ele, e deve o comprovante respectivo acompanhar a petição, o que significa que, ao tempo da petição, o depósito já deverá ter sido feito.

Não é possível, assim, que o devedor compareça em juízo apenas para *reconhecer o débito*, e propor o envio dos autos ao contador do juízo para cálculo e ulterior depósito, tratando-se de medida procrastinatória que deve ser impedida pelo juiz, simplesmente indeferindo o pedido, de plano, por não se adequar ao que consta das disposições do artigo 745-A.

O valor a ser depositado corresponde a 30% da totalidade do débito, apurado segundo o procedimento previsto no tópico anterior, englobando custas, despesas, honorários, atualização do débito (correção monetária) e juros moratórios até então incidentes.

O saldo apresentado servirá de parâmetro para aferir o valor do depósito dos 30%, bem assim como para estabelecer o valor de cada parcela a ser paga nos meses subseqüentes (máximo de seis meses), com a incidência da correção monetária e juros moratórios, estabelecidos pela lei em 1% ao mês, atualizando-se as parcelas até o efetivo cumprimento integral da obrigação.

## 5.5 Ainda sobre o cálculo: escolha do indexador da correção monetária e percentual da taxa de juros

Uma questão que certamente demandará maior atividade do magistrado será a de fixar o *indexador* da correção monetária e, além disso, o percentual da taxa de juros.

Considerando-se que os juros são *moratórios*, e não os *remuneratórios*, a taxa haverá de ser a fixada na lei, ou seja, 1% (um por cento) ao mês, que corresponde, também, à taxa dos juros prevista no artigo 406 do Código Civil.

Se houver *juros remuneratórios convencionados* – desde que não abusivos e seja aceito pelo devedor – certamente que o credor já os fez incluir no cálculo, na forma do art. 614, II, do CPC, cabendo ao devedor promover a respectiva *atualização do valor devido* e existente *ao tempo do ajuizamento da execução*.

Se não houver convenção quanto à correção monetária, a meu modo deve se dar pelo IGPM-FGV, que é o indexador que – penso – melhor remunera o capital com base na variação econômica do período. Nesse sentido venho empregando o respectivo indexador para correção dos débitos, por exemplo, dos contratos bancários, de forma reiterada, o que ocorre de igual forma no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.<sup>16</sup>

## 5.6 Tempo do parcelamento e encargos

Finalmente, na petição do devedor, haverá ele de indicar *o tempo* do parcelamento do saldo devedor.

Note-se que o prazo é de **até seis parcelas mensais**, consequentemente sucessivas, em que as parcelas não haverão de ser iguais. Descontado o valor dos 30% depositados com o próprio pedido – e simultâneo a ele – o devedor propõe o número de parcelas, que poderão ser de **até seis** – não necessariamente seis – e sofrerão os reajustes previstos na norma sob enfoque, a saber: a correção monetária respectiva, e juros moratórios de 1% ao mês.

O valor apurado segundo a contagem do devedor (que atualiza o cálculo do credor e faz crescer os encargos antes referidos) – feito o desconto referido – será dividido pelo número de parcelas propostas pelo devedor e deverão ser pagas nas datas por ele também apresentadas – a primeira 30 dias depois **do pedido de parcelamento** (e não a contar da data do deferimento do pedido, pelo juiz, pelas razões que adianto explícito) .

Pode acontecer que pelo excesso de serviço o pedido não seja apreciado dentro desses 30 dias, de forma que ainda que não o seja, o devedor haverá de comparecer em juízo e requerer a juntada da **guia** do pagamento da primeira parcela (da segunda e seguintes) se for o caso, até que o pedido seja examinado pelo juiz.

O que não me parece correto é que o devedor requeira o parcelamento e *aguarde* que o juiz *defira* o pedido, porque tal pode demorar a ocorrer e mesmo havendo demora pelos mecanismos inerentes à estrutura e funcionamento deficitário do Poder Judiciário (ou do juízo).

Desde que se disponha a pagar na forma da faculdade que lhe confere o artigo 745-A do CPC, deve formular o requerimento, apresentar junto com ele o pagamento de 30% do débito atualizado naquela data, e dar continuidade aos pagamentos, mesmo que o juiz – por suposição – não examine a pretensão até o vencimento das parcelas seguintes.

O valor respectivo, na data do pagamento, será atualizado pelo indexador da correção monetária indicada no contrato existente entre as partes, ou inexistente este, pelo IGPM-FGV (em princípio, salvo se o

16 No STJ já se pronunciou que: “Por outro lado, não vislumbro motivo forte para que seja afastado o IGPM. Ora, é inquestionável o direito do autor à atualização monetária do valor das pensões que veio a pagar a sua ex-esposa mediante a utilização de algum índice que reflita, de modo adequado, a depreciação do poder liberatório da moeda. Os Tribunais têm admitido que, na preservação do poder aquisitivo de prestações não-tributárias, se utilize aqueles indexadores aferidos por instituições fidedignas, tais como são o INPC, o IGPM e o IPC. Desse modo, não há motivo para se desqualificar o IGPM como índice adequado para a recomposição da perda inflacionária. O IGPM é, inclusive, índice de correção monetária consagrado na Justiça Estadual e até utilizado como índice legal na atualização de determinados tributos municipais.” (REsp n. 812.465/RS, Primeira Turma Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 8.4.2008, DJe 29.5.2008).



juiz deliberar de forma diferente, ou se o devedor propor outro indexador, aceito pelo credor; ou proposto por ele, recusado pelo credor, mas deferido pelo juiz), e depositado com os acréscimos respectivos, sob pena de ser havido por insuficiente, e dar margem à incidência do § 2º do dispositivo.

### 5.7 Necessidade de prévia oitiva do credor

O parágrafo primeiro do artigo 745-A do CPC estabelece que a proposta haverá de ser *deferida pelo juiz*, caso em que o exequente levantará a quantia depositada, com suspensão dos atos executivos.

Acontece que a lei disse menos do que deveria ter dito ou previu menos do que deveria, com ofensa, a meu modo de ver – neste aspecto – ao devido processo legal.

Assim, a lei não fala, mas nem era necessário dizer, porque o preceito emerge da Constituição Federal, ou seja, antes de o juiz *deferir* – ou não – o pedido, haverá ele de **oportunizar a oitiva do credor**, consequência natural do princípio constitucional do *contraditório*, inerente ao devido processo legal.

Penso que mesmo em se tratando de caso flagrante de indeferimento – por exemplo, feito sem o depósito de 30% do preço, ou fora do prazo – o juiz deverá ouvir o credor, porque poderá ele optar por essa modalidade de recebimento do crédito, em detrimento dos demais atos processuais normais relativos à penhora e expropriação de bens, que pressupõe, exatamente, a existência de *bens penhoráveis*, sabidamente o *calcanhar de Aquiles* da execução.

Calha à lembrança aqui, que a responsabilidade é patrimonial, como consta do artigo 591 do CPC, de forma que o credor pode concordar em receber parceladamente, por saber que lhe será mais útil e vantajoso, do que prosseguir na execução sem que tenha como obter a segurança do juízo pela penhora, em razão da inexistência de bens penhoráveis.

Nesses casos vale o velho adágio de que “*mais vale um pássaro na mão do que dois voando*” ou de que “*mais vale um mau acordo do que uma boa demanda*”.

Receber parceladamente, na forma proposta pelo devedor, mesmo fora das regras do artigo 745-A, poderá ser para o credor melhor do que não receber ou despender mais tempo e dinheiro para tal fim (por exemplo, com penhora de bens em foro diverso da execução), de forma que é ele único senhor da prerrogativa de aceitar o acordo proposto, mesmo que tenha sido feito pelo devedor completamente fora da previsão do artigo 745-A do CPC, o que de resto já não era vedado pelo próprio sistema processual, que levava – como leva inclusive – à aplicação do artigo 158<sup>17</sup> do CPC.

Evidente que, quer seja pela aplicação das disposições próprias do artigo 745-A do CPC, quer pela incidência do artigo 158 do mesmo diploma processual, haverá a **extinção do direito processual de o devedor querer embargar**, se formular o pedido fora do prazo e o juiz indeferir de plano, ou se a parte concordar e o devedor deixar de cumprir o parcelamento proposto – quer porque haveria de qualquer forma reconhecimento da validade do título, que implica ato incompatível com a vontade de embargar, quer porque, de qualquer forma, ao querer depois embargar, certamente que o prazo para tanto já terá de há muito fluído.

Mesmo fluído o prazo, contudo, haverá uma consequência maior para o devedor, que não poderá depois propor *ação para desconstituição* do título executivo, ou para obter reconhecimento de seu excesso, porque praticou um ato que implicou não só na extinção do direito processual (direito aos embargos), mas de qualquer

<sup>17</sup> Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de **direitos processuais**.

outro posterior *direito processual* (como o de propor ação desconstitutiva do débito). Ou seja e em última análise: o uso da prerrogativa do artigo 745-A do CPC – e até mesmo a de propor o pagamento parcelado fora das situações descritas no mesmo dispositivo – carrega para o devedor a impossibilidade de querer discutir o título, a legitimidade do credor e sua importância, nos mesmos autos ou em outro processo, tornando indubitoso e absolutamente líquido, certo e exigível, o título executivo que instrui a inicial e o valor dele emergente.

É que, como mencionado acima, ocorreu ato que se equipara ao reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II, c/c art. 598 e 794-I) de sorte que ao devedor que formulou o pedido, posteriormente, não mais será possível discutir o débito, não só nos mesmos autos, como em qualquer outra ação.

Bem por isso que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, muito antes até da modificação legislativa aqui em análise, já vinha decidindo que “*a circunstância de o executado haver pago a dívida, aproveitando-se de abatimento autorizado em lei, não configura transação, mas reconhecimento da procedência do pedido*” (RSTJ, vol. 74, p. 336).

## 6 INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO DO PROCESSO, MAS DOS ATOS EXECUTIVOS

O Juiz, recebendo o pedido, como se disse, deverá mandar ouvir o credor, embora a lei assim não o diga, mas que decorre do natural direito ao contraditório, próprio da dialética que informa o processo.

Mas a lei diz que se a proposta for *deferida pelo juiz* **serão suspensos os atos executivos**. Observe-se que a suspensão é **dos atos executivos e não do processo, situações completamente diferentes**.

Assim, se ocorresse a suspensão do processo, uma vez apresentado o pedido de parcelamento, e em ocorrendo litisconsórcio passivo, os demais devedores não estariam obrigados a embargar.

Ocorre que na prática do processo civil, no dia-a-dia da lide forense, sabe-se que existe um hiato muito grande – em termos de tempo – entre o ato de **formular a proposta e obter o deferimento** pelo juiz, notadamente porque o credor haverá que ser primeiramente ouvido.

Não me parece lícito que o devedor que formule o pedido dentro do prazo, atendendo às condições contidas no dispositivo, deixe de ter direito à suspensão também **imediata** dos atos executivos – a realização da penhora – tão logo apresente a petição em juízo.

A meu modo de ver haverá suspensão dos atos executivos, ou seja, realização da penhora e outros que lhe são subseqüentes (avaliação e alienação) desde o pedido de parcelamento, até decisão do juiz, porque o grande volume de serviços forenses impede, na prática, que as petições sejam decididas pelo magistrado no mesmo dia em que são protocolizadas.

O ordinário, aliás, é que haja uma certa demora na apreciação do pedido de parcelamento e nesse período tanto o devedor que apresentou o pedido, quanto os seus litisconsortes passivos, não podem sofrer os atos de constrição que normalmente existiriam não fosse o pedido de parcelamento.

Observe-se que a suspensão é **dos atos executivos e não do processo**, como afirmei, de sorte que caso haja litisconsorte no polo passivo que tenha exceção pessoal a opor contra o credor comum, deverá apresentar seus embargos em 15 dias depois de citado, independentemente do pedido de parcelamento, porque os embargos, presentemente, não mais estão condicionados à prévia garantia do juízo (art. 738 do CPC).

## 7 VENCIMENTO ANTECIPADO DAS PARCELAS E PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO

O § 2º do art. 745-A dispõe sobre o prosseguimento do processo se ocorrer a falta de pagamento de qualquer das prestações objeto do parcelamento deferido em juízo, com *imediato início dos atos executivos*.

Essa disposição só vem reforçar o meu entendimento, exposto no item anterior (5.5.) no sentido de que o que se suspende são apenas os atos *executivos* e não o processo, o que reforça a idéia de que o co-devedor que não fez o pedido de parcelamento deve embargar no prazo de 15 dias contados de sua própria citação, a menos que resolva, também, aderir ao pedido do outro devedor, o que pode ser expresso ou tácito, não importando a quem caberá efetuar o pagamento do valor da respectiva parcela, no dia do seu vencimento.

Tanto assim é que o dispositivo agora analisado diz que haverá *prosseguimento do processo com imediato início dos atos executivos*.

Tal significa dizer que são todos os atos executivos que se reiniciam, ou seja, far-se-á a penhora, se ainda não feita; se já feita a penhora por ocasião do pedido de parcelamento, expede-se mandado de avaliação e na sequência praticam-se os atos de expropriação, não mais podendo a eles se opor o devedor que efetuou o pedido de parcelamento.

A única hipótese que poderá obstaculizar a marcha do processo, a partir do inadimplemento do devedor que fez o pedido de parcelamento e o descumpriu, será a do co-devedor que não exercitou essa prerrogativa, e que embargou no prazo (cujos embargos ficaram também suspensos), neles deduzindo uma **exceção pessoal** sua contra o credor, apta o suficiente a levar à sua exclusão da relação processual ou ao reconhecimento da inexistência do débito, no todo ou em parte, em relação a esse mesmo devedor, por motivos pessoais seus.

Nesse caso, caberá ao juiz decidir tais embargos primeiramente, se a penhora recaiu em bens de propriedade desse devedor e daí a interrupção da marcha procedimental executiva.

Se a penhora recaiu sobre bens do outro devedor, a execução prossegue normalmente e não haverá suspensão dela em razão dos embargos, os quais haverão de ser, todavia, decididos, porque poderá remanescer crédito que demandará o prosseguimento ulterior do processo de execução, com possibilidade de ser feita a penhora sobre bens desse devedor, razão pela qual seus embargos não perderam o objeto e devem ser apreciados quanto ao mérito, para se definir o direito *do credor* em face *desse devedor*, à vista do caso concreto e da espécie de obrigação estampada no título que lastreia a execução.

## 8 MANIFESTAÇÃO CONTRÁRIA DO CREDOR AO PEDIDO DE PARCELAMENTO. NATUREZA DO DIREITO DO DEVEDOR, UMA VEZ PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS

Se o devedor, no prazo previsto em lei, formula o pedido de parcelamento, depositando 30% do preço e se propõe a pagar o restante em até seis vezes, há, na hipótese, *direito líquido e certo* a obter o parcelamento, ou seja, o ato vincula o juiz, ou o credor, ouvido, poderá manifestar-se em contrário, dizendo, por exemplo, que o devedor é solvente, tem bens penhoráveis e, de igual forma, tem dinheiro em depósito bancário e patrimônio que viabilizam a execução, de sorte a levar ao indeferimento da pretensão por ele deduzida em juízo?

O artigo 745-A do CPC certamente não trata claramente da hipótese, mas dele deve se extrair o seu espírito, e parece-me que o dispositivo trouxe *direito subjetivo* para o devedor, que vincula a decisão judicial ao deferimento de sua pretensão, ainda que a ela se oponha, de forma muito veemente, o devedor.

O magistrado de Mato Grosso do Sul, JOSÉ ANDRADE NETO<sup>18</sup>, ao abordar essa temática sustenta

18 ANDRADE NETO, José. *Nova Execução de Títulos Extrajudiciais* – Breves comentários às principais alterações decorrentes da Lei 11.382/06. In Estudos sobre as Últimas Reformas

que “cada caso em particular poderá levar a uma ou outra decisão, ou seja, à possibilidade ou não de o parcelamento ser imposto ao exequente”.

O eminente professor HUMBERTO THEODORO JUNIOR<sup>19</sup> diz que “*não se afigura, in casu, um poder discricionário do juiz diante do pedido de parcelamento. Presentes os requisitos legais, é direito do executado obtê-lo. Ausente, contudo, algum desses requisitos, o requerimento haverá de ser indeferido*”.

Ou seja, para o emérito professor mineiro, uma vez formulado o pedido e estando ele dentro dos critérios contidos no artigo 745-A do CPC, deve ser imposto ao credor o parcelamento do débito, por decisão judicial que, então, seria simplesmente homologatória e vinculativa para o juiz.

Parece-me, contudo, que as razões do credor não devem ser de todas desconsideradas e o juiz deverá estar atento aos *fundamentos* pelos quais ele se contrapõe ao pedido.

Nesse ponto, parece-me muito apropriada a advertência de MIRNA CIANCI<sup>20</sup>, cujos ensinamentos não podem ser descartados, e caberá ao juiz averiguar sua incidência no caso concreto.

Diz-nos a professora:

A penhora prévia não será obrigatória para o pedido de parcelamento (e não há mesmo exigência expressa) e, caso já efetuada a esse tempo a penhora, será invalidada.

Todavia, em face das circunstâncias do caso, do vulto do crédito e das condições financeiras do executado, não será descabida a ordem judicial (*ex officio* ou a requerimento do credor) para que a segurança do juízo se aperfeiçoe antes do despacho do pedido de parcelamento.

Assim, **se o caso concreto o recomendar**, parece-me adequado aplicar esse entendimento, até como forma de impedir que o devedor obtenha, com o expediente, o esvaziamento da execução, pela superveniência de inexistência de bens penhoráveis, ou de transferência de dinheiro ou numerário existente em conta-corrente, suficiente para pagamento do débito em sua integralidade, sabido que, muito embora tal ato se constitua em fraude à execução, nem sempre se conseguirá retornar as coisas ao *statu quo ante*, de forma a garantir em sua plenitude a execução.

Logo, muito embora o juiz não esteja investido do poder de *indeferir* o pedido do devedor, se por este formulado cumprindo rigorosamente os requisitos do artigo 745-A do CPC, constituindo-se em direito subjetivo do devedor, em atenção ao princípio da razoabilidade e à vista das ponderações do credor no caso concreto, é possível que o juiz ordene, primeiramente, o aperfeiçoamento da penhora, antes de despachar o pedido de parcelamento, de sorte que a suspensão dos *atos executivos* subsequentes, tão-somente, é que estarão suspensos, durante o prazo concedido para que o devedor cumpra a obrigação, mediante depósito das demais parcelas do débito.

De igual forma é possível que *ao tempo* em que o pedido ingressou – dentro do prazo para embargos – a penhora já tenha sido realizada, e neste caso não caberá ao magistrado desconstituí-la. Ao revés, deverá mantê-la, para que haja garantia suficiente para a hipótese de o devedor não cumprir o parcelamento, o que poderá ser vislumbrado pelo magistrado, em face das alegações do credor, ao ser ouvido sobre o pedido do devedor.

de processo Civil. Coordenadores, MARCO ANTÔNIO RIBAS PISSURNO e FÁBIO NOGUEIRA DA COSTA. Campo Grande, MS: Editora Institutos de Estudos Jurídicos de Mato Grosso do Sul. IEJ-MS, 200, p. 405.

19 THEODORO JR, Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*. Lei 11.382, de 6 de Dezembro de 2006, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 219.

20 CIANCI, Mirna. *Comentários à Execução Civil*. Título Executivo Judicial e Extrajudicial (*artigo por artigo*), São Paulo: Saraiva, p. 378. Esse também o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, ob. Cit, p. 219.

## 9 O ART. 745-A E O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA (ART. 475-J)

A norma do artigo 745-A do CPC está inserida no Livro II, que trata do processo de execução por título extrajudicial.

O professor HUMBERTO THEODORO JR<sup>21</sup>, na obra já mencionada, diz que:

O que justifica a moratória do art. 745-A é a sua aplicação no início do processo de execução do título extrajudicial. Com o parcelamento legal busca-se abreviar, e não procrastinar, a satisfação do direito do credor que acaba de ingressar em juízo. O credor por título judicial *não está sujeito à ação executiva* nem tampouco corre o risco de ação de embargos. O cumprimento da sentença desenvolve-se sumariamente e pode atingir, em breve espaço de tempo, a expropriação do bem penhorado e a satisfação do valor da condenação.

Não há, pois, lugar para prazo de espera e parcelamento num quadro processual como esse.

Ouso divergir do eminente professor, à medida que vejo o instituto como um direito do devedor, tendo em vista os princípios já antes expostos, aplicáveis qualquer que seja a espécie de execução, seja ela de título executivo extrajudicial, seja decorrente de sentença condenatória, cuja execução se faz, diz o artigo 475-J, por *cumprimento* da sentença, mas que é, em última análise, verdadeiro procedimento executivo também.

É certo que o credor já passou por todo um tortuoso processo de conhecimento e, agora, quando do cumprimento, ainda vem o devedor querer obter o parcelamento do valor devido, mediante aplicação do artigo 745-A.

Todavia, o artigo 475-R do CPC, inserido no capítulo do cumprimento da sentença, estabelece que *aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial*.

Não quer me parecer, assim, que exista impedimento para o artigo 745-A do CPC na fase de cumprimento da sentença, de que tratam os artigos 475-J e seguintes do CPC, em especial porque o parcelamento proposto pelo devedor, no mais das vezes, pode ser extremamente benéfico para o credor, diante, por exemplo, da inexistência de bens penhoráveis.

O professor CÁSSIO SCARPINELLA BUENO<sup>22</sup> tem opinião contrária à do prof. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ensinando:

O artigo 745-A está a regular, em última análise, a incidência do *princípio da menor gravosidade da execução ao executado* e, por isto, a regra deve ser aplicada também para estes casos, nada havendo na *natureza do título executivo judicial* que afaste, por si, só, a sua incidência.

De mais a mais, o *tempo* necessário para a prática dos atos executivos, tenham eles fundamento em título executivo judicial ou extrajudicial, pode variar pelos mais diversos motivos, o principal deles o grau de solvabilidade do próprio executado e, por isso mesmo, a *alternativa criada pelo art. 745-A pode-se mostrar satisfatória* para o exequente.

Para que a regra, no ambiente da execução fundada em título judicial, alcance a desejada efetividade, é importante que o mandado de intimação da penhora a que se refere o § 1º do art. 475-J – a partir da qual se abre o prazo para que o executado apresente a sua “impugnação” ou a *moratória* aqui discutida – evidencie para ela a existência dessa alternativa.

21 THEODORO JÚNIOR, Humberto, ob. Cit, p. 217.

22 BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Volume 3. Tutela Jurisdicional Executiva. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 552.



Vejo, assim, possibilidade de aplicação do artigo 745-A ao cumprimento da sentença, mas algumas considerações outras devem ser feitas.

Por exemplo, se o devedor optar por se utilizar dessa faculdade, preclusa estará também a oportunidade de apresentar *impugnação* de que trata o artigo 475-L do CPC.

Além disso, exigindo o artigo 475-J que o devedor efetue o pagamento no prazo de 15 dias, para que *não incida* na pena de multa, o devedor, se quiser se livrar da multa – com as consequências processuais de não mais poder opor, em seguida, a *impugnação* – haverá de formular o seu pedido no prazo ali previsto, depositando imediatamente os 30% do preço e pleiteando o pagamento do saldo, parcelado em seis vezes, sem a multa.

Pode-se dizer – e haverá quem o sustente com propriedade – que a multa é *ex vi legis* se não efetuado o pagamento no prazo de 15 dias da intimação (que defendo continuar sendo pessoal do devedor) e, por isso, o devedor teria que depositar os 30% do preço e pleitear o pagamento do saldo parcelado, fazendo incluir no cálculo a multa.

Ocorre que o devedor está demonstrando que *quer pagar* e que *não tem condições de assim o fazer*, sem prejuízo do seu próprio sustento e o de sua família, caso em que, penso, a multa deva ser relevada, aplicando-se o artigo 620 do CPC, porque este é um *modo* menos gravoso para que o devedor cumpra voluntariamente sua obrigação, sem querer se opor ao cumprimento por via da *impugnação*, de que abrirá mão. Em compensação, não pagará a multa.

Evidentemente que se o credor demonstrar o contrário, entendendo que o devedor tem condições econômicas e financeiras para suportar a execução com penhora e expropriação de bens, que o juiz haverá de não admitir o parcelamento, porque a previsão do artigo 745-A do CPC é aplicável ao cumprimento da sentença *no que couber* (art. 475-R).

Outra solução que me parece bem plausível, é a de não ser admitida a multa do artigo 475-J do CPC quando do pedido de parcelamento, mas com retorno de sua incidência, pelo saldo restante, caso deixe de cumprir o parcelamento, funcionando essa multa, no caso, cumulativamente com a do artigo 745-A, § 2º, eis que ambas têm previsão legal e causas distintas. A do artigo 475-J porque o devedor se utilizou de um expediente para dilatar o pagamento do débito (uso do parcelamento, posteriormente descumprido, o que torna descumprida também a obrigação de pagar sem a multa ali prevista, que volta a incidir); a do artigo 745-A, § 2º, em face de sua natureza sancionatória.

## 10 O ARTIGO 745-A E O EXCESSO DE EXECUÇÃO

Constatado pelo devedor que existe *excesso de execução*, porque em desconformidade com o título executivo extrajudicial, não vejo qualquer impedimento para que o devedor se utilize do pedido de parcelamento da parte que entende **induidosa**, utilizando-se do art. 745-A do CPC.

Todavia, em caso tal, o devedor – para que não seja havido como tendo praticado *ato incompatível* com a vontade de embargar – deve deixar **bem claro** que estará comparecendo nos autos para se utilizar dos benefícios do artigo 745-A do CPC para pagamento tão-somente de uma parte do débito, apontando qual é exatamente o *quantum* que entende indiscutível e apontando, também, discriminadamente, onde está o *excesso*, a respeito do qual intentará seus embargos.

Afinal, se o credor se utiliza do processo de execução e *pede mais do que lhe era devido*, pratica um ato que é *contrário ao título* e, na realidade, *título não tem* sobre o que é excessivo – nula a execução, portanto – não podendo tal fato servir de óbice para que o devedor exercite o seu direito subjetivo em relação ao que reputa ser indiscutível, em conformidade com o título executivo.

A torpeza do credor – que pede mais do que lhe é devido, sem título executivo – assim, não serve de óbice ou parâmetro para que o devedor deixe de se utilizar do artigo 745-A em relação à parte incontroversa e discuta a parte *controversa* – correspondente ao excesso de execução – através dos respectivos embargos à execução.

A mesma regra vale, a meu modo de ver, para o cumprimento da sentença, eis que o devedor poderá se utilizar da regra do artigo 745-A quanto à parte incontroversa e impugnar o restante, correspondente ao excesso, na forma do artigo 475-L, inciso V, observado o seu § 2º.

Esse mesmo pensamento vale, também, para outras situações como, por exemplo, a ocorrência de *cúmulo indevido de execuções*, em que é possível também a utilização do artigo 745-A em relação à execução cujo débito o devedor expressamente reconhece existir.

## 11 NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS PRATICADOS PELO JUIZ E O RECURSO CABÍVEL

Sem me alongar sob o tema e remetendo o leitor para obra de minha autoria (Teoria Geral dos Recursos Cíveis, Editora Juarez de Oliveira, 2004), para cada ato praticado pelo juiz existe um recurso adequado, se bem que, presentemente, não é mais a *topologia* do ato que define o recurso cabível, mas sim o seu *conteúdo*, o que se extrai das modificações processadas no artigo 162, 267, 269 e 463 do CPC, pela mesma Lei 11.232/05.

Assim, quando o juiz *deferre ou indefere* o pedido de parcelamento, trata-se de decisão interlocutória (CPC, art. 162, § 2º) e, como tal, agravável, na modalidade instrumental (não cabe, no caso, o agravo retido – CPC, art. 522) por ser ato passível de ocasionar ao devedor lesão grave e de difícil reparação, na medida em que, como já afirmei precedentemente, tem ele direito ao parcelamento como instrumento político a lhe ocasionar menor onerosidade em face da execução movida pelo credor.

Caberá agravo de instrumento, também, se o juiz, contra a vontade do credor, deliberar **deferir o pedido**.

Embora não haja para o credor a lesão grave e de difícil reparação, está-se no processo de execução, em que as decisões são todas elas agraváveis na modalidade de instrumento, porque não haverá *sentença compondo ou resolvendo* o mérito do litígio. Na execução, a única sentença que advirá será uma daquelas previstas no artigo 794 do CPC, o que reafirma o entendimento – já consagrado de resto na doutrina – de que o recurso a ser manejado pela parte, antes dessa sentença, haverá de ser sempre o agravo de instrumento.

O que pode ocorrer, em situação de tal natureza, é que o credor entenda que os requisitos do artigo 745-A não estão presentes porque, por exemplo, o devedor pode pagar à vista, tanto que tem depósito de dinheiro em banco, tendo se insurgido contra o ato de deferimento do pedido, pelo juiz.

Em vista de sua irresignação, o recurso cabível será o agravo, também de instrumento, de nada adiantando, na hipótese o retido.

Nesse agravo certamente o credor irá querer demonstrar que o devedor tem condições para efetuar o pagamento e que o parcelamento lhe é oneroso (para o credor), pretendendo, por exemplo, a penhora imediata em dinheiro.

Outrossim, pelo cumprimento da obrigação estampada no pedido de parcelamento sobrevier extinção da obrigação, o juiz pronunciará a *sentença*, na forma do artigo 794-I do CPC e, em tese, cabe o recurso de apelação.



Falo *em tese* porque dificilmente haverá *interesse processual recursal*, se o pagamento ocorreu na forma prevista pelo artigo 745-A do CPC, esvaziando a pretensão do credor de recorrer, a menos que haja alguma questão pendente, como, por exemplo, não ter o devedor pago no prazo, ou sem os juros ou correção devidas.

## 12 A EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA CERTA OU INCERTA, FAZER E NÃO-FAZER

Não vejo óbice à incidência do artigo 745-A do CPC quando se tratar de execução diferente de pagamento em quantia certa.

A leitura do referido dispositivo leva ao entendimento, em princípio, de incidir apenas na execução por quantia certa.

Não penso assim, contudo, porque o dispositivo pode ter plena aplicação também na execução de coisa incerta, desde que o bem seja passível de entrega fracionada ou parcelada, ou seja, que não seja bem único.

Por exemplo, na entrega de coisa incerta, o exequente é credor da entrega de 2.000 sacas de milho; ou de 1.000 arrobas de boi gordo; ou até mesmo de 100 bezerros, anelados, pelagem branca, de seis meses a um ano; ou vaca de 3 anos, enfim, em um sem-número de situações que permite a execução para entrega de coisa incerta.

Se o devedor não é detentor da quantidade imediata da coisa a ser entregue, quando citado, nada impede que venha a juízo e peça o parcelamento do artigo 745-A, depositando – ou entregando, ou deixando de imediato à disposição do credor, em local marcado – 30% da coisa a ser entregue (por exemplo, das 2.000 sacas de soja entrega de imediato 600 sacas e se disponha a entregar as 1.400 restantes em seis meses, a saber, 233,33 sacas mensais ou outro número que resolver expressar, mais num mês, menos no outro, dentro do prazo de seis meses), acrescido dos encargos cobrados. A mesma sorte seguirá o valor *em dinheiro* correspondente aos honorários advocatícios, que serão depositados *em espécie* na mesma forma, podendo até ocorrer que, quanto a este, pague de imediato o valor correspondente.

Só não incidirá na obrigação de entrega de coisa *incerta*, se o bem a ser entregue *não pode ser fracionado*, por exemplo, um veículo, um só animal, uma casa, um determinado imóvel que não admita divisão.

Na execução de obrigação de fazer, desde que haja aproveitamento para o credor em que seja executada dentro do prazo previsto no artigo 745-A do CPC, nada impede, a meu modo de ver também, que seja aplicado o dispositivo, sendo que, aqui, o devedor haverá que ter executado (ou desfeito) 30% da coisa a ser feita (ou desfeita), dentro do prazo dos embargos.

## 13 O ARTIGO 745-A e a EXECUÇÃO FISCAL

A questão remanescente pendente de exame é determinar se o artigo 745-A se aplica à execução fiscal.

Aqui também não vejo incompatibilidade com o procedimento na execução fiscal, na medida em que não há qualquer vedação para que haja restrição na aplicação do dispositivo, esteja a execução fundada, ou não, em dívida tributária.

Acontece que o artigo 745-A, como vem sendo estudado, implica em negócio jurídico processual em que se concede, tão-somente, uma *moratória* para que o devedor efetue o pagamento do débito, acrescido com juros de mora de 1% ao mês e a correção monetária, de sorte que não haverá prejuízo para o erário no caso de o devedor pretender pagar o débito por esta nova modalidade.

O que não se fará, tão-somente, será a prática dos *atos executivos* – com todas as observações feitas ao longo deste estudo – mas, de qualquer forma, o credor também estará recebendo o seu crédito, na integralidade e, mais do que isso ainda, com a possibilidade até de ocorrer *aumento* no valor devido, em razão da multa a que se submeterá o devedor caso deixe de honrar com o compromisso assumido, *ex vi* do § 2º do artigo 745-A.

É de se ver que o artigo 155 do Código Tributário Nacional permite a *concessão de moratória em caráter individual* (e o artigo 745-A do CPC é dispositivo que implica, exatamente, em *moratória* do devedor, ou seja, individualmente), enquanto que o artigo 155-A do referido Código Tributário Nacional permite a concessão de *parcelamento* ao devedor *na forma e condições estabelecidas em lei específica*.

Ora, a partir do instante em que se verifica que na execução fiscal não há exclusão das multas previstas e dos juros incidentes até a data da propositura da ação (e a multa integra o título executivo, para fins de se estabelecer o valor devido), parece-me que efetivamente não existe qualquer impediente para que *na execução fiscal* compareça o devedor querendo se utilizar das prerrogativas que o artigo 745-A do CPC, aplicável subsidiariamente, lhe confere.

Veja-se, outrossim, que o artigo 155-A<sup>23</sup>, § 4º, do Código Tributário Nacional, estabelece que “*a inexistência de lei específica a que se refere o § 3º deste artigo – que remete ao parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial – importara na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica*”.

Logo, se há disposição no CTN – que tem força de lei complementar – permitindo a *moratória* e consequente *parcelamento* do débito tributário, em especial quando se trata de devedor que se encontra em *recuperação judicial*, torna-se possível que o artigo 745-A do CPC incida em sua integralidade, no bojo do procedimento executivo regulado pela Lei de Execução Fiscal, como norma subsidiária a orientar o magistrado quando o devedor quiser se utilizar do benefício ali previsto.

É do meu entendimento, ainda, que se o devedor, citado, comparece *dentro do prazo que tem para embargar* a execução fiscal, e pleitear o pagamento parcelado do débito, cumprindo com as exigências ali contidas, será possível que o juiz, *à vista do caso concreto*, deixe de aplicar o artigo **185-A**<sup>24</sup> do Código Tributário Nacional, ou seja, deixe de determinar a *indisponibilidade dos bens e direitos* do devedor, exceto se houver fundada dúvida ou suspeita de que o devedor se utiliza do expediente para buscar fim ilícito, o que será aferido no caso concreto, até mesmo porque o exequente haverá de ser instado a se manifestar sobre a pretensão.

De qualquer sorte, se o devedor se utilizar da figura do artigo 745-A do CPC, uma coisa é certa: perde também o direito aos embargos do devedor que, nos termos da lei 6.830/80 é apresentado no prazo de 30 dias da intimação da penhora ou das outras situações descritas no artigo 16<sup>25</sup> da referida lei.

Exatamente porque o prazo para embargos *difere* do prazo previsto no CPC (que atualmente é de 15 dias independentemente da penhora), enquanto que na execução fiscal os embargos *dependem* da prévia realização da penhora (cf. art. 16, § 1º), não me parece ser lícito, também, que o devedor formule o pedido de parcelamento *depois que a penhora foi realizada* e quando tem início o prazo para embargos, mas sim **dentro do prazo que tem para efetuar o pagamento** ou garantir a execução, que é de 05 (cinco) dias, contados **da citação**, como consta do artigo 8º da Lei 6.830/80.

23 CTN. Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condições estabelecidas em lei específica.

§ 1º. Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas.

§ 2º. Aplicam-se, **subsidiariamente**, ao parcelamento as disposições desta lei, relativas à moratória.

§ 3º. **Lei específica** disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

§ 4º. A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo imporá na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo do parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica.

24 CTN – Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

25 Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: I – do depósito; II – da juntada da prova da fiança bancária; III – da intimação da penhora.

§ 1º. Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

Penso que esta deva ser a solução porque, em primeiro lugar, a lei de execução fiscal não tem disciplina própria para o parcelamento do débito tributário – que consta do CTN, art. 151-VI, ato que implica na *suspensão da exigibilidade do crédito tributário*<sup>26</sup>, mas sem especificação quando tal ocorrer no bojo da execução já aparelhada.

Em segundo lugar, em face de disposição expressa na Lei 6.830/80, que não trabalha com a hipótese de moratória, o artigo 745-A do CPC se aplica, pois, por *analogia*, e de forma *subsidiária*, no tanto, então, que for **compatível** com o procedimento executivo especial, **dentro** da ótica de início exposta, que a execução – qualquer que seja ela – deva se fazer pelo modo menos gravoso para o devedor.

Portanto, inexistindo *norma específica na execução regulada pela Lei 6.830/80* e se aplicando o artigo 745-A *subsidiariamente*, diante da incompatibilidade não só com o *prazo* mas também quanto às *condições* para oposição dos embargos do devedor (garantia do juízo como *pressuposto* na execução fiscal e inexistência desse requisito na execução comum regulada pelo CPC), parece-me que se o devedor deseja obter a aplicação daquele dispositivo processual civil, deve formular seu requerimento, com os requisitos nele presentes, dentro do *prazo para pagamento do débito*, a saber, cinco dias depois de citado, exatamente porque o devedor, quando irá se utilizar de tal artifício, assim o fará exatamente para **evitar a penhora** ou, pior do que isto, as sanções do já referido artigo 185-A do CTN.

Lógico que nada impede que o devedor postule pelo parcelamento dentro do prazo para embargos da execução fiscal, mas neste caso – além de ser previamente ouvido o credor – a garantia, já existente, remanescerá, até que ocorra o efetivo pagamento das parcelas do preço parcelado, com todos os seus acréscimos.

<sup>26</sup> Vale dizer, então, feito *antes da propositura da respectiva execução* porque, uma vez proposto o *parcelamento* há suspensão da exigibilidade do crédito tributário e sem a exigibilidade não se afigura possível a execução, pela ausência de requisito específico para tanto (CPC, art. 580, 586 e 618-I, do CPC).

## 14 REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- ANDRADE NETO, José. Nova Execução de Títulos Extrajudiciais: breves comentários às principais alterações decorrentes da Lei 11.382/06. In: PISSURNO, Marco Antônio Ribas; COSTA, Fábio Nogueira da (Orgs.). **Estudos sobre as Últimas Reformas de processo Civil**. Campo Grande: IEJ-MS, 2007.
- ARMELIN, Donaldo et al. **Comentários à Execução Civil. Título Judicial e Extrajudicial (artigo por artigo)**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ALVIM, J. E. CARREIRA; CABRAL, Luciana G. Carreira Alvim. **Nova Execução de Títulos Extrajudicial: comentários à Lei 11.382/06**. Curitiba: Juruá, 2007.
- BARROS, Marcela Menezes. A Arbitragem no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **FMU**. São Paulo, 2006. Disponível em: <[http://fmu.br/site/graduacao/direito/tcc/2006\\_arbitragem\\_ordenamento\\_mmmmba.pdf](http://fmu.br/site/graduacao/direito/tcc/2006_arbitragem_ordenamento_mmmmba.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2009.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. v. 3.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Florianópolis: Podium, 2008. 2 v.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 4.
- FUX, Luiz. **O novo processo de Execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo**. 4. ed. Barueri: Manole, [2005?].
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Processo civil moderno, 3).
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto. **Código de Processo Civil e legislação em vigor**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PAVAN, Dorival Renato. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- PAVAN, Dorival Renato. **Comentários às Leis ns. 11.187 e 11.232, de 2005, e 11.382, de 2006**. 2. ed. Campo Grande: Pillares, 2007.

SILVA, Ana Cristina Lima e. A relevância da análise acerca da classificação dos atos processuais no Direito Brasileiro. **Mundo Jurídico**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto348.rtf>>. Acesso em: 23 out. 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, [2008].

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 209 p. v.1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Reforma da Execução do Título Extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



**Apelação Cível n. 2008.022492-7 - Campo Grande**  
**Quarta Turma Cível**  
**Relator Des. Atapoã da Costa Feliz**

E M E N T A - APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – QUEDA DE CICLISTA IDOSO EM BURACO NA VIA PÚBLICA – MORTE – TRAUMATISMO CRÂNIO-ENCEFÁLICO – NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – CONSERVAÇÃO DAS RUAS – DANO MORAL DEVIDO – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO – PENSÃO MENSAL FIXADA EM UM SALÁRIO MÍNIMO – AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À RENDA DA VÍTIMA – RECURSO PROVIDO.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Maria de Andrade Alves recorre da sentença proferida nos autos de Indenização por Danos Morais ajuizada em face do Município de Campo Grande.

A sentença consiste na improcedência do pedido tendo em vista a ausência de prova de que a morte do cônjuge da recorrida foi em decorrência da queda em um buraco situado na Avenida Filomena II do Nascimento.

A recorrente pede a reforma da sentença sob a alegação de que há responsabilidade objetiva do Município quanto à morte de seu cônjuge, pois a Administração tem o dever de prestar a manutenção das vias públicas.

## **VOTO**

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

Maria de Andrade Alves recorre da sentença proferida nos autos de Indenização por Danos Morais ajuizada em face do Município de Campo Grande, consistente na improcedência do pedido.



Consta dos autos que o marido da recorrente, aposentado por invalidez, circulava de bicicleta pela Av. Filomena II do Nascimento, quando, ao passar por uma cratera no asfalto, caiu e sofreu traumatismo craniano, o que o levou a óbito.

A recorrente, então, inconformada com a morte de seu marido, ajuizou ação de indenização por danos morais contra o Município, atribuindo ao ente público a responsabilidade pelo acontecimento.

Na sentença, julgou-se improcedente o pedido sob o argumento de que a recorrente não fez prova da relação do evento danoso com o buraco existente na via pública.

Irresignada, a apelante interpõe recurso para reforma do decisum sob a alegação de que há responsabilidade objetiva do Município quanto à morte de seu cônjuge, pois a Administração tem o dever de prestar a manutenção das vias públicas.

Analisando-se os autos, verifica-se que razão assiste à apelante.

O Eminentíssimo magistrado, ao julgar improcedente a demanda, disse o seguinte:

Ocorre que a autora, em momento algum, fez comprovação de que o óbito se deu em virtude da queda no buraco existente na via pública. O único documento em que relata esse provável nexó é o de f. 21, que não pode ser considerado como prova já que se trata de declaração da filha da vítima, que poderia ter alegado qualquer coisa [...]

Ora, não poderia o juiz ter desconsiderado a declaração da filha da vítima de forma que apenas por se tratar de filha do de cujus sua versão não possuiria nenhuma credibilidade.

Ademais, o fato é que existem nos autos outros documentos capazes de comprovar o nexó causal, bem como de atribuir a responsabilidade do acontecimento ao Município.

À f. 20, encontra-se a Certidão de Ocorrência n. 113/CMB/2005, emitida pelo Tenente do Comando Metropolitano de Bombeiros Vanderlei Coelho Pereira e assinada pelo Coronel Arquimedes Leite de Andrade Sobrinho, em que atestam que os bombeiros foram acionados para atender a uma queda de bicicleta na Avenida Filomena II do Nascimento e a vítima era o marido da recorrente.

A certidão de óbito (f. 22) menciona que a causa da morte, ocorrida em 25 de fevereiro de 2005, um dia após o acidente, foi traumatismo crânio-encefálico em razão de ação contundente.

As fotografias acostadas à f. 27 também são aptas a demonstrar a existência do buraco, que possui diâmetro significativo e estava coberto com água, o que torna muito mais perigoso a travessia pelo local.

Assim, verifica-se que há nos autos provas suficientes de que a morte do marido da recorrente aconteceu na data e no local especificado por ela na petição inicial, e foi decorrência da queda sofrida no buraco na Avenida mencionada.

Equivocou-se, portanto, o eminente juiz, ao considerar que apenas a declaração feita pela filha da vítima (f. 21) comprovaria o nexó causal, pois a certidão de ocorrência emitida pelo Corpo de Bombeiros (f. 20), bem como a certidão de óbito e as fotografias (f. 22 e 27) são aptas a demonstrar a ocorrência e veracidade do acidente, conforme mencionado na petição inicial.

Considerando que o art. 37, § 6º, da CF consagra a responsabilidade objetiva do Estado, na qual basta a demonstração do nexó de causalidade existente entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pela vítima, somando-se ao fato de que no caso restou comprovada a culpa do Município requerido pelo acidente que vitimou o marido da recorrente, resta incontroversa a necessidade de reparar o dano.

E após ficar comprovada a responsabilidade do Município pelo acidente, deve-se analisar o valor da indenização.

Com relação aos danos morais, sabe-se que a indenização não tem cunho patrimonial, não visa ao reembolso de eventual despesa, ao contrário, tem relação com os direitos da personalidade, e no caso de morte origina-se da dor, do trauma e do sofrimento.

Destarte, não pode a condenação ser tão alta a ponto de servir como enriquecimento sem causa da beneficiária ou exagerada ao condenado nem tão baixa de modo a não significar nada à beneficiária e ainda servir de incentivo ao condenado para a reiteração de atos congêneres.

Enfim, a indenização por dano moral tem como características básicas: a penalidade do civilmente responsável e a tentativa de minimização da dor que, a princípio, não tem preço.

Sendo assim, levando-se em consideração os critérios acima especificados, mostra-se razoável a fixação em 100 salários-mínimos para a viúva.

Quanto à data da incidência dos juros e da correção monetária, esta Quarta Turma entende serem devidos a partir da data em que a sentença foi proferida, *in verbis*:

DANO MORAL – TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. Na indenização por dano moral, o termo inicial dos juros moratórios e da correção monetária é a data em que o valor foi fixado, portanto, a data da sentença ou julgamento, quando o juiz, utilizando-se dos critérios legais, fixa o seu valor. (AC n. 2006.007841-0, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 15.8.06).

Como a sentença está sendo reformada pelo acórdão, o termo inicial dos juros e da correção monetária deverá ser o da publicação do acórdão.

Por fim, com relação ao pedido de pensão mensal, no valor de três salários-mínimos, não há prova nos autos de que a remuneração da vítima do acidente se dava nesta quantia.

Ademais, na própria petição inicial o valor atribuído aos ganhos é de R\$ 520,00, todavia não há prova nenhuma sobre esse valor.

Assim, inexistindo comprovação da renda mensal auferida pela vítima, o melhor a fazer é adotar o salário-mínimo para o arbitramento da pensão, por ser o menor valor considerado para o atendimento das necessidades básicas da mulher do de cujus.

Nesse sentido:

APELO DA AUTORA – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DA PENSÃO MENSAL VITALÍCIA – ARBITRAMENTO EM 1 SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE – AUSÊNCIA DE PROVAS DO QUANTUM PERCEBIDO PELA VÍTIMA - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A diferença da pensão mensal pleiteada pela requerente, ora apelante, não pode ser deferida, por se tratar de receita que não restou devidamente comprovada nos autos, motivo pelo qual se conclui pelo acerto da decisão objurgada em que estabeleceu em um salário mínimo vigente a pensão mensal. (TJMS, AC n. 2007.023841-1, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, DJ 15.4.08).

Posto isso, dá-se provimento ao recurso para reformar a sentença e condenar o Município recorrido ao pagamento, para a recorrente, de 100 salários-mínimos, referentes ao dano moral, com a incidência de correção monetária e juros de mora a partir da publicação do acórdão, e pensão mensal de 1 salário-mínimo, referente ao dano material.

## 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. Rêmoló Letteriello.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Atapoã da Costa Feliz, Paschoal Carmello Leandro e Rêmoló Letteriello.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.022851-6 - Campo Grande**  
**Quarta Turma Cível**  
**Relator Des. Atapoã da Costa Feliz**

E M E N T A - APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – ECAD – LEGITIMIDADE ATIVA INDEPENDENTE DA PROVA DA FILIAÇÃO OU AUTORIZAÇÃO DOS COMPOSITORES – PRECEDENTES DO STJ – DIREITOS AUTORAIS – CAPTAÇÃO DE MÚSICA COM AMBIENTAÇÃO POR MEIO DE SONORIZAÇÃO MECÂNICA – ACADEMIA DE GINÁSTICA – LOCAL PÚBLICO – LUCRO INDIRETO – CONTRIBUIÇÃO DEVIDA – LEI N. 9.610/98 – JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO.

### **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

### **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Fitness Academia de Ginástica Ltda. recorre da sentença proferida na ação de cobrança ajuizada pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD.

A sentença consiste na procedência em parte do pedido para condenar a recorrente ao pagamento das contribuições relativas aos direitos autorais a partir de 6.12.03, acrescidos de correção monetária e juros de mora a contar de cada vencimento, além de proibi-la de executar músicas em suas instalações sem prévia autorização do ECAD.

Argúi a apelante em preliminar a ilegitimidade ativa do ECAD, pois não houve comprovação de quais artistas representa nem sequer quais obras foram reproduzidas.

Alega que, por se tratar de um academia de ginástica, a reprodução musical em sua sede não é atividade fim, não objetiva auferir lucro, razão pela qual é indevida a cobrança da referida contribuição.

Sustenta ainda que os juros de mora são devidos a partir da citação, e não a partir do vencimento da obrigação.

Contra-razões pela manutenção da sentença.

**VOTO**

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

Fitness Academia de Ginástica Ltda. recorre da sentença proferida na ação de cobrança ajuizada pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD.

A sentença consiste na procedência em parte do pedido para condenar a recorrente ao pagamento das contribuições relativas aos direitos autorais a partir de 6.12.03, acrescidos a de correção monetária e juros de mora a contar de cada vencimento, além de proibi-la de executar músicas em suas instalações sem prévia autorização do ECAD.

Argui em preliminar a ilegitimidade ativa do ECAD, pois não houve comprovação de quais artistas representa nem sequer quais obras foram reproduzidas.

Contudo não lhe assiste razão.

Isso porque a desnecessidade de filiação ou autorização para configurar a legitimidade ativa do ECAD para efetivar a cobrança de direitos autorais já se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que a cobrança condicionada à filiação inviabiliza o exercício previsto na Lei n. 5.988/73. *In verbis*:

Direito autoral. Aparelhos de rádio e de televisão nos quartos de motel. Comprovação da filiação. Legitimidade do ECAD. Súmula n. 63 da Corte. Lei n. 9.610, de 19.2.98.

1. A Corte já assentou não ser necessária a comprovação da filiação dos autores para que o ECAD faça a cobrança dos direitos autorais. (REsp n. 556340/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgamento em 9.6.04)

Nesse mesmo sentido foi julgado caso análogo por esta Turma:

ACÇÃO DE COBRANÇA – ECAD – LEGITIMIDADE ATIVA INDEPENDENTE DA PROVA DA FILIAÇÃO OU AUTORIZAÇÃO DOS COMPOSITORES – PRECEDENTES DO STJ. (Apelação n.2005.005103-3, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado 21.8.07).

Afastada a preliminar, passa-se ao mérito.

Alega que, por se tratar de um academia de ginástica, a reprodução musical em sua sede não é atividade fim, não objetiva auferir lucro, razão pela qual é indevida a cobrança da referida contribuição.

Contudo, percebe-se que se encontra determinado no *caput* e no § 3.º do art. 68 da Lei n. 9.610/98 os casos em que são devidos os direitos autorais e o que pode ser considerado como local público:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

[...]

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a esse respeito. Senão vejamos:

CIVIL. DIREITO AUTORAL. COBRANÇA. ECAD. LEGITIMIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. CAPTAÇÃO DE MÚSICA COM AMBIENTAÇÃO POR MEIO DE SONORIZAÇÃO MECÂNICA. BAR/RESTAURANTE E ACADEMIA DE GINÁSTICA. LUCRO INDIRETO. SÚMULA 63-STJ. LEI N. 5.988/73.

[...]

II. A captação de música em rádio e a sua divulgação através de sonorização ambiental em estabelecimentos comerciais que dela se utilizam como elemento coadjuvante na atração de clientela, constitui hipótese de incidência de direitos autorais, nos termos do art. 73 da Lei n. 5.988/73.

III. São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais- Súmula n. 63-STJ[...] (REsp n. 111.105/PR, Quarta Turma. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 21.11.02, DJ 10.2.03, p. 211).

Nesse mesmo sentido é o entendimento dos nossos Tribunais:

ECAD – DIREITOS AUTORAIS – LEGITIMIDADE ATIVA – MÚSICA AMBIENTE – ACADEMIA DE GINÁSTICA – RECOLHIMENTO DEVIDO – PROVA TESTEMUNHAL – DESNECESSIDADE.

Tendo o estabelecimento comercial instalado condições receptora e transmissora de música ambiente, resulta desse expediente finalidade angariadora de clientes, objetivando lucro indireto, de forma que deve haver o recolhimento dos direitos autorais.

É da competência do ECAD, como substituto processual, promover ação de cobrança de direitos autorais em virtude de retransmissão de composições musicais, tendo-se por desnecessária a prova de filiação e da autorização do titular dos direitos reivindicados. (TAMG, AP 0413556-0 – (92178), Sexta Câmara Cível, Belo Horizonte, Relª Juíza Heloísa Combat, julgado em 11.12.03).

Nesses termos, há obrigação do recorrente em recolher o valor dos direitos autorais descritos na sentença.

Sustenta também que os juros de mora são devidos a partir da citação, e não a partir do vencimento da obrigação.

Nesse tópico, assiste razão à recorrente.

Isso porque é o entendimento desta Turma que os juros de mora devem incidir a partir da citação válida do devedor.

Ademais, em caso de cobrança pela contribuição de direitos autorais, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no mesmo sentido, o que se verifica no resumo estruturado do Recurso Especial n. 791.630/RJ. *In verbis*:

CABIMENTO, ECAD, COBRANÇA, DIREITO AUTORAL/HIPÓTESE, INSTALAÇÃO, APARELHO DE TELEVISÃO, INTERIOR, ESTABELECIMENTO DE SAÚDE, APÓS, INÍCIO, VIGÊNCIA, LEI NOVA, LEI FEDERAL, 1998/OCORRÊNCIA, TRANSMISSÃO, ÂMBITO, LOCAL ABERTO AO PÚBLICO; IRRELEVÂNCIA, ALEGAÇÃO, INEXISTÊNCIA, OBJETIVO, LUCRO; APLICAÇÃO, ENTENDIMENTO, STJ, REFERÊNCIA, DISPONIBILIDADE, APARELHO DE TELEVISÃO, INTERIOR, HOTEL, OU, MOTEL. NECESSIDADE, ECAD, CÁLCULO, VALOR, COBRANÇA, DIREITO AUTORAL, CONSIDERAÇÃO, MÉDIA, UTILIZAÇÃO, SERVIÇO, APURAÇÃO, ÂMBITO, LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO, COM, INCIDÊNCIA, JUROS, A PARTIR, CITAÇÃO, E, CORREÇÃO MONETÁRIA, A PARTIR, DATA, EXIGIBILIDADE, PAGAMENTO/OBSERVÂNCIA, JURISPRUDÊNCIA, STJ. (REsp n. 791.630/RJ, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrigli, julgado em 15.8.06, DJ 4.9.06, p. 270)

Posto isso, dá-se provimento em parte ao recurso para fixar os juros de mora a partir da citação.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolio Letteriello.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Atapoã da Costa Feliz, Paschoal Carmello Leandro e Rêmolio Letteriello.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

\*\*\*



**Apelação Cível n. 2008.033499-8 - Campo Grande**  
**Quarta Turma Cível**  
**Relator Des. Atapoã da Costa Feliz**

E M E N T A - APELAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – VALOR DA CAUSA CORRESPONDENTE À OBRIGAÇÃO PREVISTA NO CONTRATO – CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS – ADMISSIBILIDADE DIANTE DO CASO CONCRETO – INAPLICABILIDADE DA MULTA DO ART. 461, § 4º, DO CPC – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – ART. 50 DO CC – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE AFASTADA – HONORÁRIOS DE ADVOGADO – ART. 20, § 3º, DO CPC – SENTENÇA MANTIDA.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares e negar provimento a ambos os recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Associação dos Produtores de Mudas e Reflorestamento do Estado de Mato Grosso do Sul – ASMUR – interpõe recurso de apelação com relação à sentença de procedência do pedido proferida nos autos da obrigação de fazer ajuizada por Minas Gusa Siderúrgica Ltda.

Preliminarmente, alega haver litispendência, conexão ou continência com outro processo que tramita na Justiça Federal, motivo que enseja a extinção deste feito sem julgamento de mérito.

Sustenta que o valor da causa deve ser reduzido, pois o montante fixado na inicial é maior que o constante no contrato.

No mérito, argumenta que sua obrigação não abrange o plantio de 240 mil árvores; que deveria ser realizado laudo técnico para averiguar quantas árvores devem ser plantadas por metro cúbico, e com isso chegar à quantidade que realmente deve ser reposta.

Minas Gusa Siderúrgica Ltda. também recorre e insurge-se contra a conversão da ação de obrigação de fazer em perdas e danos, porquanto o que se busca é o reflorestamento.

Requer a desconsideração da personalidade jurídica da associação ASMUR ante a prova de sua insolvência e do desvio de finalidade dos valores pagos para a reposição florestal.

Aduz que houve descumprimento do contrato e que, em virtude disso, deveria ser fixada de ofício pelo magistrado a multa do art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, além da multa diária para alcançar a efetividade da decisão judicial.

Pleiteia, ainda, a majoração dos honorários de advogado para 20% do valor da causa, considerando a complexidade da matéria.

Foram apresentadas as contra-razões.

## VOTO

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

Associação dos Produtores de Mudas e Reflorestamento do Estado de Mato Grosso do Sul – ASMUR – interpõe recurso de apelação com relação à sentença de procedência do pedido proferida nos autos da obrigação de fazer ajuizada por Minas Gusa Siderúrgica Ltda.

Consta dos autos que foi celebrado entre as partes um contrato de prestação de serviços em que a associação recorrente elaboraria e executaria um projeto de reposição de 240 mil mudas de eucalipto, sendo que para cada árvore o IBAMA fixa o valor de R\$ 1,10, consiste, portanto, o contrato no valor de R\$ 264.000,00.

De acordo com a inicial, o serviço contratado não foi realizado embora se tenha pago pelo plantio das árvores.

Na sentença, foi julgado procedente o pedido para condenar a associação dos produtores de mudas e reflorestamento – ASMUR – ao pagamento de indenização pelo inadimplemento da obrigação contratual no valor de R\$ 264.000,00, acrescido de juros de mora e correção monetária.

A Associação dos Produtores de Mudas e Reflorestamento do Estado de Mato Grosso do Sul – ASMUR – recorre da sentença e, preliminarmente, alega haver litispendência, conexão ou continência com outro processo que tramita na Justiça Federal, motivo que enseja a extinção deste feito sem julgamento de mérito.

Sustenta ainda que o valor da causa deve ser reduzido, pois o montante fixado na inicial é maior que o constante no contrato.

Argumenta que sua obrigação não abrange o plantio de 240 mil árvores; que deveria ser realizado laudo técnico para averiguar quantas árvores devem ser plantadas por metro cúbico, e com isso chegar à quantidade que realmente deve ser reposta.

Com relação às preliminares arguidas, esclarece-se que elas foram rejeitadas pelo magistrado às f. 252-255, cuja decisão foi publicada no diário da justiça em 3.3.06, sem que houvesse nenhuma manifestação por parte da recorrente, resultando na preclusão da matéria.

Assim, afastadas as preliminares, passa-se ao mérito.

Com relação ao valor da causa, nota-se que o valor questionado - R\$ 264.00,00 - corresponde ao total da obrigação, mostra-se correto, portanto, o valor.

E não há falar que o valor dado à causa é maior que o constante no contrato, pois o valor do contrato - R\$ 50.000,00 - refere-se ao ressarcimento das despesas administrativas que a associação apelante deveria receber para que pudesse realizar a reposição florestal, o que não se confunde com o valor dado à causa.

Além disso, o meio correto para questionar tal valor seria a impugnação ao valor da causa, o que não foi feito.

Nesse sentido decidiu esta Turma:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – SEGURO – AMEAÇA DE DESMORONAMENTO – FATORES EXTERNOS – CAUSA NÃO ESPECIFICADA NO CONTRATO – PERÍCIA QUE COMPROVA A AMEAÇA – FOTOGRAFIAS – VISTORIA REALIZADA PELO CORPO DE BOMBEIROS – PROVAS SUFICIENTES – VALOR – NÃO IMPUGNAÇÃO NA CONTESTAÇÃO – PROVIDA.

Não tendo especificado o contrato que a ameaça do desmoronamento tenha que advir de fatores externos e não dos vícios da construção, e uma vez comprovado a existência daquela ameaça por perícia, fotografias e vistoria realizada pelo Corpo de Bombeiros, tem-se que a indenização deve se impor.

Se na contestação não houve impugnação quanto ao valor da indenização, a condenação deve ser no valor mencionado na inicial. (AC n. 2002.008480-8, Rel. Des. Rêmolio Letteriello, julgado em 12.8.03).

No que concerne ao argumento de que a obrigação da associação não abrange o plantio de 240 mil árvores, novamente, não lhe assiste razão.

Isso porque, ao observar os contratos de prestação de serviço acostados às f. 25-27 e 32-34, nota-se pela cláusula sexta de ambos os contratos que ficou estipulada a reposição florestal correspondente à extração de 10 mil m<sup>3</sup> de carvão.

Com base na cláusula primeira de cada contrato, concernentes ao seu objeto, é possível afirmar que, para cada metro cúbico de carvão, deveriam ser repostas 12 mudas de eucalipto.

Assim, constata-se que cada contrato pressupõe a plantação de 120 mil árvores, tornando-se infundadas as alegações da ASMUR no sentido de que seria necessário comprovar a quantidade de mudas recolhidas, pois incontroverso que se responsabilizou pela reposição de 240 mil árvores.

Ademais, não poderia a recorrente contestar quantas árvores devem ser plantadas por metro cúbico, visto que essa quantidade restou acertada nos contratos, além de ter recebido para a execução do trabalho nos moldes do contrato.

A propósito, quanto a esse questionamento e ao valor atribuído à cada muda de árvore, asseverou o magistrado:

Como se comprovou nos autos (fls. 142), o critério de 12 árvores por metro de carvão é fixado em Instrução Normativa apoiado em caráter técnico, não havendo espaço para raciocínios alternativos.

Portanto, considerando-se o valor incontroverso de R\$ 1,10 por muda, na proporção de 240 mil mudas (20 mil metros cúbicos de carvão X 12 mudas), o quantum indenizatório correspondente ao inadimplemento da obrigação é de R\$ 264.000,00 (duzentos e sessenta e quatro mil reais). (f. 402)

Portanto, sem nenhum fundamento toda a argumentação da ASMUR, visto que o débito florestal determinado na sentença corresponde exatamente ao valor dos serviços que ela se comprometeu a prestar e não cumpriu.

Minas Gusa Siderúrgica Ltda. também recorre, e insurge-se com relação à conversão da ação de obrigação de fazer em perdas e danos, sob o argumento de pretender o reflorestamento, e não o pagamento de indenização.

Ora, tal inconformismo é incoerente diante dos pedidos anotados na inicial, dentre os quais a própria conversão da ação de obrigação de fazer em perdas e danos (f. 13).

Aliás, o magistrado esclareceu com precisão o porquê de tal medida:

Assim, por não se saber precisamente qual a regular situação das empresas que atuam na reposição florestal, temerário seria a condenação ao cumprimento da obrigação específica, a ser realizada as custas da ré, mediante o adiantamento pelo credor, quando, possivelmente, o cumprimento da obrigação poderia esbarrar no mesmo óbice que atinge a ré.

Ademais, devendo a autora adiantar os custos do cumprimento da obrigação, sem a garantia da aprovação do projeto pelo IBAMA, estaria esta em situação mais periclitante do que atualmente, pois poderia encontrar-se em vias de ter que recorrer à conversão da obrigação em perdas e danos em relação à ré, sem considerar o dispêndio com o adiantamento do cumprimento da obrigação específica.

Destarte, a conversão da inexecução da obrigação de fazer em perdas e danos apresenta-se a hipótese mais viável para a resolução do contratado entre as partes.

Nos termos do § 1º do art. 461 do CPC ‘a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente’.

Considerando o até então exposto e o pedido da autora – item f, fls. 100, converto a obrigação de fazer em perdas e danos. (f. 399).

A apelante requer ainda desconsideração da personalidade jurídica da ASMUR ante a prova de sua insolvência e do desvio de finalidade dos valores pagos para a reposição florestal.

Ocorre que o fato de a associação ASMUR não ter cumprido a parte dela no acordo enseja a obrigação determinada pelo magistrado na sentença, mas não constitui justificativa para ter sua personalidade jurídica desconsiderada.

Embora não tenha sido realizada a reposição florestal, o alegado desvio de finalidade dos valores pagos e a insolvência da associação, ora recorrida, não restaram comprovados.

Logo, o mencionado desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, exigidos pelo art. 50 do Código Civil, teriam de ser evidentes para se provar o abuso da personalidade e conseqüentemente desconsiderar a personalidade jurídica da ASMUR.

Quanto à alegação de descumprimento do contrato e a possibilidade de aplicação da multa do art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil de ofício pelo magistrado, além da multa diária para alcançar a efetividade da decisão judicial, novamente, não assiste razão à recorrente Minas Gusa.

Verifica-se que a hipótese do art. 461, § 4º, do CPC não trata de multa por infração contratual como aduzido pela recorrente, mas da própria multa diária, estipulada para o não-cumprimento da obrigação dentro do prazo fixado.

No presente caso, todavia, por ter sido convertida a obrigação em perdas e danos, não tem cabimento a citada multa, conforme escólio de Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa:

A impossibilidade de cumprimento do dever imposto judicialmente ou a manifestação do requerente no sentido da preferência pelas perdas e danos retiram o suporte material para a incidência da multa. Todavia, caso essa incidência já tenha se iniciado, subsiste a multa incidente até a verificação de tal impossibilidade ou a emissão de tal manifestação. (*in* Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 39 ed., 2007, p. 550) (grifo nosso).

Quanto ao pedido de majoração dos honorários de advogado para 20% do valor da causa, constata-se que o montante arbitrado pelo magistrado, de 10% sobre o valor da condenação, demonstra ser razoável, considerados o trabalho realizado e as demais circunstâncias do art. 20, § 3º, do CPC.

A propósito, nesse sentido segue julgado deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL – MONITÓRIA – AGRAVO RETIDO – CERCEAMENTO DE DEFESA – CONTRATO VERBAL – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL – DESPROVIDO – CORREÇÃO MONETÁRIA – VENCIMENTO DO TÍTULO – JUROS DE MORA – CITAÇÃO – ÍNDICE DE CORREÇÃO – IGPM – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO – NÃO-OCORRÊNCIA.

[...]

Tendo sido a verba honorária arbitrada em estrita observância às regras esculpidas nas alíneas do § 3º, art. 20 do Código de Processo Civil, não pairam dúvidas quanto a sua subserviência ao princípio da equidade, conjectura que impossibilita a sua modificação. (TJ/MS, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmo Letteriello, Proc. n. 2008.003663-8, julgado em 25.3.08). (grifo nosso)

Posto isso, nega-se provimento a ambos os recursos e mantém-se a sentença em todos os seus termos.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmo Letteriello.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Atapoã da Costa Feliz, Paschoal Carmello Leandro e Rêmo Letteriello.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2004.009408-6/0001-00****Água Clara - Primeira Turma Cível****Relator Des. Divoncir Schreiner Maran**

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE PRAÇA E ARREMATACÃO – LEI N. 8.009/90 – PROTEÇÃO DE BEM DE SOLTEIRO – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – RECURSO INFUNDADO E PROTELATÓRIO – MULTA – ART. 557, § 2º, CPC – RECURSO NÃO PROVIDO.

O entendimento majoritário estende a proteção da Lei n. 8.009/90 para os solteiros.

Aquele que der causa à propositura da demanda ou incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes.

O agravante que interpõe o recurso de agravo interno de modo temerário, isto é, manifestamente inadmissível ou infundado, fica sujeito à pena de multa, de 1% a 10% do valor corrigido da causa, que será revertido em favor do agravado. A interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao depósito do respectivo valor. Inteligência do § 2º do art. 557 do CPC.

**ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 10 de março de 2009.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Banco Bradesco S.A. agravou regimentalmente da decisão monocrática que negou seguimento ao seu recurso de apelação interposto em face da sentença que, nos autos da ação anulatória de praça e arrematação, julgou procedente o pedido formulado por Aparecida Cardoso.

Asseverou que na decisão monocrática houve o reconhecimento de perda do objeto e, por conseguinte, o processo deveria ter sido extinto sem resolução do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC.

Defendeu, no mérito, que a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios merece ser reformada, porque não deu causa ao aforamento da demanda. Disse também que a proteção da Lei n. 8.009/90 nem sequer foi discutida nestes autos. Porém asseverou que não tinha como saber, antes de uma declaração judicial, que o devedor vivia em união estável com a agravada. Portanto a sua culpa quanto à efetivação da penhora deve ser elidida.

Ao final, requereu o provimento do recurso, com a reconsideração da decisão ou, caso não seja esse o entendimento, a apreciação do agravo pelo respectivo Órgão Colegiado, em nome da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.

## VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

O agravante se insurgiu contra a decisão monocrática que, nos autos da ação anulatória de praça e arrematação negou seguimento ao seu recurso de apelação.

Argumentou, primeiramente, que em face do reconhecimento deste julgador, de que houve a perda do objeto, o processo deveria ter sido extinto nos exatos termos do art. 267, VI, do CPC.

No mérito da lide, defendeu que a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios merece ser reformada, porque não deu causa ao aforamento da demanda. Disse também que a proteção da Lei n. 8.009/90 nem sequer foi discutida nestes autos, porém asseverou que não tinha como saber, antes de uma declaração judicial, que o devedor vivia em união estável com a agravada. Portanto a sua culpa quanto à efetivação da penhora deve ser elidida.

A irresignação do agravante não merece prosperar. Logo, subsistem todos os fundamentos da decisão singular, motivo pelo qual os reitero (f. 77-80):

O apelante alega que a condenação ao pagamento dos ônus sucumbências representa *bis in idem*, em virtude da mesma determinação imposta nos autos de embargos de terceiro em apenso. Afirmou que com o provimento dos referidos embargos, a presente ação perdeu o seu objeto, pois não há falar em nulidade da arrematação do bem penhorado quando a própria penhora foi desconstituída em processo distinto.

Argumentou ainda que não pode ser considerado causador da penhora indevida, porque não tinha conhecimento de que o executado vivia em união estável com a apelada, e que por isso o imóvel era considerado bem de família.

Em que pesem os argumentos lançados pelo apelante, seu recurso não merece provimento.

Mesmo que se entenda que em virtude da procedência do pedido dos embargos tenha ocorrido a perda do objeto desta ação, não há como eximir o apelante do pagamento da sucumbência, pois havia a necessidade da propositura de duas demandas, não só em razão da legitimidade passiva, mas também do objeto.

Quanto à legitimidade, deve figurar no pólo passivo dos embargos de terceiro o credor; na anulatória de arrematação, o arrematante. O que ocorreu foi apenas uma coincidência de partes, uma vez que o próprio exequente arrematou o bem.

No tocante ao objeto, as demandas também se diferenciam. Enquanto nesta ação discutiu-se a nulidade da avaliação, da praça e da arrematação, nos embargos defendeu-se a impenhorabilidade do bem de família.



Portanto, não há como o apelante se furtar do ônus sucumbencial. No caso, restou comprovado que ele não se desincumbiu do dever de promover satisfatoriamente a execução, pois a sua negligência permitiu a ocorrência de irregularidades no andamento do processo.

Aplica-se, pois, o princípio da causalidade, que segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery,<sup>1</sup> aquele que deu causa à propositura da ação ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isto porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo.

Portanto, quem deu causa à demanda deve ressarcir as despesas que a parte vencedora foi levada a suportar (CPC, art.20), evitando-se, deste modo, o enriquecimento sem causa.

A mesma orientação é adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. PEDIDO DE PARCELAMENTO.CONFISSÃO DE DÉBITO APÓS O AJUIZAMENTO DA DEMANDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. 1. Os ônus das verbas honorárias devem ser imputados à parte vencida ou a quem deu causa à instauração do processo, em homenagem aos princípios da sucumbência e da causalidade. 2. A espécie trata de execução fiscal em que houve pedido de parcelamento somente após a inscrição efetiva do débito em dívida ativa, razão pela qual deve ser responsabilizada a ora agravante pelo pagamento dos honorários advocatícios. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 955291/SP (2007/0117010-1), Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 6.11.08, DJe 01.12.08) (destaquei)

Nem mesmo a alegação do apelante, de que ignorava a relação de convivência que o executado tinha com a apelada, tem o condão de eximi-lo da responsabilidade. Conforme dito anteriormente, a insurgência desta demanda está afeta às nulidades processuais de avaliação, praça e arrematação. Mas mesmo que assim não fosse, cabe esclarecer que o entendimento de que a proteção da lei n. 8.009 se estende para os solteiros é majoritário, a exemplo do seguinte julgado do STJ:

PROCESSUAL – EXECUÇÃO – IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL – RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI N. 8.009/90.

- A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei n. 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sofrimentos: a solidão.

- É impenhorável, por efeito do preceito contido do Art. 1º da Lei n. 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário (STJ – Resp 182223/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros. Órgão julgador: Corte Especial. Data: 6.2.02)

Assim, se a ação anulatória de praça e arrematação, como ação incidental, foi proposta somente em decorrência da inobservância das regras de procedimento, deve o apelante responder pelas custas processuais e honorários de advogado.

<sup>1</sup> Código de Processo Civil Comentado, 9. ed., p. 192.

Analisando-se o regimental interposto, verifica-se que o agravante não trouxe nenhum argumento capaz de ilidir os fundamentos da decisão monocrática, razão pela qual a manutenção deste julgado é medida que se impõe.

Em vista do recurso manifestamente infundado e protelatório, condeno o recorrente, com base no § 2º do art. 557 do CPC, à multa de 2% sobre o valor corrigido da causa, em favor da agravada. Neste caso, a interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito do respectivo valor.

Posto isso, nego provimento ao recurso e condeno o agravante, com suporte no § 2º do art. 557 do CPC, ao pagamento de multa no valor de 2% sobre o valor corrigido da causa.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 10 de março de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2004.011391-9 - Campo Grande**  
**Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. Divoncir Schreiner Maran**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PRELIMINAR – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 514, II, CPC – AFASTADA – PROCURADOR COM PODERES PARA EMITIR E DESCONTAR CHEQUES – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – APLICAÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – JUÍZO DE EQUIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Afasta-se a preliminar por ausência dos fundamentos de fato e direito se a apelante demonstrou coerentemente as causas do inconformismo.

Comprovado que os títulos executados foram validamente emitidos e descontados, subsiste a execução embargada.

Ao fixar os honorários por equidade, o juiz não está adstrito aos limites indicados no § 3º, porquanto a alusão feita pelo § 4º do art. 20 do CPC é concernente possível fixar a verba honorária abaixo ou acima do máximo de 20% sobre o valor da ação.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 3 de março de 2009.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

J. Negri & Filho Ltda. apela da sentença, proferida nos autos de embargos à execução, interpostos contra Aplic Factoring Fomento Comercial Ltda., que julgou improcedente o pedido formulado na inicial e condenou a embargante a pagar as custas e honorários advocatícios.

Aduz, em síntese, que os cheques executados são de relação jurídica diversa da perpetrada pela embargada-apelada, o que evidencia um negócio jurídico nulo de pleno direito, já que os títulos foram objetos de troca perante a empresa de factoring, e o portador das lâminas de cheque executadas não detinha poderes para a realização de tal ato.

Pede o provimento do recurso com a reforma da sentença ou a redução dos honorários advocatícios, por entender que o montante fixado, R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), apresenta-se exorbitante, tendo sido fixado em 45,43% do valor da ação.

Resposta às f. 66-74, arguindo, preliminarmente, a ausência dos requisitos estampados no artigo 514, II, do CPC, e, no mérito, pugnando pelo não provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Preliminarmente, insurge-se a apelada contra as razões recursais, alegando ausência dos requisitos essenciais à propositura da apelação, quais sejam os previstos no artigo 514, II, do Código de Processo Civil, isto é, os fundamentos de fato e de direito.

Em análise detida dos motivos ensejadores do recurso, vislumbra-se que a recorrente expôs de forma coerente as causas de seu inconformismo, o que afasta a preliminar suscitada.

No mérito, colhe-se dos autos que a apelada executou quatro lâminas de cheques da apelante, as quais esta última afirma terem sido emitidas por seu gerente sem poderes para tanto.

Consoante a procuração acostada à f. 12, em que a embargante confere poderes a Emerson Soares Corrêa, gerente de sua empresa, constata-se claramente que o constituiu procurador para “emitir, endossar e descontar cheques”, restando irrefutável a assertiva de que detinha autorização para emitir os cheques executados.

No que tange ao negócio jurídico entabulado entre as partes, precisamente acentuou o magistrado *a quo*:

Por outro lado, caso não seja verdadeira a versão da embargada mas sim aquela da embargante, caso em que teria havido um mútuo puro e simples, sendo forjados os documentos de f. 29/31, mesmo assim subsistiria a obrigação da embargante. Note-se que, a uma, ela não negou ter utilizado o crédito representado pelos cheques exequêndos, e, a duas, a procuração de f. 12 outorgou poderes ao signatário dos títulos para “descontar cheques”, justamente a operação denunciada na exordial.

Portanto, não há como deixar de reconhecer serem os títulos exequêndos líquidos, certos e exigíveis (f. 45 – g.n.).

De sorte que não restam dúvidas quanto à viabilidade da execução ora proposta.

Por outro lado, a apelante demonstra também inconformismo com relação à condenação ao pagamento de honorários advocatícios no importe de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) por considerá-lo exorbitante. Melhor sorte não lhe assiste.

Ora, preconiza o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, que nas execuções, embargadas ou não, a verba honorária será fixada conforme a apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do mesmo artigo. Conforme dispõe a parte final do referido dispositivo, não está o juiz adstrito aos limites indicados no § 3º (mínimo de 10% e máximo de 20%), porquanto a alusão feita pelo § 4º do art. 20 do CPC é concernente às alíneas do § 3º, tão somente, e não ao seu *caput*, sendo perfeitamente possível fixar a verba honorária abaixo ou acima do máximo de 20% sobre o valor da condenação, com base na apreciação equitativa do juiz.

Com efeito, o magistrado de primeira instância, ao emitir seu juízo de valoração, assim o fez examinando as circunstâncias contidas nos autos, tais como 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, para aferir o montante cabível.

Na mesma linha de raciocínio, tem-se o posicionamento da Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL – HONORÁRIOS DE ADVOGADO – BASE DE CÁLCULO  
– POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL.

[...]

3. A hipótese antecedente não admite que o STJ exerça juízo de equidade em sede de recurso especial, como permitido pelo legislador no art. 20, § 4º, do CPC, levando em consideração as alíneas do § 3º, do mesmo artigo do CPC.

4. A fixação de honorários, com base no art. 20, § 4º, do CPC, não encontra limites nos percentuais mínimo e máximo de que fala o § 3º, art. 20, do CPC, podendo ser superior a 10% (dez por cento). (Precedentes REsp n. 599.796/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção; REsp 516.621/RN, Rel. Min. Gilson Díp, Terceira Seção)

5. Quando os honorários são fixados tomando como parâmetro o juízo de equidade do art. 20, § 3º, alíneas “a”, “b” e “c”, do CPC, pode o julgador estabelecer como base de cálculo o valor da causa, o valor da condenação ou, ainda, arbitrar valor fixo.

6. Recurso especial improvido. (REsp n. 604049/RS, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 17.10.06, DJ 4.12.2006, p. 281).

Posto isso, nego provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 3 de março de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2005.003956-3 - Ribas do Rio Pardo**  
**Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. Divoncir Schreiner Maran**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO POPULAR – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LICITAÇÃO FRAUDULENTA – PAGAMENTO DA COMPRA DEPOSITADO NA CONTA PARTICULAR DO PREFEITO – CONVITE OFERTADO PARA TRÊS EMPRESAS DE FORA DO ESTADO – ART. 11 DA LEI N. 8.429/92 – HONORÁRIOS – MAJORAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

A ausência de moralidade no procedimento licitatório, com subterfúgios para se obter vantagem patrimonial indevida, comprovada com o depósito efetuado na conta particular do prefeito é caso de improbidade administrativa.

Fomentar a economia do município não é uma faculdade do prefeito, mas uma obrigação.

A improbidade administrativa deve ser severamente punida, como uma resposta para a sociedade, que está farta de assistir à impunidade dos agentes públicos.

O trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o seu serviço, de 15 anos, e principalmente a natureza e a importância da causa (alínea c do art. 20 do CPC) permitem que a condenação seja majorada, pois não há atitude mais nobre e altruísta que se expor para defender direitos fundamentais da sociedade.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO POPULAR – PLACAS DE INAUGURAÇÃO DE OBRAS – PROMOÇÃO PESSOAL DO CHEFE DO EXECUTIVO – PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE – OFENSA – RECURSO NÃO PROVIDO – HONORÁRIOS – PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 21 DO CPC – PREJUDICADO.

O princípio da impessoalidade, na sua acepção ativa estatui que o autor dos atos estatais é o órgão ou a entidade, e não a pessoa do agente. Por isso não se deve destacar o agente como responsável pela obra, mas tão-somente o órgão.

Fica prejudicado o recurso que visa a responsabilizar o ex adverso em virtude de sua sucumbência mínima quando a sentença é reformada para responsabilizá-lo totalmente.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO POPULAR – EMPRESA CONTRATADA PARA CONFECCIONAR PLACAS PARA A PREFEITURA – SOLIDARIEDADE INEXISTENTE – RECURSO PROVIDO.

Condenar solidariamente uma empresa sem nenhum indício de ofensa a bem jurídico, implica, além da injustiça, condenação apenas parcial do único responsável pelo ilícito.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso de João Alfredo Danieze e de Minata Metais Ltda. e negar provimento ao recurso de João Niero Friosi, nos termos do voto do relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 3 de março de 2009.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

João Alfredo Danieze apelou da sentença que, nos autos da ação popular que promoveu em face do Município de Ribas do Rio Pardo e de João Niero Friosi, julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial.

Pediu a reforma da sentença para ser reconhecida a ilegalidade do procedimento licitatório realizado na compra de 500 sacos de cimento, que apesar de ter sido considerado pelo Juízo *a quo* como inofensivo ao erário, está cívado de vícios. Ao final, pediu ainda a majoração dos honorários advocatícios.

João Niero Friosi também apelou da sentença, no tocante à anulação da compra das placas de inauguração de obras, defendendo que os dizeres nelas inscritos não tinham o escopo de autopromoção. No mais, insurgiu-se contra a condenação pro rata ao pagamento dos honorários, por entender ter sucumbido de parte mínima do pedido.

Minata Metais Ltda., por seu turno, alegou que foi condenada, juntamente com o ex-prefeito João Niero Friosi, ao pagamento de Cr\$ 440.000,00 (quatrocentos e quarenta mil cruzeiros reais), além da custas processuais e honorários de advogado, apenas por ter confeccionado as placas de inauguração das obras. Defendeu não haver solidariedade alguma e pediu, por isso, a reforma da sentença para ser isentada de qualquer responsabilidade.

Intimados a ofertar resposta (f. 453), os litigantes quedaram-se inertes. Porém, mesmo excluída do pólo passivo, a Intertubos Comércio de Tubos e Representações Comercias Ltda. manifestou-se, às f. 472-477, pela manutenção da sentença.

Em seu parecer, o Procurador de Justiça opinou apenas pelo provimento do recurso interposto por João Alfredo Danieze, anulando-se o ato de licitação e a compra das 500 sacas de cimento, em face da evidente imoralidade de que se revestiu, mantendo-se todos os demais termos da sentença proferida.



**VOTO**

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Trata-se de três recursos de apelação interpostos contra a sentença que anulou a compra de três placas de inauguração de obras no Município de Ribas do Rio Pardo, com a consequente condenação ao ressarcimento, porém julgou improcedente o pedido relativo à anulação da licitação para a compra de 500 sacos de cimento.

Do recurso de João Alfredo Danieze.

João Alfredo Danieze pediu a reforma da sentença para ser reconhecida a ilegalidade do procedimento licitatório realizado na compra de 500 sacos de cimento, por estar eivado de vícios. Ao final, pediu a majoração dos honorários advocatícios.

Consta dos autos que João Niero Friosi, então Prefeito de Ribas do Rio Pardo, homologou e adjudicou à Intertubos Comércio de Tubos e Representações Comerciais Ltda. 500 sacos de cimento no valor de Cr\$ 249.900,00 (duzentos e quarenta e nove milhões e novecentos mil cruzeiros). Entretanto, de acordo com o apelante, a mercadoria não foi entregue ao município, tratando-se, assim, de licitação ficta, que serviu para beneficiar algumas pessoas próximas ao Prefeito.

Apesar de a modalidade licitatória usada no certame ter respeitado o procedimento previsto na Lei n. 8.666/93, e a mercadoria ter sido entregue (f. 133), os documentos colacionados comprovam, por muitos fatores, a ausência de moralidade da Administração Municipal na referida compra.

A questão principal diz respeito ao pagamento, pois segundo as informações do Banco Bamerindus (f. 160 e 174), o cheque emitido pelo Município, nominal à empresa vencedora do certame (Intertubos Comércio de Tubos e Representação Comerciais Ltda.), foi sacado, e, na sequência, o dinheiro foi depositado na conta-corrente particular do Prefeito João Niero Friosi.

Este fato não foi alegado na petição inicial, e por isso o apelado não se defendeu dele na contestação. Entretanto, após o advento da informação, ficou-se inerte e nem mesmo nas alegações finais se manifestou a respeito. O único documento de defesa que consta nos autos é uma cópia do seu interrogatório no processo criminal, que foi requisitada pelo Ministério Público. Naquela ocasião, o apelado afirmou que depositou o valor na sua conta a título de reembolso, porque na época da compra o município não tinha dinheiro em caixa para efetuar o pagamento.

Nada há nos autos que comprove a alegação. Da análise do documento de f. 11 depreende-se que havia saldo suficiente, pois a compra tinha sido autorizada pelo ordenador de despesa da Prefeitura Municipal de Ribas do Rio Pardo.

Conforme dito, outros fatos concorreram para aviltar a lisura do procedimento. Dentre eles, o irmão do prefeito ter sido nomeado para o cargo de diretor do departamento de licitação e compras (f. 84), a falta de assinatura de um dos membros no procedimento e o convite ter sido ofertado somente para três empresas de fora do Estado, sendo certo que nenhuma da localidade nem sequer foi convidada. Frise-se, aqui, que fomentar a economia do município não é uma faculdade do prefeito, mas uma obrigação.

E por fim, cumpre destacar que, não obstante a entrega do cimento tenha sido efetivada, conforme demonstra o laudo de f. 133, ela apenas ocorreu em 12 de maio de 1994, quase um ano após a aquisição, em julho de 1993. Ainda assim o Oficial de Justiça constatou que o cimento fora descarregado no dia da vistoria.

Diante de tais fatos, não há deixar de reconhecer a ausência de moralidade no ato administrativo em questão. O procedimento, desde o começo, foi engendrado com o escopo de se auferir vantagem patrimonial

indevida, facilmente comprovada com o depósito efetuado na conta do prefeito (f. 160 e 174), e com o fato da mercadoria ter sido entregue somente no dia da vistoria (f. 133). Esse tipo de conduta deve ser severamente punido, como uma resposta para a sociedade, que está farta de assistir à impunidade dos agentes públicos.

Segundo Emerson Garcia:

A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além de restringir o arbítrio, preservando a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa e solidária, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso.<sup>2</sup>

O ato do prefeito está tipificado no artigo 11 da Lei n. 8.429/92, *in verbis*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

A pena está cominada no art. 12, nos seguintes termos:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

[...]

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Em razão do disposto neste parágrafo único, insta esclarecer, a priori, que a penalidade não será aplicada com base no dano material, pois não houve, em tese, este tipo de prejuízo. O dano em apreço é extrapatrimonial, porque além de ter maculado a honra da Administração Pública, causou insegurança à comunidade.

Sendo assim, o ressarcimento integral do dano fica prejudicado em virtude da ausência de lesão ao erário, pois mesmo que tardia, houve a entrega do cimento.

<sup>2</sup> GARCIA, Êmerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 76.

A perda da função pública também fica prejudicada, porque o apelado não mais a exerce.

Já os direitos políticos ficarão suspensos pelo prazo de 4 anos, pois apesar do montante ser considerado, em tese, pequeno, hoje algo em torno de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não há desconsiderar a violação aos princípios da administração pública, como honestidade, moralidade e legalidade.

No tocante à multa, arcará o ímprobo com o equivalente a quatro vezes o valor da remuneração que percebia na época, atualizados pelo índice IGPM/FGV. Conforme dito, não há se descurar da imoralidade que viciou o ato, independentemente do valor.

E por fim fica o apelado proibido de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Quanto aos honorários, assiste razão ao apelante, pois não há deixar de considerar os critérios dispostos na alínea c do art. 20 do CPC. O trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o seu serviço, de 15 anos, e principalmente a natureza e a importância da causa permitem que a condenação seja majorada, pois não há atitude mais nobre e altruísta do que a de se expor para defender direitos fundamentais da sociedade.

Desse modo, o recurso merece provimento para que, nos exatos termos do art. § 3º do art. 20 do CPC, os honorários sejam majorados para 20% sobre o valor da condenação.

Do recurso de João Niero Friosi.

João Niero Friosi insurgiu-se contra a anulação da compra das placas de inauguração das obras, defendendo que os dizeres nelas inscritos não tinham o escopo de autopromoção. Ao final, pediu a exclusão de sua responsabilidade ao pagamento dos honorários, por entender que ao caso se aplica o disposto no parágrafo único do art. 21 do CPC.

Afirmou que ao inserir seu nome nas placas inaugurais não buscou se promover, mas informar aos membros da comunidade o nome da autoridade que estava à frente das ações executivas naquele determinado momento histórico. Defendeu que a maioria dos governos confecciona placas informando a inauguração de obras e serviços, não havendo nenhuma ilegalidade neste ato.

O princípio da impessoalidade, na sua acepção ativa, estatui que o autor dos atos estatais é o órgão ou a entidade, e não a pessoa do agente.<sup>3</sup> Por isso não se deve destacar o agente como o responsável pela obra, mas tão somente o órgão.

O fato de tal prática ser costume dos administradores tampouco elide a responsabilidade do apelante. O respeito aos princípios é algo que se impõe. Estes, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo (dever ser). Sendo cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, consequência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja reverência é obrigatória.<sup>4</sup>

Como bem consignou o membro do parquet, o Prefeito favoreceu-se indiretamente dos recursos públicos, pois as placas que informaram as realizações da Administração Pública, usadas para seu mérito pessoal, foram custeadas por verbas públicas, aproveitando-se, assim, do aparato administrativo posto à disposição do Município (f. 497).

<sup>3</sup> *Oh. Cit.*, p. 49.

<sup>4</sup> *Oh. Cit.*, p. 39.

Assim sendo, a alegação carece de respaldo tanto jurídico quanto moral, o que implica, neste ponto, manutenção da sentença.

Quanto aos honorários, melhor sorte não assiste ao apelante, que pediu a exclusão de sua responsabilidade por entender que ao caso se aplica o disposto no parágrafo único do art. 21 do CPC.<sup>5</sup>

Como corolário da reforma de sentença, que culminou na sua condenação por improbidade administrativa, a insurgência fica prejudicada, pois não há mais sucumbência mínima, mas total.

Do recurso de Minata Metais Ltda.

Minata Metais Ltda. recorreu da sentença que a condenou com o então Prefeito de Ribas do Rio Pardo, João Niero Friosi, ao ressarcimento dos cofres públicos no valor de Cr\$ 440.000,00 (quatrocentos e quarenta mil cruzeiros reais).

Explicou que foi incluída no polo passivo no decorrer do processo, em virtude de ter sido contratada para confeccionar três placas para a inauguração de obras da Prefeitura. Requereu, de pronto, a sua exclusão da lide, o que foi ratificado tanto pelo autor quanto pelo Ministério Público. Entretanto o Juízo *a quo* condenou-a, por entender que havia solidariedade. Ao final, pediu o provimento do recurso para que a condenação recaia somente sobre o chefe do Executivo Municipal.

Com razão a apelante, pois não há nada nos autos que demonstre conluio entre ela e o Prefeito. Diferente seria se houvesse prova de algum tipo de associação pré-concebida para desviar dinheiro público. Nem mesmo houve enriquecimento ilícito ou sem causa, pois as placas foram entregues. Sem sombra de dúvida, o único beneficiário da promoção seria o agente público, pois a apelante apenas obteve a contraprestação do seu serviço.

Assim, condenar solidariamente uma empresa sem nenhum indício de ofensa a bem jurídico, implica, além da injustiça, condenação apenas parcial do único responsável, que no caso é o apelado João Niero Friosi.

Por tais razões, o recurso merece provimento, para que a Empresa Minata Metais Ltda. seja isenta de qualquer responsabilidade de improbidade referente à venda das placas.

Posto isso dou provimento ao recurso de João Alfredo Danieze para condenar o apelado João Niero Friosi à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de quatro anos, ao pagamento de multa no equivalente a quatro vezes o valor da remuneração que percebia na época, atualizados pelo índice IGPM/FGV. Além disso, fica proibido de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Quanto aos honorários, julgo procedente o pedido para majorá-los para 20% sobre o valor da condenação, que deverá ser corrigido desde a propositura da ação pelo índice IGPM-FGV.

Nego provimento ao recurso de João Niero Friosi.

Dou provimento ao recurso de Minata Metais Ltda. para isentá-la de qualquer responsabilidade de improbidade referente à venda das placas.

Oficie-se o Tribunal Regional Eleitoral sobre o teor da decisão.

5 CPC. Art. 21. Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE JOÃO ALFREDO DANIEZE E DE MINATA METAIS LTDA. E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE JOÃO NIERO FRIOSI, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO EM PARTE COM O PARECER.

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

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

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

Campo Grande, 3 de março de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.017726-4 - Chapadão do Sul**  
**Quarta Turma Cível**  
**Relator Des. Dorival Renato Pavan**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DO DEVEDOR – PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO – APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 DO CC/02 – PRAZO PRESCRICIONAL DE 5 ANOS DO ART. 206, §5º, I, DO NCC – CONTAGEM A PARTIR DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – NÃO CONFIGURADA – RECURSO PROVIDO.

Em obediência à regra de transição disposta no art. 2.028 do CC, para os fatos que se passaram antes do início da vigência do atual CC de 2002, a regência quanto à prescrição é à do art. 206, § 3º, IX, do mesmo Código, que dispõe que a pretensão de cobranças de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular prescreve em 5 anos.

Tendo em vista que entre a data de entrada no NCC e a data da propositura da ação não decorreram mais de 5 anos, a pretensão da requerente não se encontra prescrita.

Recurso provido.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 17 de fevereiro de 2009.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação cível interposta por HSBC BANK BRASIL S.A. – Banco Múltiplo, contra sentença proferida às f. 38-39 pelo douto juízo da Vara Única da Comarca de Chapadão do Sul que extinguiu o processo com julgamento de mérito nos autos da Ação de Embargos do Devedor proposta por Krug Neto & Schlatter Ltda.

Extraí-se dos autos que o apelante ajuizou execução por título extrajudicial em face da apelada, com o objetivo de receber crédito no importe de R\$ 10.861,49 (dez mil, oitocentos e sessenta e um reais e quarenta e nove centavos), oriundo da dívida referente ao Contrato de Abertura de Crédito Fixo com Repasse de Finame n. 0048-90000-67.

Opostos os presentes embargos do devedor, o juízo extinguiu o feito com julgamento do mérito declarando prescrita a pretensão executória do credor-apelante.

Irresignado, o credor-embargado apelou do decisum de primeiro grau.

Em suas razões recursais (f. 47-53), o apelante, em síntese, aduziu que o prazo prescricional, quando do ajuizamento da Ação de Execução, não se encontrava esgotado, devendo a sentença ser anulada e o julgamento da lide realizado desde logo, com base no art. 515, §3º, do CPC.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 58-65 rebatendo as razões recursais e pugnando pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

A controvérsia posta à apreciação deste Tribunal de Justiça diz respeito ao prazo prescricional quanto à Ação de Execução promovida pelo apelante em desfavor do apelado.

O título executivo é contrato de abertura de crédito fixo com repasse do FINAME, n. CGR/0489-000006-7, firmado em 15 de Janeiro de 1991, e aditivo contratual firmado em 17.06.96, como consequência da securitização do débito, no tocante às parcelas então vencidas após a data de 31.10.95. O inadimplemento, que deu margem à execução, refere-se às parcelas vencidas em 31.10.98, 31.10.99, 31.10.2000 e 31.10.2001.

Nos embargos, o apelado alegou preliminar de prescrição, porque haveria inadimplemento desde 1998, incidindo no impedimento previsto no artigo 206, § 5º, I, do CC de 2002.

O juiz, na audiência de conciliação, que resultou infrutífera, deliberou sentenciar, julgando a lide antecipadamente, acolhendo a preliminar de prescrição com fundamento, exatamente, no artigo 206, § 5º, I, do CC, aplicável por inteiro em face da não incidência da regra de transição prevista no artigo 2.028 do mesmo codex (f. 38/39).

Com a entrada em vigor do Novo Código Civil, os prazos prescricionais ficaram submetidos à regra de transição exposta no art. 2.028, a estatuir que “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”.

Sob a égide do Código Civil de 1916 as pretensões pessoais prescreviam, ordinariamente, no prazo máximo de 20 anos (art. 177, *caput*, CC/16). O Código Civil de 2002, por sua vez, reduziu tal prazo para 5 anos (art. 206, § 5º, I).

Portanto, em face da redução do prazo, deve-se passar à análise da regra de direito intertemporal acima transcrita.

Ora, se a pretensão surgiu em 31.10.98, data em que o apelado tornou-se inadimplente (f. 04), o lapso temporal correspondente entre tal data e o início da vigência do novo diploma legal (10.1.2003) está longe de atingir a metade do prazo vintenário.

Assim, afastada de imediato a possibilidade de aplicação do prazo prescricional vintenário insculpido no art. 177, *caput*, do CC/16.



*In casu*, a regência é a do CC/02 cujo art. 206, § 5º, inciso I, dispõe que a pretensão de cobranças de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular prescreve em 5 anos.

Referido dispositivo legal está assim redigido:

Art. 206. Prescreve:

§ 5º. Em 5 anos:

I. a pretensão de cobranças de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.

Imprescindível salientar que a contagem do prazo é feita a partir da vigência da lei nova, conforme preconiza o enunciado n. 50 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo STJ: “a partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei (art. 206)”.

Esta Corte de Justiça vem decidindo reiteradamente nesse sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – PRESCRIÇÃO – CONSUMADA – APLICAÇÃO DO ART. 2.028 DO NCC – REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL – TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO – A PARTIR DA VIGÊNCIA DO NCC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. A regra de transição do art. 2.028 do NCC estabelece que será aplicada a nova lei aos prazos reduzidos por esse código, se na data de sua entrada em vigor ainda não houver transcorrido mais da metade do prazo estabelecido na lei anterior. O decurso do prazo prescricional deve contar a partir da entrada em vigor do NCC. (TJMS, AC n. 2007.021613-0, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Julgado em 14.1.08).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ILÍCITO CIVIL – PRESCRIÇÃO – ARTIGO 206, § 3º, IX, DO CÓDIGO CIVIL – NÃO-OCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO – INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA CHANCE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Ainda que haja redução do prazo prescricional da pretensão, que não atingiu a metade do lapso previsto no art. 177 do Código Civil de 1916 (art. 2.028 do CC de 2002), o prazo deverá fluir por inteiro, a partir da data da entrada em vigor do novo diploma[...].”(TJMS, AC n. 2005.009337-8, Rel.Des. João Maria Lós, Julgado em 22.5.07).

AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL – DIREITO PESSOAL – PRESCRIÇÃO – PRAZO REDUZIDO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL – TRANSCURSO DE MENOS DA METADE DO TEMPO ESTABELECIDO NA LEI REVOGADA – APLICAÇÃO DO PRAZO PREVISTO NA LEI NOVA, CONTADO A PARTIR DE SUA VIGÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO. O prazo prescricional de 20 anos, estabelecido no art. 177 do CC de 1916 para as ações pessoais foi reduzido pelo Novo Código Civil, sendo que a reparação civil prescreve em três anos (art. 206, § 3º, V). Se houve redução do prazo prescricional da pretensão de reparação de danos, que não atingiu a metade do lapso previsto no CC de 1916 (art. 2028 do CC de 2002), o prazo prescricional deverá fluir por inteiro, a partir da data da entrada em vigor do novo diploma, não havendo confundir aplicação imediata com incidência retroativa da norma. (TJMS, AC n. 2004.011568-8, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, Julgado em 7.12.04).

Tendo em vista que o Novo Código Civil entrou em vigor na data de 10.1.03 e que a ação foi proposta em 17.12.07, a pretensão da requerente não se encontra prescrita, por não ter transcorrido mais de cinco anos entre a data de entrada em vigor do CC/02 e a do ajuizamento da ação.

Posto isso, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a prescrição e determinar o prosseguimento do feito perante o douto juízo de primeiro grau, à medida que, não estando o processo suficientemente instruído e maduro para julgamento, parece-me mais prudente determinar o retorno dos autos à origem rejeitando, assim, o pedido de imediato julgamento do mérito, com base no §3º ao art. 515 do CPC, formulado pelo apelante.

Determina-se a remessa dos autos à comarca de origem para a devida tramitação.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmoló Letteriello.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Rêmoló Letteriello e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 17 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.029031-1 - Ponta Porã****Quarta Turma Cível****Relator Des. Dorival Renato Pavan**

**E M E N T A** – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE EQUÍVOCO NO DIAGNÓSTICO DE EXAME LABORATORIAL – PRELIMINAR DE DENUNCIAÇÃO À LIDE – REJEITADA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS RÉUS – REJEITADA – EXAME LABORATORIAL – ERRO DE INFORMAÇÃO APONTANDO DOENÇA QUE POSTERIORMENTE VIU-SE INEXISTENTE (CÂNCER) QUE OCASIONA DANO MORAL E NÃO MERO DISSABOR – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO LABORATÓRIO – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DEVER DE INDENIZAR PELO DANO MORAL.

O laboratório, prestador de serviços, tem o dever e a responsabilidade de divulgar informações corretas e precisas, necessárias à exata delimitação do bem objeto do contrato. O diagnóstico inexato fornecido por laboratório radiológico levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, impõe o dever de indenizar a parte que se viu abalada pela deficiência dos serviços prestados.

A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva (art. 14 c.c.o 3º do CDC).

Reputa-se como de consumo, e, portanto, sujeita às regras instituídas pelo CDC, a prestação de serviços por Laboratórios de Análises Clínicas, o qual, em razão da responsabilidade objetiva, é obrigada a indenizar a título de danos morais em caso de erro de diagnóstico.

O julgador, ao fixar os danos morais, deve levar em conta a intensidade da culpa, as circunstâncias em que ocorreu o dano e a situação financeira das partes envolvidas, além disso, o valor da condenação deve ter caráter punitivo para que o causador do dano sofra uma repreensão de forma a não repetir o ilícito praticado e caráter de compensação pela dor moral suportada pela vítima, sem proporcionar a esta, contudo, o enriquecimento indevido.

Recursos conhecidos e improvidos, para manter integralmente a sentença.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, rejeitar as preliminares, unânime. Negaram provimento ao recurso, unânime.

Campo Grande, 3 de março de 2009.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Laboratório de Anatomia Patológica e Citologia de Campo Grande Ltda., e por Ilzia Doraci Lins Scapulatempo, em face da sentença, de f. 234/238, em que se julgaram parcialmente procedentes os pedidos formulados por Cristha Trennepohl na Ação de Indenização por Danos Morais em decorrência de erro na divulgação de resultado de exames laboratoriais.

Depreende-se dos autos que a requerente, Cristha Trennepohl, realizou um exame citopatológico do colo uterino, conhecido como exame Papanicolau, no Laboratório requerido, Laboratório de Anatomia Patológica e Citologia de Campo Grande Ltda., cujo resultado, assinado pela corré, Ilza Doraci Lins Scapulatempo, acusou que a autora era portadora de Carcinoma Epidermoide Invasor – câncer.

A requerente asseverou que, em decorrência do abalo emocional que referido exame lhe ocasionou, pediu afastamento do seu emprego, pois, além de acreditar que a doença lhe levaria a morte, sua família ficou desestruturada com a notícia.

Afirmou que, em virtude do seu inconformismo com o resultado, procurou o Dr. Francisco Vilmar Santos das Neves, que sugeriu a repetição do exame.

Então, após consultar 5 médicos e realizar os exames de ultrassonografia, hemograma e dois novos preventivos, nenhum deles diagnosticou Carcinoma Epidermoide Invasor, constatando-se que o primeiro deles, objeto da presente ação, estava fundado em erro dos réus.

Calcada nos fatos acima declinados, Cristha Trennepohl ajuizou a presente ação com o fito de perceber indenização pelos danos sofridos.

Ambos os requeridos apresentaram contestação arguindo prefacial de ilegitimidade passiva.

Denunciaram o médico Dr. Francisco Vilmar Santos das Neves à lide, alegando que este deveria figurar no polo passivo da presente, em virtude de ter agido em descompasso com os procedimentos aplicados pela classe médica em casos semelhantes.

Foi proferido despacho determinando à partes que apresentassem as provas pretendidas a produzir, f. 227, oportunidade em que ambos os requeridos pugnaram pela produção de prova testemunhal e pericial, bem como reiteraram o pedido de denúncia à lide, f. 231 e 232.

Em sentença acostada às f. 234-238, a juíza de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos da requerente para condenar os requeridos ao pagamento de 24 (vinte e quatro) salários-mínimos vigentes à época do pagamento, pela indenização dos danos morais, na proporção de 12 (doze) salários-mínimos para cada um, sem incidência de correção monetária e juros moratórios, em razão do salário-mínimo corresponder ao da data do efetivo pagamento.

Outrossim, condenou os requeridos-sucumbentes ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da indenização.

Os requeridos apresentaram recurso de apelação, f. 243-260 e 263-275, sob os mesmos argumentos de que não são partes legítimas para figurarem no polo passivo da presente demanda.

Requereram a procedência do pedido de denunciação à lide do Dr. Francisco Vilmar Santos das Neves, argumentando que este deu causa ao sofrimento da apelada, eis que agiu em desconformidade com as diretrizes do Ministério da Saúde e do Instituto do Câncer – INCA.

No mérito, alegaram que não houve dano moral, apenas mero dissabor, que não é passível de indenização.

Por derradeiro, pugnaram pelo provimento de seus recursos para reforma *in totum* da sentença objurgada.

Regularmente intimada, a autora, ora apelada, apresentou contrarrazões às f. 283-290 e 293-301, rebatendo os fatos articulados pelos autores.

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Versa a presente demanda sobre a pretensão indenizatória formulada por Cristha Trennepohl em face do Laboratório de Anatomia Patológica e Citologia de Campo Grande Ltda. e Ilzia Doraci Lins Scapulatempo, por ter sofrido danos de ordem moral, em virtude destes terem proferido, erroneamente, um diagnóstico em que a autora seria portadora de Carcinoma Epidermoide Invasor – câncer.

Na sentença acostada às f. 234-238, a juíza de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos da requerente para condenar os requeridos ao pagamento de 24 (vinte e quatro) salários-mínimos vigentes à época do pagamento, pela indenização dos danos morais, na proporção de 12 (doze) salários-mínimos para cada um, sem incidência de correção monetária e juros moratórios, em razão do salário-mínimocorresponder ao da data do efetivo pagamento.

Outrossim, condenou os requeridos-sucumbentes ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da indenização.

Os requeridos apresentaram recurso de apelação, f. 243-260 e 263-275, sob os mesmos argumentos de que não são partes legítimas para figurarem no polo passivo da presente demanda.

Requereram a procedência do pedido de denunciação à lide do Dr. Francisco Vilmar Santos das Neves, argumentando que este deu causa ao sofrimento da apelada, visto que agiu em desconformidade com as diretrizes do Ministério da Saúde e do Instituto do Câncer – INCA.

No mérito, alegaram que não houve dano moral, apenas mero dissabor.

Por derradeiro, pugnaram pelo provimento de seus recursos para reforma *in totum* da sentença objurgada.

Eis os contornos do recurso a ser decidido.

Do pedido de denunciação à lide

Conforme mencionado, os apelantes denunciaram à lide o médico Dr. Francisco Vilmar Santos das Neves, alegando que este deveria figurar no polo passivo da presente, em virtude de ter agido em desconpasso com os procedimentos aplicados pela classe médica em casos semelhantes. Insistem no pedido formulado ainda em primeiro grau de jurisdição.

O eminente ministro Luiz Fux ensina que o “instituto da denúncia da lide é modalidade de intervenção forçada, vinculado à idéia de garantia de negócio translatício de domínio e existência de direito regressivo. A parte que provoca a denúncia da lide, ou tem um direito que deve ser garantido pelo denunciado-transmitente, ou é titular de eventual ação regressiva em face do terceiro, porque demandada em virtude de ato deste”.<sup>1</sup>

Dessa forma, se a denúncia da lide é demanda que veicula a pretensão regressiva, o seu deferimento está intimamente relacionado ao direito de regresso do denunciado contra o denunciante.

No caso, não vislumbro a existência de liame obrigacional que imponha ao denunciado obrigação de assegurar aos apelantes eventual prejuízo resultante do processo.

Na inicial, f. 5, a apelada-requerente informou que procurou o Dr. Vilmar Neves, no Posto de Saúde Municipal, que requereu a repetição do exame com a Dra. Vera Lucia Gasparoto pelo convênio de saúde Cassems, e também na oportunidade pediu para que a mesma fizesse um hemograma da requerente.

Na presente denúncia os réus denunciantes estão introduzindo fato novo, decorrente de uma suposta falta com o Código de Ética Médico, que não tem qualquer vínculo ou relação com os fatos apurados e discutidos nestes autos. A intromissão de fato novo é causa de indeferimento da denúncia, até mesmo porque não existe direito dos apelantes em obter indenização regressivamente do denunciado, no caso de perderem a demanda, como efetivamente perderam.

Além disso, e como se tal não bastasse, se pudesse ser em tese admitida a denúncia, apenas por amor à dialética que permeia o processo, e ao inverso do que sustentam os apelantes, o Dr. Francisco Vilmar Santos das Neves foi prudente e cauteloso em sua conduta, sendo totalmente alheio às causas que impulsionaram a dor e o sofrimento que a apelada relata ter sentido em razão do falso diagnóstico expedido pelos réus. Ao contrário, ao sugerir que ela refizesse o exame, o médico deu a ela um fio de esperança de obter um novo diagnóstico, ensejo que lhe oportunizou descobrir que o exame realizado, e assinado pelos apelantes, teve um resultado equivocado.

A presente demanda originou-se em razão do sofrimento injusto infligido à apelada motivado por um erro no fornecimento do resultado de exame laboratorial que apontava a existência de doença maligna na pessoa da autora, realizado no Laboratório de Anatomia Patológica e Citologia de Campo Grande Ltda., ora apelante, e assinado pela médica Ilzia Doraci Lins Scapulatempo, também apelante, inexistindo, então, relação do Dr. Francisco Vilmar Santos Neves, ora denunciado, qualquer vínculo, nexos ou liame entre ele e os réus, que pudesse fundamentar a denúncia à lide.

Em face de tais considerações, indefiro a preliminar.

Pelos mesmos fundamentos, outrossim, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam. Isto porque a autora aponta na inicial que foram os apelantes quem lhe provocaram o sentimento e abalo moral que origina o pedido ali feito de ser indenizada.

Os réus não negam o fato, a saber, a existência do exame laboratorial e seu resultado, procurando opor óbices quanto ao dever de indenizar em razão do mesmo fato, que não passaria de mero percalço ou aborrecimento experimentados pela autora, que não gera o dano moral objeto da presente ação.

Logo, existe pertinência subjetiva entre a pretensão da autora e a possibilidade de os réus responderem pelos danos que lhe foram ocasionados, na hipótese de procedência do pedido deduzido na inicial, o que é suficiente para configurar a legitimidade passiva dos apelantes.

<sup>1</sup> FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 267-8.

Fundado em tais razões, indefiro também esta preliminar.

Análise do mérito recursal

Da responsabilidade civil do laboratório

Do cotejo entre os exames acostados aos autos, corroborado com as alegações da apelada e com o expresse reconhecimento do erro por parte dos apelantes, resta incontroverso o equívoco no resultado do exame laboratorial por estes últimos realizado, uma vez que o exame de f. 23 relata a existência de “carcinoma epidermóide invasor”, inexistente nos outros 6 exames realizados, f.. 25-31.

À luz do art. 3º da Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, a relação dos laboratórios com seus clientes deve ser analisada sob a ótica consumerista.

Ao teor da disposição do art. 14 do CDC, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

O citado diploma refere-se à responsabilidade objetiva, que prescinde da comprovação de culpa e assegura ao consumidor, independentemente do fornecedor ou prestador de serviço ter agido com culpa, o direito à reparação pelos acidentes de consumo decorrentes de um serviço prestado defeituosamente.

Acerca disso, Sérgio Cavalieri Filho<sup>2</sup> esclarece que “os laboratórios de análises clínicas, bancos de sangue, centro de exames radiológicos e outros de altíssima precisão, além de assumirem obrigação de resultado, são também prestadores de serviços. Tal como os hospitais e clínicas médicas, estão sujeitos à disciplina do Código do Consumidor, inclusive no que tange à responsabilidade objetiva”.

No mesmo sentido, o Código Civil/02 reza:

Art. 927. Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem”.

O parágrafo único do artigo supra versa sobre o regime da responsabilidade civil objetiva, que enseja a reparação de danos por quem os causou, sendo desnecessária a demonstração da conduta do agente, dolo ou culpa, visto que, ante a teoria do risco, a responsabilidade indenizatória decorre do exercício da própria atividade do estabelecimento, no caso, o Laboratório.

O STJ entende que o paciente, cujo laudo fornecido pelo laboratório constou doença que na realidade não existia, tem direito à indenização pelo dano moral que sofreu:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. EXAMES RADIOLÓGICOS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. I - O diagnóstico inexato fornecido por laboratório radiológico levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, dá direito à indenização. A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva (art. 14 c/c o 3º do CDC). II - Danos materiais devidos, tendo em vista que as despesas efetuadas com os exames posteriores ocorreram em razão do erro cometido no primeiro exame radiológico.

<sup>2</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 2. ed., São Paulo: Malheiros, p. 282-283.



III - Valor dos danos morais fixados em 200 salários-mínimos, por se adequar melhor à hipótese dos autos. IV - Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, REsp n. 594962/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 9.11.04, DJ 17.12.04).

RESPONSABILIDADE CIVIL. Exame laboratorial. Câncer. Dano moral. Reconhecida no laudo fornecido pelo laboratório a existência de câncer, o que foi comunicado de modo inadequado para as circunstâncias, a paciente tem o direito de ser indenizada pelo dano moral que sofreu até a comprovação do equívoco do primeiro resultado, no qual não se fez nenhuma ressalva ou indicação da necessidade de novos exames. Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp n. 241.373/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 14.3.00).

Indubitável, então, o dever de indenizar por parte do laboratório, uma vez que, consoante as provas carreadas aos autos, f. 23-31, e sua própria confissão, divulgou resultado de exame com erro de digitação, descurando-se da responsabilidade de divulgar informações corretas e precisas, necessárias à delimitação quanto à existência ou não de enfermidade no paciente.

O erro de digitação, escusável ou não, não reduz a esfera da responsabilidade civil do laboratório apelante, que responde de forma objetiva pela prestação defeituosa dos serviços solicitados pela autora, em relação ao qual tinha uma obrigação de resultado.

Nem se pode afirmar que o fato não teria ocasionado dano moral passível de indenização e que seria mero dissabor da autora.

Ora, ela recebeu a notícia – documentada por um exame laboratorial que deveria ser de alta precisão – que era portadora de câncer, uma das doenças mais terríveis do século, capaz de sepultar a vida útil da pessoa em breve tempo, bem como com capacidade de levá-la a óbito.

Não é preciso muito esforço para aferir qual é o sentimento que se apossa de uma pessoa que repentinamente se vê frente a um exame laboratorial, que é detentor de sua confiança quanto à veracidade do resultado, que indica a existência de uma das mais petrificantes doença que pode acometer o ser humano, de difícil cura, ou de impossibilidade, até, dela.

Induvidoso que o ato de receber o diagnóstico, sem um devido preparo psicológico, sem menção, outrossim, de que novos exames deveriam ser solicitados para confirmação daquele emitido pelo laboratório réu, ocasionou na autora uma dor moral, em si própria e em sua família, que deve ser indenizada, por força, inclusive, do próprio Código de Defesa do Consumidor, como foi demonstrado.

O valor arbitrado foi ínfimo, se comparado àquele que vem sendo fixado pelo Superior Tribunal de Justiça. Aqui fixou-se indenização de tão-somente 24 salários-mínimos, que não se majora em face de ausência de requerimento da autora. No Colendo Tribunal Superior de Justiça, para hipótese idêntica, o dano moral tem sido fixado em torno de 200 salários-mínimos.

Da responsabilidade civil da corrê, médica que subscreveu o exame laboratorial atestando a existência da doença na autora

Na esfera da responsabilidade médica, mister fazer a distinção entre “obrigação de meio” e “obrigação de resultado”.

Na obrigação de meio, o devedor se compromete a utilizar a competência técnica, cautela e diligência para obter um resultado, sem, contudo, obrigar-se a atingi-lo. Na obrigação de resultado, o devedor assume a obrigação de atingir um resultado determinado.

Acerca dessa problemática, Ruy Rosado de Aguiar Júnior elucida:

A obrigação é de meio quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado.

A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar um certo fim. [...] sendo a obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do objetivo prometido, pois isso basta para caracterizar o descumprimento do contrato, independentemente de suas razões cabendo ao devedor provar o caso fortuito ou a força maior, quando se exonerará da responsabilidade.

No caso, a obrigação da médica era de resultado, visto que o diagnóstico informado é produto de exame laboratorial realizado por computadores de última geração que apontam quase sempre para a existência real e efetiva, ou inexistência dela, de um determinado resultado, ali apurado. O médico, na realidade, tem o dever de conferir o procedimento de coleta do material, conservação dele, uso e aplicação das técnicas corretas para a realização do exame laboratorial para, ao final, expedir o diagnóstico, fundado em tais fatos e circunstâncias.

Não pode ele, de forma autômata e sem aferir a lisura do procedimento laboratorial na colheita, conservação e utilização do material humano fornecido pelo paciente, expedir laudo médico sem estar devidamente ciente de que o que subscreve é o resultado a que os exames chegaram.

Daí que a meu modo de ver sua obrigação é de resultado.

Conquanto a apelante, Dr<sup>a</sup>. Ilzia Doraci Scapulatempo, afirme que realizou o diagnóstico corretamente e que o erro se deu no momento da confecção do laudo, é patente sua responsabilidade, uma vez que se escusou de sua obrigação de revisá-lo, devendo arcar com o ônus de sua negligência, imprudência e imperícia no exercício de seu ofício.

Consoante os ensina Sérgio Cavaliere Filho<sup>3</sup>, se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

Do quantum indenizatório

Quanto ao dano moral na relação descrita nos autos, verifica-se que está consubstanciado pelo sofrimento, injusto, infligido à apelada, pelos apelantes, em decorrência do erro no diagnóstico.

Embora inexistam orientação uniforme e objetiva na doutrina ou na jurisprudência de nossos tribunais a respeito do quantum indenizatório nos casos de erro de diagnóstico, é ponto pacífico que o magistrado deve sempre observar as circunstâncias fáticas do caso examinado, a gravidade objetiva do dano, seu efeito lesivo, natureza e extensão, as condições sócioeconômicas da vítima e do ofensor, visando com isso que não haja enriquecimento do ofendido e que a indenização represente um desestímulo a novas agressões.

Leciona o prof. Humberto Theodoro Jr.<sup>4</sup> sobre o tema que:

3 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo. Malheiros, p. 24.

4 Enciclopédia Saraiva, cit., v. 22, p. 290.

Para cumprir a tarefa de um árbitro prudente e eqüitativo, na difícil missão de dar reparação ao dano moral, sem cair na pura arbitrariedade, adverte a boa doutrina que: 'ao fixar o valor da indenização, não procederá o juiz como um fantasiador, mas como um homem de responsabilidade e experiência, examinando as circunstâncias particulares do caso e decidindo com fundamento e moderação. Arbítrio prudente e moderado não é o mesmo que arbitrariedade.

Dessa forma, levando-se em consideração todos os parâmetros mencionados, especialmente as circunstâncias do fato, as condições econômico-financeiras das partes, os réus, um Laboratório de Anatomia e uma médica e a autora, professora; a gravidade objetiva do dano e a extensão de seu efeito lesivo; aliados à necessidade de se fixar uma indenização que não constitua enriquecimento da parte autora, mas que configure desestímulo de novas agressões; entendo que a verba indenizatória fixada na sentença deva ser mantida nos seus exatos termos, a qual tenho por justa e equânime para o caso em apreço.

Aliás. Como afirmei, o Superior Tribunal de Justiça tem fixado valores bem maiores do que aquele aqui imposto pelo douto julgador monocrático, o que revela a extrema modicidade com que foram arbitrados, e que apenas não são majorados, mais uma vez também reafirmo, porque não existiu recurso por parte da autora, que se conformou com o quantum arbitrado pelo douto Juízo *a quo* e a forma de sua correção.

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

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

REJEITADAS AS PRELIMINARES, UNÂNIME. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Rêmolo Letteriello e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 3 de março de 2009.

\*\*\*

**Agravo n. 2008.037193-4 – Dourados**  
**Quarta Turma Cível**  
**Relator Des. Dorival Renato Pavan**

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO PROMOVIDA PELA FAZENDA PÚBLICA ONDE OCORREU A ARREMATACÃO DE IMÓVEL PENHORADO AO DEVEDOR – CREDOR DETENTOR DE TÍTULO DE CRÉDITO QUE LHE ASSEGURA O DIREITO À PERCEPÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CONCURSO DE CREDORES – VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR – DECISÃO QUE NEGOU A PERCEPÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM CARÁTER PREFERENCIAL SOBRE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO – INEXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO APARELHADA PELO CREDOR DA VERBA ALIMENTAR – AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DO CONCURSO DE CREDORES – INTELIGÊNCIA E APLICAÇÃO DO ARTIGO 711 DO CPC – AGRAVO IMPROVIDO.

Muito embora os honorários advocatícios estejam presentemente consagrados como sendo detentores de natureza jurídica alimentar, tanto os contratuais como os sucumbenciais, e muito embora goze o credor de alimentos de preferência perante o crédito tributário, para fazer jus ao recebimento do valor correspondente à verba honorária, quando da arrematação de bem pertencente ao devedor comum nos autos da execução fiscal, o credor haverá de ter aparelhado sua própria execução como pressuposto para instauração do concurso de credores de que trata o artigo 711 do CPC e ali pleitear o recebimento preferencial do valor respectivo, sobre o crédito tributário.

Não tendo proposto a execução de seus honorários, que têm caráter autônomo e pertencem ao advogado, não se pode falar na possibilidade de instauração do concurso de preferência e, portanto, deve ser indeferido o pagamento preferencial formulado pelo advogado.

Recurso improvido.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso, unânime.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2009.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

José Carlos Barbosa, qualificado nos autos, interpõe agravo de instrumento em face de Município de Dourados, insurgindo-se contra decisão do douto juízo da 7ª Vara Cível da comarca de Dourados, MS, proferida nos autos n. 002.06.003668-2, na qual se indeferiu o pedido de preferência do fruto de arrematação ali realizada em execução fiscal então em curso.

Sustenta que postulou ao juízo da 7ª vara cível da Comarca de Dourados pedido de preferência sobre o produto da arrematação, uma vez que comprova ser credor privilegiado de honorários advocatícios fixados no processo de execução 002.96.000946-0 que tramita perante a 2ª vara cível da Comarca de Dourados.

Aduz que no autos da execução da 2ª vara o magistrado arbitrou honorários e determinou que o montante fosse acrescido ao valor da execução, tendo o agravante, naqueles autos, juntado cálculo atualizado do débito acrescido da verba honorária que totalizaram o valor de R\$ 157.054,99.

Afirma que o Magistrado *a quo* não apreciou o pedido pelo enfoque da preferência do crédito alimentar sobre os créditos fiscais e simplesmente indeferiu o pedido sob o escólio de que os honorários fixados são acessórios do crédito principal, como se desconhecesse que a sucumbência pertence ao advogado.

Alega que o Estatuto da OAB, em seu artigo 23, estabelece que os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte.

Ressalta que o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, e de acordo com o STF, firmou o entendimento de que tanto os honorários de sucumbência, como os honorários contratados são verbas de caráter alimentar.

Salienta desse modo que os honorários, possuindo caráter alimentar, não estão atrelados ao destino da ação principal, caindo por terra a decisão do magistrado de primeiro grau que entendeu que os honorários de sucumbência seriam acessórios ao crédito principal.

Relata que há equívoco na decisão recorrida, pois o fato de eventualmente o crédito fiscal sobrepor-se ao crédito do Banco do Brasil S.A. não restou prejudicado quanto ao bem objeto de penhora nos autos de execução fiscal, no qual fora proferida a decisão agravada.

Pleiteia com base no princípio da economia e celeridade processual, que seja reconhecida a matéria sobre a preferência que gozam os honorários de sucumbência, por ser crédito de natureza alimentar e declare, consubstanciado no artigo 516 do Código de Processo Civil, a preferência que tem o agravante sobre o produto da arrematação.

Requer, ao final, a reforma da decisão agravada, conferindo ao advogado, de forma autônoma, o direito de receber a verba honorária.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo.

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

I.

Da decisão recorrida o agravante teve conhecimento por meio do DJ n. 1858 que circulou em 20.11.08, conforme certidão de fl. 47, iniciando-se o prazo em 21.11.2008 e findando-se em 30.11.08 (domingo), prorrogando-se para o dia 1º.12.08. Assim, o recurso é tempestivo, uma vez que foi apresentado no dia 1º.12.08.

De igual maneira, houve o preparo devido.

## II.

O artigo 522 do CPC, alterado pela Lei 11.187/05, erigiu como condição indispensável para o processamento do agravo de instrumento que o agravante demonstre que a decisão recorrida será suscetível de lhe causar lesão grave e de difícil reparação.

Se não estiver presente tal pressuposto, diz ainda o CPC, que o juiz converterá o agravo de instrumento em agravo retido ou, ainda, negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557 (art. 527, I e II, do CPC).

A lesão grave e de difícil reparação deve ser plenamente demonstrada, não bastando mero temor subjetivo do recorrente. Já afirmei anteriormente que tal lesão deverá ser aferida no caso concreto, em decorrência de ser conceito vago e indeterminado, pelo relator a quem o recurso for distribuído no Tribunal.

A meu modo de ver, tais requisitos estão presentes, uma vez que, como já afirmei em obra de minha autoria, “no processo de execução há a dispensa da prova da existência de lesão grave e irreparável, sendo todos os atos judiciais ali praticados com conteúdo decisório, passíveis de imediata revisão pelo agravo de instrumento” (Comentários às Leis n. 11.187 e 11.232, de 2005 e 11.382, de 2006, 2a. Ed., Editora Pillares, 2007, p. 182).

## III.

Entendo que o presente recurso não merece prosperar.

O douto Magistrado de primeiro grau assim fundamentou sua decisão (f.32-33):

Com efeito, do negócio extrajudicial havido entre o Banco do Brasil e os executados resultou o crédito daquele, razão pelo qual ingressou em juízo com a respectiva execução, a qual foi distribuída para a 2ª Vara Cível. No curso desta execução foram fixados os honorários advocatícios do advogado do exequente. O crédito do Banco do Brasil restou frustrado em face de preferência de crédito tributário regularmente executado perante esta Vara, em cuja execução de um imóvel constricto na 2ª Vara também penhorado, razão pela qual o Banco se desinteressou pela adjudicação dos bens. Ocorre, porém, que os honorários fixados na execução que tramitou na 2ª Vara são de caráter acessório do crédito principal, tal qual a correção monetária e juros. Destarte, somente podem ser recebidos na execução promovida pelo Exequente, titular do crédito originário, na qual, somente após, com a fixação dos honorários, surgiu o crédito decorrentes destes. Não é o caso de execução apartada a exemplo de execução de honorários decorrente de sentença proferida em ação de conhecimento. Entretanto, no caso dos autos, se infere que o crédito do Banco do Brasil restou prejudicado quanto ao bem penhorado em face da melhor preferência do crédito decorrente de honorários advocatícios. Aplica-se a regra de que o acessório segue ao principal. Não se trata, portanto, de controvérsia ou discussão quanto a questão da melhor preferência ou se os honorários são ou não de caráter alimentar, pois estas questões são irrelevantes para o deslinde específico da questão ora decidida. Também é irrelevante para esta decisão a circunstância relativa ao contrato de honorários havido entre o advogado e o banco, vez que se trata de verba de sucumbência e especialmente fixada nos autos da respectiva execução.

É sabido que os honorários advocatícios possuem natureza alimentar, tendo sido firmado entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça que, dentro do conceito de verba alimentar, incluem-se os honorários contratuais e também as verbas de sucumbência, seguindo orientação assim editada pelo Supremo Tribunal federal no RE n. 470.407, DJ de 13.10.06, rel. Min. Marco Aurélio, e, no STJ, RESP n. 647.283-SP, Embargos de Divergência, 14.5.2008, rel. Min. José Delgado.

Tal entendimento se solidificou em razão do disposto nos artigos 22 e 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que asseguram ao advogado os honorários convencionados, fixados por arbitramento judicial e os de sucumbência, tendo inclusive o direito de executá-los autonomamente.

De acordo com os autos, no processo em trâmite na 7ª vara, qual seja, o decorrente de execução fiscal, houve a penhora de bem imóvel pertencente ao mesmo devedor do agravante (devedor comum, portanto), de acordo com o termo de conversão de arresto em penhora (f. 90) e pela designação do seu respectivo leilão (f.39), e, apesar da alegação do agravante de que sua penhora foi anterior, não fez prova nesses autos de que essa situação efetivamente ocorreu.

Pelo que observo, a penhora anterior não teria sido decorrente do crédito destacado do agravante, na qualidade de advogado do Banco do Brasil S.A., mas sim do crédito integral daquela instituição financeira que, ao final, acabou por desistir da pretensão de adjudicar o bem, porque havia a execução fiscal em curso, com penhora sobre o mesmo imóvel e, no caso, a Fazenda Pública tinha crédito privilegiado em face do próprio Banco.

Ocorre que, até então, a execução era uma só, englobando o principal e os honorários do agravante. Vale dizer, não havia título executivo que tivesse dado margem a um processo de execução autônomo do advogado, para recebimento de seus honorários, muito menos ocorreu, em execução que assim tivesse sido aparelhada, a penhora sobre o mesmo imóvel que foi também penhorado pela Fazenda Pública naquele Juízo da 7ª. Vara cível de Dourados.

Tanto assim que ao prestar suas informações, o douto juízo esclareceu que:

É certo que o crédito privilegiado goza de preferência, mas, apesar disso, o recebimento do crédito preferencial somente é possível pela via regular da execução. Portanto, somente é admissível a concorrência de preferência pela via regular da execução, e, ainda, com penhora sobre o mesmo bem. E isto porque não cabe a qualquer credor privilegiado se imiscuir em execução alheia simplesmente para alegar seu direito de preferência. Este existe nos termos da lei, mas para que se instaure e se efetive essa preferência, o titular do direito deve ter ajuizado anteriormente execução e efetivada a penhora sobre o mesmo bem que for arrematado em outra execução em que se pretende fazer valer seu direito de preferência (f. 282).

Este é realmente o cerne da questão, e o Juiz está coberto de razão.

O agravante perde longo tempo de sua inicial desfilando a tese de ser seu crédito preferencial em relação ao crédito fiscal, por ser de natureza alimentar.

Não é esta a verdadeira discussão que deve ser travada, nem é este o verdadeiro ponto a ser enfrentado. O ponto é: o agravante moveu ele próprio execução fundada no título executivo que fixou honorários e, mais do que isto, penhorou também o mesmo bem que foi objeto de penhora nos autos da execução fiscal?

Se assim não fez – e o Juiz afirma que tal não ocorreu – não tem o agravante qualquer direito de preferência de receber em primeiro lugar na execução fiscal em que houve a arrematação de imóvel pertencente ao devedor, porque não basta que o agravante seja credor de alimentos, mas é necessário, é imprescindível, que tenha também promovido sua execução e penhorado o mesmo bem que foi penhorado naquela execução fiscal. A penhora antes realizada se deu pelo Banco do Brasil e nessa execução o agravante não figurava como exequente, donde não ser possível querer discutir privilégio seu sobre o crédito fiscal.

Com efeito, prevê o Código de Processo Civil em seu artigo 711 que:



Art 711 -Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhe-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações, não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora.

Pela exegese do presente artigo conclui-se que o dispositivo legal menciona a possibilidade de recebimento do crédito, quando houver mais de um credor concorrendo no preço da arrematação – e também para certas situações em que ocorre a adjudicação pelo credor – segundo a ordem das respectivas prelações, ou seja, para quem fez penhora sobre o bem (ou até mesmo anterior arresto). O imprescindível, bem se vê, é a existência de prelação, vale dizer, constrição, penhora. O que o artigo 711 do CPC fez foi criar um “concurso particular de preferências” no caso de haver uma multiplicidade de penhoras sobre o mesmo bem.

Sobre o assunto Araken de Assis preceitua: “Recebem seus títulos em primeiro lugar, portanto os credores dotados de título legal de preferência, e na ordem da respectivas prelações, consoante proclama o art. 711 (v.g., o credor trabalhista); depois os credores quirografários penhorantes, observada a ordem cronológica da penhora.” (ASSIS, Araken. Manual da execução. 11. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p.672.)

Ou, como ensina Theotônio Negrão, “sendo o mesmo imóvel penhorado em execuções processadas em juízos diferentes, a preferência no concurso de credores é feita em função da anterioridade da penhora” (NEGRÃO, Theotônio, GOUVÊA, José Roberto F. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 40. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 892).

Assim entendo que no caso sub judice a questão não é decidir se o crédito pleiteado pelo advogado tem natureza alimentar ou não, porque a situação fática apresentada resolve-se por outra forma, a saber, a instituição de um concurso de credores entre os diversos credores de um mesmo devedor, os quais somente concorrerão e receberão se tiverem aparelhado suas respectivas execuções e, mais do que isto, se tiverem também penhorado o mesmo bem que foi arrematado em uma das execuções, onde se instaura o concurso de preferência.

Ainda que se perfilhe o entendimento de que não é necessário que seja feita a penhora sobre o mesmo bem que foi arrematado, como condição para recebimento em primeiro lugar, é indubitoso que a execução, pelo menos, tenha sido ajuizada.

Não basta, nesse passo, a simples habilitação de crédito (que seria o que iria então ocorrer), mas a instauração de um concurso de credores, que pressupõe, no mínimo, a existência de uma execução aparelhada contra o mesmo devedor, hipótese também aqui inexistente, ao menos assim foi afirmado pelo douto juízo *a quo* em suas informações até mesmo pelo fato de que a execução anteriormente existente era do Banco do Brasil S.A. e não do agravante, como credor individual e destacado em relação à sua verba honorária.

Desse modo entendo que no caso presente o agravante não faz jus ao recebimento preferencial, porque deveria ter ajuizado antes a respectiva execução e também penhorado o mesmo bem arrematado.

Em face de tais razões, conheço do presente recurso de agravo de instrumento e lhe nego provimento, mantendo inalterada a decisão de primeiro grau.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Rêmolo Letteriello e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.005698-4 – Bataguáçu**  
**Quarta Turma Cível**  
**Relator Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins**

E M E N T A - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA – DESVIRTUAMENTO DA FINALIDADE BÁSICA DO CONTRATO – NULIDADE – CIRURGIA AUTORIZADA – RECURSO PROVIDO.

A cláusula de exclusão de cobertura que ocasiona o desvirtuamento da finalidade básica do contrato é nula, segundo o Superior Tribunal de Justiça.

DANO MORAL – MERO DESCUMPRIMENTO OU INADIMPLENTO CONTRATUAL – INOCORRÊNCIA.

O simples descumprimento ou inadimplemento contratual, por si só, não acarreta o dano moral, mas sim mero dissabor.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de janeiro de 2009.

Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins

Ataliba Lopes de Lima, nos autos da Ação Declaratória de Nulidade c/c Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais (Feito n. 026.04.001172-6) que move contra Associação Prudentina de Educação e Cultura Unoeste Saúde, inconformado com a improcedência dos pedidos contidos na petição inicial, interpôs esta Apelação.

Afirmou que a Cláusula n. 8.1.14 é nula, porque o contrato é de adesão e sujeito às normas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor.

Anotou que essa cláusula restritiva é nula, pois não foi redigida em destaque na forma prevista no artigo 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Aduziu que essa cláusula restringe a própria natureza do contrato, razão pela qual é nula na forma do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Alegou que a norma do artigo 11 da Lei de n. 9.656/1998 contém proibição de exclusão de cobertura das doenças denominadas “preexistentes”.

Advertiu que a negativa de cobertura da cirurgia causou-lhe dor intensa, razão por que os danos morais estão, sim, comprovados nos autos.

Nas contrarrazões (f. 291 a f. 293), a prestadora pugnou pelo não provimento.

## VOTO

O Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins (Relator)

Ataliba Lopes de Lima ajuizou esta Ação Declaratória de Nulidade de Cláusula Contratual c/c Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais (Feito n. 026.04.001172-6) contra a Associação Prudentina de Educação e Cultura Unoeste Saúde, com lastro em instrumento de contrato de plano de saúde coletivo empresarial.

O autor alegou que deve se submeter a uma cirurgia de “laninectomia com microdirectomia”, conforme constatação de seu médico neurocirurgião, mas que a sociedade empresarial negou-se a cobrir o aludido procedimento. O juiz singular entendeu por bem conceder a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a realização da cirurgia (f. 47).

Todavia, o magistrado da causa julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial e declarou válidas as cláusulas contratuais estipuladas no instrumento de f. 107. O juiz entendeu que os procedimentos relacionados com acidentes de trabalho e com suas consequências estão excluídos da cobertura do contrato (cláusula 8.1.14). O autor apelou.

Afirma que a Cláusula n. 8.1.14 é nula, porque o contrato é de adesão. Anota que o artigo 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor foi violado, pois essa cláusula restritiva não foi redigida em destaque. Aduz que o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor foi contrariado, uma vez que a cláusula restringe a própria natureza do contrato.

Alega que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável ao caso. Adverte que a norma do artigo 11 da Lei de n. 9.656/1998 contém proibição de exclusão de cobertura das doenças denominadas “preexistentes”. Argumenta que a negativa de cobertura da cirurgia causou-lhe dor intensa, razão pela qual os danos morais estão comprovados nos autos.

A finalidade precípua do contrato em questão é garantir a saúde do usuário ou segurado contra evento futuro e incerto por meio de assunção, pela operadora do plano de saúde, do dever de prestar serviços médicos necessários ao bem estar desse usuário. Esse é o entendimento esposado pela Professora Cláudia Lima Marques, *in verbis*:

O objeto principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes à futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso, no caso dos seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros de pré-pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes,

exigentes e burocráticas) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes (consumidores-equiparados). (MARQUES, Cláudia Lima. *Conflitos de Leis no Tempo e Direito Adquirido dos Consumidores de Planos de Saúde e Seguros de Saúde. In Saúde e Responsabilidade: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde*. São Paulo SP: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 124).

Desse modo, tenho que a cláusula de exclusão de cobertura em discussão é nula, porque desvirtuou a própria finalidade básica do contrato de plano de saúde, sobretudo porque privou o autor usuário de seu direito essencial à saúde. Aliás, recentemente, os julgadores do egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiram caso análogo:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR[...] NULIDADE DE CLÁUSULA INSERTA EM CONTRATO[...] As duas Turmas que compõem a Segunda Seção tem traçado orientação no sentido de considerar abusivas cláusulas que limitam os direitos dos consumidores de plano ou seguro-saúde. (REsp n. 434699/RS) [...] 3. A exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato. 4. A saúde é direito constitucionalmente assegurado, de relevância social e individual. Recurso conhecido, em parte, e provido. (STJ, REsp n. 183.719, SP, Quarta Turma, Min. Rel. Luís Felipe Salomão, julgado em 18.9.08, DJ 13.10.08).

Ademais, “é ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro-saúde, se a Seguradora não submeteu a segurada a prévio exame de saúde” (Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg no Ag n. 973.265, SP, Min. Rel. Humberto de Barros, julgado em 12.2.08).

Logo, a nulidade da Cláusula de Exclusão de Cobertura n. 8.1.14 deve ser decretada. Em razão disso, a cirurgia indicada pelo neurocirurgião – como consta da petição inicial e de seus documentos – deve ser abrangida pela previsão contratual do plano de saúde, razão pela qual a antecipação dos efeitos da tutela deve ser mantida.

No entanto, entendo que a situação descrita na petição inicial não reflete nenhuma circunstância que tenha agredido a honra, a imagem, a integridade física ou qualquer outro direito da personalidade do autor. A propósito, o mero inadimplemento contratual não ocasiona o dano moral, segundo precedente do Superior Tribunal de Justiça:

DANO MORAL – DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. INOCORRÊNCIA EM REGRA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. I – Como anotado em precedente (Resp n. 202.504-SP, DJ 1.10.01), “o inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade”. (STJ, REsp n. 338.162, MG, Quarta Turma, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 20.11.01).

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial para decretar a nulidade da Cláusula n. 8.1.14 e manter a antecipação dos efeitos da tutela. As despesas processuais e os honorários advocatícios devem ser reciprocamente suportados pelas partes na proporção de 50% para cada uma, autorizada a compensação de acordo com a Súmula n. 306 do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva do artigo 12 da Lei n. 1.060/1950 em favor do autor.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Elpídio Helvécio Chaves Martins, Atapoã da Costa Feliz e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 13 de janeiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.028104-4 - Campo Grande**  
**Quarta Turma Cível**  
**Relator Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins**

E M E N T A - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MORTE DE PRESO – RESPONSABILIDADE ESTATAL OBJETIVA.

O Estado deve zelar pela integridade física daquele que é mantido sob a sua guarda e custódia, de sorte a protegê-lo de eventual violência; no caso em análise, o réu deve responder pela morte do filho da autora, ocorrida nas dependências do estabelecimento penal de Ponta Porã-MS, independentemente da culpa de seus agentes públicos.

DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO – CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO.

O valor da indenização por dano moral fica adstrito ao prudente arbítrio do Juiz que, segundo o caso concreto, fixará de modo a prestigiar o aspecto compensatório que essa verba deve produzir em relação ao lesado, aliada ao caráter sancionatório ao lesante, sem, contudo, provocar o enriquecimento sem causa da vítima.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 25 de novembro de 2008.

Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins

Josefa Maria Lopes Monteiro, nos autos da ação de indenização por danos morais que move contra o Estado de Mato Grosso do Sul, inconformada com a sentença de improcedência do pedido contido na inicial, interpôs esta apelação cível.

Afirmou que a pretensão é procedente, pois o Estado tem o dever de zelar pela vida e pela integridade física do preso em seus estabelecimentos penais. Anotou que a responsabilidade é sim objetiva, conforme entendimento jurisprudencial.

Nas contra-razões (f. 332-340), o Estado pugnou pelo não-provimento.



**VOTO**

O Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins (Relator)

Josefa Maria Lopes Monteiro propôs esta ação de indenização por danos morais, feito n. 001.06.023024-0, Primeira Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande-MS contra o Estado de Mato Grosso do Sul, com a pretensão de obter indenização em decorrência da morte de seu filho Ronaldo Monteiro.

Alegou que é mãe de Ronaldo Monteiro, o qual estava preso no estabelecimento penal localizado na cidade de Ponta Porã-MS. Aduziu que, no dia 24.5.2005, seu filho foi assassinado cruelmente pelos demais presidiários durante uma rebelião, razão pela qual o Estado de Mato Grosso do Sul deve ser condenado a compensar a sua dor moral.

Todavia o magistrado da causa julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que a responsabilidade estatal é subjetiva e de que a autora não comprovou a culpa do Estado (culpa de terceiro, f. 318). A autora apela e afirma que o Estado tem o dever de zelar pela vida e pela integridade física do preso que se encontra em seus estabelecimentos penais.

É incontroverso que, no dia 24.5.05, durante uma rebelião deflagrada no estabelecimento penal situado na cidade de Ponta Porã-MS, os presidiários responsáveis pelo motim atearam fogo em Ronaldo Monteiro, filho da autora, o qual veio a falecer em decorrência das queimaduras, conforme consta da certidão de óbito emitida pelo cartório de registro civil (f. 27).

Assim, a questão controvertida e também devolvida refere-se apenas à natureza da responsabilidade estatal: se é objetiva ou se é subjetiva. A respeito da matéria, entendo que a responsabilidade civil do Estado, em sentido amplo, pela guarda e custódia de pessoas, é objetiva, uma vez que o risco é inerente à atividade desempenhada.

Aliás, o professor Celso Antônio Bandeira Mello leciona:

O risco a que terceiros são expostos pelo Estado não pode deixar de ser assumido por quem o criou. Depósitos de explosivos, centrais nucleares, recintos de guardas de animais, são fontes potenciais de possíveis danos a terceiros, pelo perigo das coisas ali conservadas. Manicômios, presídios, igualmente, por manterem pessoas suscetíveis de atos agressivos ou destruidores, representam para terceiros um risco de produção de danos. Uma vez que a Sociedade não pode passar sem estes estabelecimentos, instituídos em proveito de todos, é natural que ninguém em particular sofra o gravame de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontravam sob custódia do Estado. Daí que os danos eventualmente surgidos em decorrência desta situação de risco e por força da proximidade de tais locais ensejarão responsabilidade objetiva do Estado. Com efeito, esta é a maneira de a comunidade social absorver os prejuízos que incidiram apenas sobre alguns, os lesados, mas que foram propiciados por organizações constituídas em prol de todos. (Curso de Direito Administrativo. 20 Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 962).

Igualmente, o professor Yussef Sahid Cahali ensina:

A partir da detenção do indivíduo, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação da integridade corporal daquele, protegendo-o de eventuais violências que possam ser contra ele praticadas, seja da parte de seus próprios agentes, seja da parte de outros detentos, seja igualmente da parte de estranhos. (“In” Ruy Stoco. Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 357).

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Responsabilidade Civil do Estado. Morte de Detento. O ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física (C. F. art. 5º. XLIX) sendo dever do Estado garantir a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente. Assassinado o preso por colega de cela quando cumpria pela por homicídio qualificado responde o Estado civilmente pelo evento danoso, independentemente de culpa do agente público. (REsp n. 4.711, RJ, Min. Rel. Garcia Vieira, Julgado em 20.3.91).

Em casos análogos, esta Quarta Turma Cível decidiu, *in verbis*:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – MORTE DE DETENTO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – EXCLUDENTES NÃO VERIFICADAS – RECURSO IMPROVIDO. O Estado, diante da responsabilidade objetiva, tem o dever de zelar pela integridade física daquele que é mantido sob a sua guarda, protegendo-o da prática de eventual violência que possa ser praticada, respondendo pelo assassinato de detento, ocorrido nas dependências de delegacia policial, independentemente da culpa do agente público. (TJMS, AC n. 2005.003652-9, Aquidauana, Julgado em 3.10.06).

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – MORTE DE PRESO – RESPONSABILIDADE ESTATAL OBJETIVA. O Estado deve zelar pela integridade física daquele que é mantido sob a sua guarda e custódia, protegendo-o de eventual violência; no caso, o réu deve responder pela morte do pai do autor, ocorrida nas dependências da cadeia pública da Comarca de Coxim, independentemente da culpa de seus agentes públicos. (TJMS, AC n. 7146, Quarta Turma Cível, Comarca de Coxim, de minha Relatoria, Analisado e Julgado em 27.5.08).

Logo, certamente a tese de culpa de terceiro está equivocada. A propósito, convém salientar que o dano moral é o abalo do estado psíquico do indivíduo, em razão de causas anormais de dor, de aborrecimento ou de humilhação. Em regra, esse dano é presumido, uma vez que ocorre na personalidade da pessoa.

Quanto ao tema, o Desembargador Carlos Roberto Gonçalves escreve:

O dano moral, salvo em casos especiais, como o de inadimplemento, por exemplo, em que faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa do interior da personalidade e existe *in re ipsa*. (GONÇALVES, Roberto. Responsabilidade Civil. 7ª Edição, p. 552).

No caso em exame, entendo que a morte de parente próximo (o filho), por si só já gera o dano moral (*in re ipsa*, puro ou por presunção). Ou seja, a mãe não precisa demonstrar que sentiu dor, bastando apenas que comprove o fato lesivo e o respectivo nexo de causalidade. Esse é o entendimento majoritário emanado por este Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS INTENTADA PELOS FILHOS[...] MORTE DO GENITOR[...] DANO MORAL PRESUMIDO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO IMPROVIDO[...] O dano moral, salvo em casos especiais, em que faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa do interior da personalidade e existe “*in re ipsa*”. Trata-se de presunção absoluta. (TJMS, AC n. 2003.012979, Terceira Turma Cível, Comarca de Campo Grande, Rel. Des. Hamilton Carli, Julgado em 15.3.04).

INDENIZAÇÃO – MORTE DE PRESO – GENITOR – DANO MORAL PRESUMIDO – INDENIZAÇÃO DEVIDA. A morte de parente próximo, por si só já gera o dano moral, *in re ipsa*, puro ou por presunção, e não há necessidade de sua comprovação. (TJMS, AC n. 2007.034952-5, Quarta Turma Cível, Coxim, de minha Relatoria, julgado em 27.5.08).

Quanto ao valor, é certo que o dano moral não possui o objetivo de reparar a dor, mas de compensá-la de alguma forma, minimizando os sofrimentos do beneficiário. O doutrinador e professor Clayton Reis ensina com precisão:

O dinheiro é, portanto, uma forma de proporcionar meios para que a vítima possa minorar o seu sofrimento, através da aquisição de bens ou utilizando-o em programas de lazer. Minozzi, citado por Afrânio Lyra, enfatiza essa situação, ao ensinar: 'Outorga-se o dinheiro porque é o modo através do qual se pode proporcionar a alguém uma alegria que pode ser de ordem moral, para que possa, de certa maneira, não apagar a dor, mas mitigá-la, ainda com a consideração de que o ofensor cumpriu pena pela ofensa, sofreu pelo sofrimento que infligiu[...] O dinheiro deverá ter um efeito lenitivo nas aflições da alma humana, nas dores provocadas pelas mágoas, produzidas em decorrência das lesões íntimas. (Dano Moral. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 81).

É certo que inexistente um parâmetro legal para se quantificar o valor de uma indenização por dano moral. A fixação da reparação é tarefa atribuída ao julgador, que deve se basear nas peculiaridades do caso concreto, atendendo a alguns parâmetros, quais sejam: a posição social da vítima, o grau de culpabilidade do agressor, as consequências do ato danoso e o caráter sancionador, pois a compensação da vítima deve ter um sentido punitivo ao lesante.

Todavia a estipulação da condenação por danos morais não se atrela exclusivamente ao patrimônio ostentado pelos envolvidos, mas, sobretudo à razoabilidade da aplicação dos critérios supracitados.

Portanto, pautado pelas particularidades do caso concreto, entendo que a indenização deve ser fixada em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), importância que atende satisfatoriamente aos interesses das partes, compensando o sofrimento e o constrangimento da autora e representando sanção ao Estado, que deve zelar pela integridade de seus presos.

Por fim, é importante ressaltar que o Estado é isento do pagamento de custas processuais, nos termos da norma inserta no artigo 11 da Lei Estadual n. 1.936/98, Regimento de Custas dos Atos Processuais do Poder Judiciário, com as alterações da Lei n. 3.002, de 7 de junho de 2005, o que não acontece em relação aos honorários advocatícios.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento para condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) a título de indenização por danos morais, acrescidos de correção monetária pelo IGPM-FGV e de juros moratórios de 1%, ambos ao mês desde a data da prolação deste julgamento. Em consequência, condeno também o Estado ao pagamento dos honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 7.000,00 (sete mil reais), com base no artigo 20, § 4º., do Código de Processo Civil, considerados o tempo e a natureza do trabalho do causídico da autora, e a complexidade da causa.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.  
UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Elpídio Helvécio Chaves Martins, Atapoã da Costa Feliz e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 25 de novembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.033220-0 - Campo Grande**  
**Quarta Turma Cível**  
**Relator Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins**

E M E N T A - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DO BEM – PROSEGUIMENTO DA DEMANDA – CONVERSÃO EM DEPÓSITO E EXECUÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS PELO EQUIVALENTE DO BEM EM DINHEIRO – ARTIGO 906 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

A impossibilidade de restituição do bem, objeto de alienação fiduciária, não acarreta a extinção do processo sem resolução; na espécie deve a ação de busca e apreensão ser convertida em ação de depósito pelo equivalente em dinheiro, facultando-se posteriormente o procedimento da execução por quantia certa.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – EXCLUSÃO DA POSSIBILIDADE DE COMINAÇÃO DA PRISÃO CIVIL.

O ajuizamento da ação de busca e apreensão com posterior conversão em ação de depósito é possível; na hipótese de o bem não se encontrar na posse do devedor, afasta-se a cominação da prisão civil, por não ser cabível em alienação fiduciária.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o 1º vogal, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de novembro de 2008.

Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins

Banco Finasa S. A., nos autos da ação de busca e apreensão que move em desfavor de Caio César Alves dos Santos, inconformado com a sentença de extinção do processo sem resolução do mérito por perda superveniente do interesse processual, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, interpôs esta apelação cível.

Afirmou que a sentença deve ser desconstituída, uma vez que existe a possibilidade de conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, conforme previsão contida no artigo 4º. do Decreto-Lei n. 911/69, alterado pela Lei n. 10.931/2004.

Anotou que a ação de depósito visa também ao depósito do equivalente em dinheiro do bem faltante, prosseguindo-se como execução por quantia certa, de acordo com a disposição contida no artigo 906 do Código de Processo Civil.

Alegou que a decretação da prisão civil do depositário infiel, nas hipóteses de alienação fiduciária, é possível, conforme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Não houve contra-razões.

## VOTO

O Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins (Relator)

Banco Finasa S. A., nos autos da ação de busca e apreensão que move em desfavor de Caio César Alves dos Santos, inconformado com a sentença de extinção do processo sem resolução do mérito por perda superveniente do interesse processual, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, interpôs esta apelação cível.

Afirmou que a sentença deve ser desconstituída, uma vez que existe a possibilidade de conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, conforme previsão contida no artigo 4º. do Decreto-Lei n. 911/69 (alterado pela Lei n. 10.931/2004).

Anotou que a ação de depósito visa também ao depósito do equivalente em dinheiro do bem faltante, prosseguindo-se como execução por quantia certa, de acordo com a disposição contida no artigo 906 do Código de Processo Civil.

A respeito da matéria, o artigo 4º. do Decreto-Lei n. 911/69 dispõe:

Art. 4º. Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil. ([Redação Lei n. 6.071, de 1974](#)).

Assim, é indubitoso que, quando o bem alienado não se encontrar na posse do devedor fiduciante, a ação de busca e apreensão não perde o seu objeto, ou interesse de processual supervenientemente, de maneira que deve ser convertida em ação de depósito, que prosseguirá pelo equivalente em dinheiro.

A propósito, o artigo 906 do Código de Processo Civil prevê:

Quando não receber a coisa ou o equivalente em dinheiro, poderá o autor prosseguir nos próprios autos para haver o que lhe for reconhecido na sentença, observando-se o procedimento da execução por quantia certa.

Esse é o entendimento dos professores Paulo Restiffe e Paulo Sérgio Restiffe:

Uma vez desencadeado o procedimento de busca, validamente, mas se restar frustrada a apreensão no seu precípua fim de levar à demissão da posse do depositário do bem, por não encontrado com o devedor, ou não se achar em mãos do fiduciante – fatos a serem certificados como ato processual, por diligência do oficial de justiça encarregado do cumprimento do mandado judicial –, estará configurado nos autos o motivo autorizador da conversão, da precedente ação de busca e apreensão negativa no subsequente procedimento especial mais rigoroso derivado, de ação de depósito (arts. 3º. e 4º. do Dec.-lei 911). (Garantia Fiduciária. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 782).

É bem verdade que havia divergência no Superior Tribunal de Justiça (Quarta e Terceira Turmas), sendo que prevalecia o posicionamento de que o débito deveria ser cobrado pelos meios comuns e não por meio de ação de depósito, quando da impossibilidade de restituição do bem (REsp n. 166.028, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Entretanto, atualmente, prevalece que é possível o prosseguimento nos próprios autos da ação de depósito, para haver o valor do bem, observando-se o procedimento de execução por quantia certa. Aliás, anote-se parte de uma ementa da Corte de Estrito Direito:

Nada obstante haja o reconhecimento pelo Tribunal “*a quo*” da impossibilidade justificada em se restituir o bem alienado fiduciariamente, a não-restituição do bem continua rendendo ensejo ao processamento completo da ação de depósito, afastando-se apenas a decretação da prisão civil. Em atendimento aos princípios da economia e celeridade processuais, bem como o art. 906 do CPC, processar-se-á a execução por quantia certa de sentença pelo equivalente em dinheiro, neste compreendendo, para efeito de estimação o valor atual do bem no mercado. (STJ, REsp n. 269.293-SP, Segunda Seção, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi, julgado em 9.5.01).

Alegou que a decretação da prisão civil do depositário infiel, nas hipóteses de alienação fiduciária, é possível, conforme entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, ou seja, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Em casos semelhantes, venho manifestando entendimento no sentido de admitir a ação de depósito, ainda que se trate de bem já integrante do patrimônio do devedor, excluída tão-somente a possibilidade de cominação da prisão civil.

Aliás, por ocasião do julgamento da AC n. 2001.003319-7, da qual fui relator, a Quarta Turma Cível deste Tribunal decidiu que:

É possível que o objeto da alienação fiduciária seja integrante do patrimônio do devedor (Súmula 28 do STJ); em caso de inadimplemento, cabível o ajuizamento da ação de busca e apreensão e a sua conversão em ação de depósito, na hipótese de o bem alienado não ser encontrado ou não se achar na posse do devedor, afastando-se, apenas, a cominação da prisão civil.

Ainda que se trate de contrato típico de alienação fiduciária, na conversão da ação de busca e apreensão em depósito deve apenas ser excluída a possibilidade de decretação da prisão civil do devedor, não ocorrendo, portanto, a alegada infringência ao disposto da norma inserta no artigo 4º. do Decreto-Lei n. 911/69.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada a partir do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 149.518 (GO), relatado pelo Ministro Ruy Rosado, é no sentido de afastar a ameaça ou ordem de prisão do devedor em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária.

Do voto do relator, vale transcrever a seguinte passagem, *in verbis*:

A meu juízo, não cabe a prisão civil do devedor em alienação fiduciária. Essa opinião é antiga e se reforça na mesma proporção em que se degrada o sistema prisional do país, transformados os cárceres em depósitos destituídos das mínimas condições de dignidade, conforme estamos diariamente, sendo informados pela imprensa... Na realização de seu intuito, o legislador da alienação fiduciária optou por transformar o credor em proprietário do bem dado em garantia, e o devedor, em depositário, quando, na verdade, não há propriedade, nem depósito. Não é proprietário aquele que, ao retomar a posse do bem, através de ação de busca e apreensão, não pode ficar com a coisa para si, estando obrigado a vendê-la a terceiros, cujo preço assim obtido também não é seu senão na medida de seu crédito (porque ele sempre foi apenas



um credor), devendo repassar o saldo ao devedor, que o recebe somente por ser o proprietário. Não sendo o credor proprietário, não poderia ele ter dado a coisa em depósito. Ainda que o fosse, o contrato de depósito também não se constituiu porque a obrigação do depositário, que é a de restituir a coisa, igualmente não existe, pois o pagamento do débito elimina a hipótese de restituição [...] Assim, no âmbito do Direito Civil, no nível infraconstitucional, parece indispensável visualizar a alienação fiduciária em garantia de acordo com os princípios definidores da propriedade e do depósito, para concluir pela inexistência do contrato de depósito, ao menos com o fim de excluir a prisão civil como consequência do inadimplemento de um negócio bancário. Acrescento que a Sexta Turma, no RHC n. 4.288-5-RJ, em acórdão de lavra do em. Ministro Adhemar Maciel, decidiu no mesmo sentido: [...] vou colocar-me ao lado da corrente minoritária, que entende que o depositário infiel só pode ser aquele do contrato de depósito tradicional, (CC, art. 1.265) que se torna voluntariamente inadimplente. Ora, no caso de alienação fiduciária em garantia não se tem um contrato de depósito genuíno. O devedor fiduciante não está na situação jurídica de depositário. O credor fiduciário não tem o direito de exigir dele, a seu bel-prazer, a entrega do bem. Aliás, tecnicamente, nem mesmo de proprietário o credor fiduciário pode ser rotulado, pois nem, sequer, pode ficar com a coisa. Só com o produto de sua venda, com a dedução daquilo que o devedor já lhe pagou.

Dessa forma, o prosseguimento da demanda é possível, com o intuito de obter o equivalente em dinheiro em relação à coisa. Lecionando a respeito dos objetivos da ação de depósito, Humberto Theodoro Júnior assevera com precisão:

Da relação jurídica do depósito podem surgir diversas pretensões, tanto da parte do depositante, como do depositário. O procedimento especial da ‘ação depósito’, todavia, tal como se acha regulado pelos arts. 901 a 906, refere-se apenas à pretensão do depositante de lhe ser restituída a coisa depositada. O código não deixa lugar a dúvidas: ‘esta ação tem por fim exigir a restituição da coisa depositada’ (art. 901). O regulamento legal da ação de depósito, no entanto, não exclui pretensões outras, de natureza acessória, que se podem acumular com a específica desse tipo de procedimento, tais como: o recebimento de uma soma de dinheiro, caso a coisa depositada tenha desaparecido; a prisão civil do depositário, como forma de coagi-lo a cumprimento específico da obrigação assumida; a expedição de mandado de busca e apreensão da coisa depositada; e a transformação numa execução por quantia certa, caso a sentença de restituição não seja cumprida pelo depositário (arts. 902, n.º I, § 1.º; 905 e 906). (Curso de Direito Processual Civil, vol. III, Ed. Forense, 1989, p. 1501).

Evidentemente que incabível apenas a cominação da pena de prisão, que, aliás, não é essencial à ação de depósito. Assim, tem o banco interesse em obter provimento jurisdicional que lhe assegure a expedição de mandado de entrega da coisa, em 24 horas, ou do equivalente em dinheiro (artigo 904 do Código de Processo Civil); mandado de busca e apreensão (artigo 905 do Código de Processo Civil) e a execução por quantia certa (artigo 906 do Código de Processo Civil).

Portanto, ainda que o banco não consiga obter a entrega da coisa e nem o seu equivalente em dinheiro, poderá promover a execução por quantia certa para haver o que lhe for reconhecido na sentença. Somente não poderá haver cominação da pena de prisão, pois ampliativa das hipóteses constitucionalmente admitidas.

Nesse sentido, o egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu, como se infere dos julgados abaixo:

Na ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, se este não é encontrado ou está fora da posse do devedor, é facultado ao credor a conversão em ação de depósito. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada a partir de precedente da

Corte Especial no REsp. n. 149.518-GO (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 28.2.00), é no sentido de afastar a ameaça ou ordem de prisão do devedor em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária em garantia. (STJ, REsp n. 263.967, MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 13.9.00).

Cabível, outrossim, a conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito, excluída apenas a possibilidade de cominação da prisão civil do devedor fiduciante, porque ampliativa das hipóteses constitucionalmente admitidas. (REsp n. 243.088, MS, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 20.2.01).

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRISÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. 1 – Consoante pacificado pela Corte Especial não se admite prisão civil decorrente de dívida oriunda de contrato de alienação fiduciária, dado que descabida, nesses casos, a equiparação do devedor à figura do depositário infiel. 2 – Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 654.515, Quarta Turma, RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 16.8.05, DJ 5.9.05, p. 421).

A nova redação do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, com a supressão da expressão “na forma da lei”, impõe tratamento diverso ao anteriormente adotado na norma constitucional de 1969, tendo em vista que a nova ordem constitucional limitou os casos de prisão civil ao devedor de prestação alimentícia e ao depositário infiel. A recepção da legislação atinente à alienação fiduciária deu-se tão somente nos aspectos em que não conflita com a Constituição Federal em vigor.

Assim, a finalidade da ação de depósito é a de obter a restituição da coisa depositada, segundo se depreende do artigo 901 do Código de Processo Civil. Destarte, frustrada a devolução do bem, não responderá o fiduciante como depositário, mas como devedor, pecuniariamente, restando, por conseguinte, prejudicada a ameaça de prisão por infidelidade.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial, para apenas determinar a conversão da busca e apreensão em depósito, com conseqüente citação do fiduciante, excluída a hipótese de sua prisão civil.

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

Malgrado já tenha me manifestado pelo cabimento da conversão da busca e apreensão em ação de depósito nas ações fundadas em contrato com garantia de alienação fiduciária, certo é que, melhor refletindo, entendo não ser mais possível tal procedimento quando não for encontrado o bem.

Salienta-se que isso não significa que, uma vez demonstrada a comprovação da mora do devedor, não seja mais cabível a busca e apreensão, porquanto o Decreto-Lei n. 911/69 foi parcialmente recepcionado pela Constituição de 1988, entretanto não é possível a conversão de tal medida em depósito quando não for encontrado o bem.

No caso, a condição de depositário do recorrido surgiu da não-entrega do bem dado em garantia em contrato de alienação fiduciária, firmado com base no Decreto-Lei n. 911/69, que tem a finalidade de garantir o pagamento ao credor, mediante a ameaça de prisão do devedor, o que descaracteriza a real função do instituto do depósito.

A possibilidade de prisão civil do devedor de dívida civil restringe-se tão somente a depositário infiel proveniente de contrato específico de depósito, não admitindo interpretação extensiva ou por equiparação, como no caso do Decreto-Lei n. 911/69, e, ainda, nos casos de devedor de obrigação alimentícia decorrente

de parentesco.

Com efeito, a ação de depósito “tem por fim exigir a restituição da coisa depositada” (art. 901, CPC), e a conseqüente falta de entrega acarreta o decreto de prisão do devedor (art. 904 e seu parágrafo único, CPC). Assim, a transformação da ação em curso para ação de depósito só se justificaria para obrigar o depositário, no caso o devedor equiparado a depositário, a entregar a coisa, sob pena de prisão. Só que, como já dito, não é possível na espécie a prisão, logo, não se justifica a conversão da ação de busca e apreensão em depósito.

Assim, diante da impossibilidade de conversão da ação de busca e apreensão em depósito, nega-se provimento ao recurso.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (2º Vogal)

De acordo com o relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, VENCIDO O 1º VOGAL, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Elpídio Helvécio Chaves Martins, Atapoã da Costa Feliz e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 25 de novembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.005425-8 – Maracaju**  
**Terceira Turma Cível**  
**Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho**

E M E N T A – INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – ILEGIMIDADE DE PARTE – PRODUÇÃO DE PROVAS APÓS AUDIÊNCIA EM PROCESSO SUMÁRIO – AFASTADAS – BOLETIM DE OCORRÊNCIA – PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADOS – DANOS MORAIS E MATERIAIS DEMONSTRADOS – DEVER DE INDENIZAR – CARTEIRA DE MOTORISTA – RECURSO IMPROVIDO.

1. O magistrado *a quo* expôs em suas razões de decidir os motivos que o levaram a concluir daquela maneira, abalizando seus fundamentos nas provas produzidas. Nulidade da sentença não ocorrente.

2. Em sendo oportunizada a vista e manifestação da parte adversa de documentos juntados aos autos após a audiência em processo sumário, não há falar em desentranhamento de tais, uma vez que garantida a ampla defesa e contraditório, e por se tratar de provas novas.

3. Em sendo comprovado o nexo de causalidade entre a ação do apelante e o dano sofrido pela apelada, não há falar em ilegitimidade passiva ad causam do recorrente.

4. O boletim de ocorrência elaborado por autoridade competente tem presunção juris tantum de veracidade, a qual somente pode ser elidida através de provas inequívocas, o que não ocorreu *in casu*. Restando demonstrada a responsabilidade do apelante pelo acidente de trânsito debatido nos autos, a ele deve ser imposto o dever de indenizar a vítima, que não contribuiu para o evento.

5. A ausência de carteira de habilitação do condutor do veículo acidentado, por si só, não afasta a responsabilidade do outro motorista que incorreu em culpa.

6. Inexistindo parâmetros objetivos para a fixação dos danos morais, estes devem ser arbitrados de acordo com a prudente avaliação do Juiz, levando-se em conta os fatores peculiares dos autos e a extensão do dano causado ao ofendido.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de novembro de 2008.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de apelação cível interposta por Marco Antonio de Mello Gabinio, contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Maracaju-MS, que, nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais sob o rito sumário, proposta por Adriana Brites Souza, julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Na sentença recorrida, o apelante foi condenado a pagar indenização à apelada por:

1) dano material, no valor de um salário mínimo mensal atual, no período compreendido entre a data do acidente, ocorrido em 20 de setembro de 2000 até 30 de abril de 2004, atualizado pelo IGPM/FGV, a partir do evento danoso, e com juros de mora de 0,5% ao mês a contar do acidente até a entrada em vigor do Código Civil, quando, então, os juros de mora serão de 1% ao mês.

2) por dano moral no importe de R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), corrigido pelo IGPM/FGV, a partir da prolação da sentença, e com juros de mora de 0,5% ao mês, a contar do acidente até a entrada em vigor do Código Civil, quando, então, os juros de mora serão de 1% ao mês; e

3) em função da sucumbência, ao pagamento de custas e honorários advocatícios, no valor de 10% sobre o valor total da condenação.

Alega, em suas razões recursais de f. 124 usque 145, preliminarmente, que a decisão *a quo* deve ser declarada nula, ante a ilegal produção de provas, a falta de fundamentação, inexistência de provas e a ilegitimidade passiva ad causam.

No mérito, sustenta que a colisão deu-se em razão da imperícia do condutor da motoneta, e que a apelada não cumpriu com seu dever processual de provar o que alegou, não demonstrando as circunstâncias e fatos que sustentam seu direito.

Afirma que não é devida indenização, por inexistência ou não comprovação de dano.

Alude que quem deu causa aos danos foi o condutor da motoneta, Sr. Elio Almeida Souza, pai da apelada, que, por imprudência e imperícia, veio a colidir com o veículo do requerido, sendo o culpado pelo acidente ocorrido entre as partes.

Prequestiona a contrariedade no que tange à vigência e validade dos artigos 275, 276, 277, 281, 333, 396, 397, 458, 459, 460 do CPC, e a cogência do art. 5º, LV, LVI e LIV, da Constituição Federal.

Pugna pelo acatamento das preliminares arguidas, a fim de ser declarada a nulidade da sentença recorrida, e em sendo tal superada, no mérito, pelo provimento do presente recurso de apelação, reformando-se a sentença do juízo monocrático para declarar a improcedência da ação em todos os seus termos, e a inversão das verbas sucumbenciais.

Em contra-razões, de às 155 usque 163, o apelado propugna pelo não-provimento recursal, mantendo-se a sentença em todos os seus termos.

**VOTO**

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

Trata-se de apelação cível interposta por Marco Antonio de Mello Gabinio, contra a decisão proferida pelo juiz de direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Maracaju-MS, que, nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais sob o rito sumário, proposta por Adriana Brites Souza, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o apelante ao pagamento da indenização por:

1) dano material, no valor de um salário mínimo mensal atual, no período compreendido entre a data do acidente, ocorrido em 20 de setembro de 2000, até 30 de abril de 2004, atualizado pelo IGPM/FGV, a partir do evento danoso, e com juros de mora de 0,5% ao mês a contar do acidente até a entrada em vigor do Código Civil, quando, então, os juros de mora serão de 1% ao mês.

2) por dano moral no importe de R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), corrigido pelo IGPM/FGV, a partir da prolação da sentença, e com juros de mora de 0,5% ao mês, a contar do acidente até a entrada em vigor do Código Civil, quando, então, os juros de mora serão de 1% ao mês;

3) em função da sucumbência, ao pagamento de custas e honorários advocatícios, no valor de 10% sobre o valor total da condenação.

Sustenta o apelante (f. 124-145), preliminarmente, que a decisão *a quo* deve ser declarada nula, ante a ilegal produção de provas, a falta de fundamentação - inexistência de provas e a ilegitimidade passiva ad causam.

No mérito, aduz que a colisão deu-se em razão da imperícia do condutor da motoneta; que a apelada não cumpriu com seu dever processual de provar o que alegou, não demonstrando as circunstâncias e fatos que sustentam seu direito.

Afirma que não há falar em indenização, por inexistência de dano ou não-comprovação deste.

Em que pese a recalcitrância do apelante, impõe-se a confirmação da sentença hostilizada. Vejamos.

A preliminar de nulidade da sentença, em virtude da juntada de documentos que provam a alegado na exordial após a realização de audiência, em processo que tramita sob o rito sumário, deve ser afastada.

A um porque, como bem salientou o magistrado singular, “é cediço que em acidente de trânsito, como no caso vertente, o tratamento de suas vítimas pode se estender além dos prazos processuais. Assim, é comum as suas juntadas posteriores, por serem considerados documentos novos.”

Há informação nos autos também de que tais documentos não foram juntados antes porque a apelada, na data da petição inicial, estava ainda em fase de tratamento cirúrgico e operação plástica para amenizar a cicatriz da perna.

A dois porque foi dada a oportunidade ao apelante para manifestar-se acerca dos documentos juntados às f. 95-97, pelo que garantido o seu direito de defesa e contraditório.

Nesse sentido e pautando pela prevalência do princípio da verdade real, a juntada dos documentos após a realização da audiência não acarreta a nulidade da sentença requerida em sede de preliminar do presente recurso, pelo que resta afastada.

Da mesma forma, a preliminar de nulidade da sentença por falta de fundamentação, inexistência, não prospera.

Inexiste motivo para se argüir nulidade de sentença, sob o argumento de ausência de fundamentação, se todas as questões relevantes postas pelas partes foram devidamente apreciadas no decisum. O magistrado *a quo* expôs em suas razões de decidir os motivos que a levaram concluir daquela maneira, abalizando seus fundamentos na prova documental produzida.

Ademais, o Juiz não está obrigado a esmiuçar todos os pontos argüidos no arrazoado das partes, sendo suficiente que a decisão prolatada seja revestida da necessária fundamentação. Se a sentença, ainda que de forma sucinta, apontou os fundamentos que levaram à procedência parcial da ação, não se mostra nula.

Tendo sido a sentença devidamente fundamentada, examinando todos os pontos controvertidos da demanda, não há nulidade a ser pronunciada, pelo que resta afastada a preliminar de nulidade de sentença por falta de fundamentação, inexistência de provas.

Da mesma forma afasto a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

Verifica-se que, através desta preliminar, o apelante tenta provar que não foi o causador do acidente, e portanto não tem o dever de indenizar a apelada.

Tenta culpar o pai da apelada pela ocorrência do acidente, alegando que ele não tinha habilitação para pilotar, bem como em função da inexistência de certificado de licenciamento e registro no órgão de trânsito.

Ocorre que tais infrações supracitadas, ausência de habilitação, licenciamento e registro, são passíveis de providências administrativas a serem tomadas pelo órgão competente, não podendo, isoladamente, servirem de presunção absoluta de imperícia, imprudência ou negligência.

Ademais, restou provado que o apelante era o condutor e proprietário do veículo S-10 camionete que colidiu com a motoneta em que se encontrava a apelada, sendo que em virtude deste acidente a recorrida sofreu os danos ora reclamados.

Ainda, que o apelante invadiu a via Gonçalves Dias, preferencial, sem tomar os cuidados necessários, sendo, portanto, negligente e imprudente, causando o desastre, não havendo falar em sua ilegitimidade em figurar no pólo passivo da presente ação.

No mérito, também não lhe assiste razão.

O apelante tenta creditar a culpa pelo acidente ao pai da parte requerente, ora apelada, somente porque não tinha habilitação para pilotar, e em função da inexistência de certificado de licenciamento e registro no órgão de trânsito.

A ausência de carteira de habilitação do condutor do veículo acidentado, por si só, não afasta a responsabilidade do outro motorista que incorreu em culpa.

Consoante já mencionado quando da apreciação da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, tais infrações não têm condão de demonstrar a culpa do pai da apelada no acidente, sendo passíveis de providências administrativas a serem tomadas pelo órgão competente, não podendo, isoladamente, servir de presunção absoluta de imperícia, imprudência ou negligência.

A meu viso, tivesse o apelante agido com cautela ao adentrar em avenida, deixando de interceptar a trajetória da moto conduzida pelo pai da autora, ora apelada, certamente não teria ocorrido o infortúnio, donde ressaí o dever de indenizar do recorrente.



No que toca à falta de carteira de habilitação do condutor da moto (pai da recorrida), tal fato não tem o condão de, por si só, afastar a responsabilidade do apelado, já que tal circunstância não foi a causa determinante do acidente, como se viu.

Nesse diapasão: “A falta de carteira de habilitação não influi na responsabilidade civil pela colisão de veículos quando não tenha havido culpa do condutor não habilitado” (TJRS 156/298).

Da mesma forma não existe demonstração de que o pai da apelada estava em excesso de velocidade, como alega o apelante. Na verdade, o apelante busca distorcer o que restou descrito no boletim de ocorrência, na tentativa de eximir-se da culpa pelo ocorrido.

Nesse sentido é a jurisprudência, *in verbis*:

EMENTA: INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - MENOR PÚBERE - MOTORISTA HABILITADO - VEÍCULO PRÓPRIO - HIPÓTESES QUE EXCLUEM A INCIDÊNCIA DO ART. 1.521, I DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO - OCUPANTE DE MOTOCICLETA QUE NÃO UTILIZAVA CAPACETE - FATO QUE NÃO CONTRIBUIU PARA A CAUSAÇÃO DO EVENTO DANOSO - CULPA RECÍPROCA - NÃO CONFIGURAÇÃO.

Não se pode atribuir a responsabilidade pela reparação dos danos causado em acidente de trânsito ao pai de menor púbere se este último era habilitado e possuía veículo próprio. A expedição de carteira de motorista pelo Poder Público em favor do menor aliado o fato de ser ele proprietário do veículo envolvido no sinistro afasta o dever de fiscalização de seu genitor quanto ao seus atos no trânsito, não havendo culpa *in vigilando* no caso.

A não utilização de capacete pelos ocupante de motocicleta abalroada no acidente não é suficiente para que se caracterize culpa concorrente, já que tal fato em nada contribuiu para que o evento ocorresse. (Processo n. 2.0000.00.390257-2/000(1), Rel. Des. D. Viçoso Rodrigues, julgado em 15.5.03, DJ 11.6.03)

EMENTA: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MOTO. AUSÊNCIA DE PROVA DA CULPA DO MOTORISTA. IMPROCEDÊNCIA. - Vislumbra-se a culpa exclusiva da vítima, que, embriagada, na condição de passageiro de moto, abre as pernas e braços, desequilibrando-se e caindo, ocasionando seu óbito. - A ausência de carteira de habilitação, por si só, não gera para o motorista do veículo acidentado o dever de indenizar, visto que necessário averiguar o nexo de causalidade entre o dano e o infortúnio. (Processo n. 2.0000.00.327764-9/000(1), Rel. Des. Silas Vieira, julgado em 27.3.01, DJ 21.4.01).

A apelada juntou aos autos documentos que comprovam todo o alegado, demonstrando as circunstâncias e fatos que sustentam seu direito.

O nexo de causalidade entre os danos sofridos pela apelada e a ação do apelante restou comprovada nos autos através do boletim de ocorrência, em que se vê que este adentrou em avenida preferencial sem as devidas cautelas, vindo, dessa forma, a colidir com a motoneta em que se encontrava a recorrida.

Há prontuários médicos, fotos e laudos que demonstram que em virtude do acidente causado pelo apelante, a apelada teve de se submeter a mais de 12 cirurgias, ficando com seqüelas graves, como encurtamento da perna, lesão definitiva nervosa, dificultando sua locomoção normal, sem falar no fato de que em sendo uma mulher, o lado estético ficou comprometido para sempre.

Assim, como bem asseverou o próprio apelante, o dano somente se configura com a diminuição de um bem jurídico, e *in casu*, restou amplamente provado tal, uma vez que, durante o período de tratamento de sua saúde, sendo submetida a 12 cirurgias, a apelada ficou impossibilitada de trabalhar, até mesmo porque tais procedimentos eram realizados em Campo Grande, sendo que ela reside em Maracaju.

Portanto não há reparos a fazer na sentença prolatada pelo Juízo singular, quanto à condenação de indenização dos danos materiais sofridos, no período compreendido entre a data do acidente, ocorrido em 20 de setembro de 2000, até 30 de abril de 2004 (f. 97), sendo esta última data a mais provável de que tenha cessado a incapacidade para o trabalho.

O apelante menciona, à f. 135, que “é de clareza solar a fraude quanto ao conteúdo dos documentos, tanto que se apresentou contra prova, ou seja, outros orçamentos de oficinas com base na descrição do boletim de ocorrência.”

Ocorre que não há nos autos qualquer documento relativo a orçamento de oficinas, e nem contra prova de tal, visto que não há pedido de condenação da recorrente ao pagamento do conserto da motoneta nesse feito. Assim, não há falar em fraude quanto aos documentos juntados aos autos!

Quanto aos danos morais, é bem verdade que não existem critérios objetivos para fixação da indenização de cunho moral, portanto deve o magistrado, à luz do caso concreto e de todas as circunstâncias que o norteiam, fixar com prudência e moderação o valor da parcela em comento, zelando, sempre, para não se transformar em fonte de enriquecimento para aquele que a pleiteia, mas também que não seja irrisória.

Deve-se levar em conta, dentre outros elementos, o grau de culpa ou dolo do ofensor, o reflexo do dano na vida do ofendido e a capacidade financeira das partes.

Verifico que não apenas o sossego, o íntimo, a tranquilidade da recorrida foram abalados, mas ferida também sua integridade física, já que em razão do acidente está com encurtamento da perna, lesão definitiva nervosa, dificultando sua locomoção normal, e com a agravante da estética ter sido comprometida, ainda mais em se tratando de uma mulher, que, na época dos fatos, apenas uma adolescente de 15 anos.

Tais circunstâncias, no meu sentir, são suficientes para a condenação à indenização por danos morais.

Quanto ao valor da condenação, em que pese a dificuldade para se mensurar o correspondente aos danos causados, o caso concreto com suas peculiaridades e as provas trazidas ao caderno processual são suficientes para solucionar a questão.

Além da compensação ao grave desconforto, à aflição, dor e constrangimento pelos quais passou a apelada, o valor da indenização deve servir também de desincentivo para a prática de novos ilícitos. Deve também levar em conta a extensão do dano, conforme positivado no art. 944 do Código Civil.

Diante de todos os aspectos que se deve considerar, do grau de culpa do recorrente, das circunstâncias e gravidade do caso, e principalmente da larga extensão dos danos impingidos à pessoa, entendo como ponderada e até mesmo módica a quantia de R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais).

*Ex positis*, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto por Marco Antonio Mello Gabinio, mantendo incólume a decisão vergastada pelos fundamentos supramencionados.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITADAS AS PRELIMINARES, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Rubens Bergonzi Bossay e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 17 de novembro de 2008.

\*\*\*

**Agravo n. 2008.008896-7 - Campo Grande**  
**Terceira Turma Cível**  
**Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho**

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA ANTECIPADA – AUXÍLIO-DOENÇA – REQUISITOS – CONFIGURAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Sendo verossímil a alegação do segurado, de que permanece com diagnóstico de doença incapacitante para o trabalho, e havendo risco de sobrevir dano irreparável ou de difícil reparação a direito seu, por força do caráter alimentar do benefício previdenciário, defere-se o pedido de tutela antecipada, que tem por fim o restabelecimento provisório do benefício de auxílio-doença.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de dezembro de 2008.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Paulo Fonseca que, irressignado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Previdenciária n. 001.08.008371-5, que move em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, recorre a este Tribunal, com o fito de ver reformado o referido decisum.

O juízo singular indeferiu o pedido de antecipação de tutela, sob os seguintes argumentos:

1) de que não consta nos autos prova inequívoca do alegado direito da autora, pois o agravante teve o benefício concedido por um ano, sendo que o pedido de prorrogação foi indeferido por não ter a perícia constatado a incapacidade para o trabalho;

2) porque não fez nenhuma prova robusta de sua incapacidade que configura a verossimilhança de suas alegações para concessão do benefício da antecipação da tutela.

O agravante alega, em suma (f. 2-8), que ajuizou ação previdenciária com pedido de tutela antecipada em face do INSS, pleiteando a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, com a determinação de que o agravado conceda-lhe benefício previdenciário de auxílio-doença acidentário a contar de 20.11.2007, quando este foi cassado, a seu ver, indevidamente.

Diz que o Juiz *a quo* indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela por entender que não trouxe prova robusta de sua incapacidade laborativa para fundamentar a antecipação pretendida.

Afirma que ao contrário do que foi considerado na decisão agravada, juntou na inicial provas de sua incapacidade laborativa, comprovando que a decisão do INSS que conclui estar ele apto para o trabalho, em 20.11.2007, estava equivocada, e que, portanto, faz jus à continuidade do recebimento do benefício desde então.

Aduz que é “inegável a presença de provas robustas com a inicial que justifiquem a verossimilhança e plausibilidade do direito alegado, a fim de fundamentar a antecipação dos efeitos da tutela pretendida”.

Pugna pelo provimento do recurso a fim de ser reformada a decisão do magistrado singular, que negou o pedido de antecipação da tutela para ser determinado ao agravado instituir o benefício previdenciário em seu favor de auxílio doença acidentário a partir de 20.11.07, data que foi cessado.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo (f. 53 TJ/MS).

Regularmente intimado, o agravado, INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, apresentou as suas contra-razões, pugnando pelo não-provimento do presente recurso.

## VOTO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Paulo Fonseca buscando a reforma da decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação previdenciária n. 001.08.008371-5, que move em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social.

O agravante ajuizou ação previdenciária com pedido de tutela antecipada em face do INSS, pleiteando a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, com a determinação de que o agravado conceda-lhe benefício previdenciário de auxílio-doença acidentário a contar de 20.11.07, quando este foi cassado, a seu ver, indevidamente.

O magistrado singular negou a concessão de antecipação da tutela, sob os seguintes argumentos:

1) de que não consta nos autos prova inequívoca do alegado direito da autora, pois o agravante teve o benefício concedido por um ano, sendo que o pedido de prorrogação foi indeferido por não ter a perícia constatado a incapacidade para o trabalho;

2) porque não fez nenhuma prova robusta de sua incapacidade que configura a verossimilhança de suas alegações para concessão do benefício da antecipação da tutela.

O agravante aduz que, ao contrário do que foi considerado na decisão agravada, juntou, na inicial, provas de sua incapacidade laborativa, comprovando que a decisão do INSS que conclui estar ele apto para o trabalho, em 20.11.07, estava equivocada, e que, portanto, faz jus à continuidade do recebimento do benefício desde então.

Afirma, ainda, que os requisitos para a concessão dos benefícios da antecipação dos efeitos da tutela pretendida encontram-se preenchidos, uma vez que é justificada, através das provas, a verossimilhança e plausibilidade do direito alegado.

Busca com o presente recurso a reforma da decisão do magistrado singular, que negou o pedido de antecipação da tutela para que seja determinado ao agravado que institua o benefício previdenciário em seu favor de auxílio-doença acidentário a partir de 20.11.07, data que foi cessado.

Pois bem, sopesando os argumentos colacionados, temos que o presente recurso merece acolhimento.

O cerne dos presentes cinge-se na cognição se os elementos autorizadores da concessão da tutela antecipada estão presentes.

Inferre-se dos autos, mormente dos laudos médicos de f. 22 e 24, que o agravante está inapto para o trabalho.

Salvo melhor juízo, estão presentes, *in casu*, os requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipada.

Para a concessão da antecipação da tutela, necessário que todos os elementos do artigo 273 do CPC estejam presentes, devendo ser apresentada prova inequívoca hábil a convencer da verossimilhança, além do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

A tutela antecipada, prevista no artigo 273 do CPC, constitui-se em instituto diverso da em sede de medida cautelar. Segundo Athos Gusmão Carneiro, em *Da Antecipação de Tutela*, 3ª ed., Forense, 2002, p. 17, temos que:

A antecipação da tutela depende de que prova inequívoca convença o magistrado da verossimilhança das alegações do autor. Mas tais pressupostos não são bastante. É mister que aos mesmos se cônjugue o fundado receio, com amparo em dados objetivos, de que a previsível demora no andamento do processo cause ao demandante dano irreparável ou de difícil reparação; ou, alternativamente, de que fique caracterizado o abuso do direito de defesa, abuso que inclusive se pode revelar pelo manifesto propósito protelatório revelado pela conduta do réu no processo, ou, até, extra processualmente.

Como pressuposto negativo, a norma legal proíbe a antecipação de tutela quando sua efetivação deva acarretar consequência irreversíveis[...]

[...]

Por isso, a tutela antecipada apenas precipita no tempo o possível resultado final e definitivo do processo, que deverá prosseguir até que este seja alcançado (José Roberto Bedaque, art. *In Aspectos Polêmicos da Tutela Antecipada*, cit., p. 226). (Grifo no original e nosso).

Objetiva-se entregar ao autor a própria pretensão deduzida em juízo. Trata-se de tutela satisfativa, pois realiza o direito pretendido com a ação de conhecimento.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, no Código de Processo Civil Comentado, RT, 2002, p. 613, bem diferenciam a tutela antecipada da tutela cautelar de forma tão precisa que merece ser transcrita:

3. Tutela antecipatória e tutela cautelar. A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor) (Grifo nosso).

A tutela antecipada baseia-se numa alegação verossímil que se assenta num juízo de probabilidade, resultante da análise dos motivos favoráveis e dos contrários.

A respeito da tutela antecipada, Humberto Theodoro Júnior<sup>1</sup> leciona:

O texto do dispositivo legal em questão prevê que a tutela antecipada, que poderá ser total ou parcial em relação aos efeitos do pedido formulado na inicial, dependerá dos seguintes requisitos:

- a) requerimento da parte;
- b) produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial;
- c) convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte;
- d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
- e) caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; e
- f) possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa

São requisitos concorrentes, ou seja, a falta de algum deles importa em indeferimento da medida requerida.

Já sobre a prova inequívoca, Humberto Theodoro Júnior, obra citada, página 335, explica que:

Por prova inequívoca deve entender-se a que, por sua clareza e precisão, autorizaria, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor (mérito), se o litígio, hipoteticamente, devesse ser julgado naquele instante. Não a elide a possibilidade, também hipotética, de que contraprova futura possa eventualmente desmerecê-la. No momento, porém, da concessão da medida provisória, a prova disponível não deve ensejar dúvida na convicção do julgador.

No mesmo norte, a doutrina de Ernane Fidélis dos Santos<sup>2</sup>:

A verossimilhança, pois, e a prova inequívoca, são conceitos que se completam

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Civil. v. I, 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 333.

2 SANTOS, Ernani Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. v. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 30.



exatamente para informar que a antecipação da tutela só pode ocorrer na hipótese de juízo de máxima probabilidade, a certeza, ainda que provisória, revelada por fundamentação fática, onde presentes estão apenas motivos positivos de crença.

Com efeito, a antecipação de tutela requerida na inicial deve vir acompanhada de elementos de convicção e probatórios suficientes para demonstrar não só a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, como também o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, sem o que não há deferir a tutela de plano.

Após detida leitura dos autos, vê-se que está clara a condição de segurado do agravante, que vinha recebendo o benefício, cancelado em novembro de 2007 (f. 35-TJ), após perícia médica realizada pelo recorrente.

Quanto ao primeiro dos requisitos, a verossimilhança das alegações, verifica-se que, conforme provas juntadas aos autos, o agravante, segurado do INSS, sofre de dores diante de um acidente de trabalho, quando foi-lhe amputado o dedo médio, tendo inflamação, alergia, dentre outras complicações, que o impedem de exercer o trabalho que habitualmente exercia.

A despeito do suposto exame realizado pelos peritos do agravado, foram juntados aos autos atestados médicos (f. 22 e 24-TJ/MS) datados de novembro e dezembro de 2007 (época e pouco após a perícia do INSS), em que afirmam que o agravante encontra-se “sem condições para o trabalho”.

Como é de conhecimento comum, infelizmente as perícias realizadas pelos médicos da autarquia agravada nem sempre são executadas com a devida atenção que merece o segurado e, muitas vezes, são questionáveis. Assim, tendo em vista a presença nos autos de laudos médicos assinados por dois profissionais idôneos, até ulterior decisão, presume-se que o agravante permanece incapacitado para exercer suas funções em seu trabalho.

Segundo o art. 86, *caput*, da Lei n. 8.213/91, na redação atual dada pela Lei n. 9.528/97:

O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Enfim, há prova suficiente de que o agravante está incapacitado para o trabalho.

Da mesma forma, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação está consubstanciado no caráter alimentar de que se reveste tal benefício, que poderia restar frustrado pela demora. Uma vez incapacitado, como está, para exercer suas atividades funcionais, ao agravante deve ser concedido o benefício, de modo que esta possa prover suas necessidades básicas.

Afinal, a função do Instituto Nacional do Seguro Social é, *prima facie*, garantir a sobrevivência digna dos segurados, que para ela contribuem com o intuito, justamente, de se verem resguardados em situações como a ora sob exame.

Coadunando de tal posicionamento é a seguinte jurisprudência:

ACÇÃO ACIDENTÁRIA - TUTELA ANTECIPADA - AUXÍLIO-DOENÇA - REQUISITOS - CONFIGURAÇÃO. Sendo verossímil a alegação do segurado, de que permanece com diagnóstico de doença incapacitante para o trabalho, e havendo risco de sobrevir dano irreparável ou de difícil reparação a direito seu, por força do caráter alimentar

do benefício previdenciário, defere-se o pedido de tutela antecipada, que tem por fim o restabelecimento provisório do benefício de auxílio-doença. (TJMG, Ag n. 1.0701.06.153162-3/001, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, julgado em 21.8.07, p. 31.8.07)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESTABELECIMENTO. BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS PRESENTES. A antecipação de tutela pressupõe ameaça de lesão, mediante a produção prévia de prova inequívoca do direito sustentado. Estando presente a verossimilhança das alegações, bem como o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, deve-se manter a decisão de Primeira Instância que deferiu a tutela antecipada. Preliminar rejeitada e agravo não provido. (TJMG, Décima Câmara Cível, Ag n. 1.0702.06.264493-6/001, Rel. Des. Pereira da Silva, julgado em 27.3.07, p. 13.4.07).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA - EXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA E DE FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL - DEFERIMENTO Demonstrado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, impõe-se a manutenção da decisão hostilizada que deferiu a tutela antecipada, para que seja restabelecido o benefício acidentário. (TJ/MG, Ag n. 1.0672.07.261217-5/001(1), Rel. Des. Ivimar de Ávila, DJ 10.11.07).

AGRAVO DE INSTRUMENTO: ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - AUXÍLIO DOENÇA - POSSIBILIDADE - DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA - PRESUNÇÃO RELATIVA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS - LESÃO GRAVE OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO À REQUERENTE-AGRAVADA - REEXAME NECESSÁRIO - DESNECESSIDADE. - Presentes os requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipada, principalmente em se tratando de benefício que possui caráter alimentar, necessária se faz a manutenção da medida, vez que a sua interrupção causará maiores danos à parte debilitada, mesmo que vencida ao final. - A decisão que antecipa os efeitos da tutela não se submete ao reexame necessário por ausência de expressa previsão legal. (TJMG, Ag n. 1.0610.07.016876-6/001(1); Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup>. Cláudia Maia, DJ 1º.12.07).

Quanto ao disposto pelo parágrafo segundo do artigo 273 do CPC, que diz ser a antecipação de tutela incompatível com a irreversibilidade dos efeitos, temos que se trata de tormentoso problema, pois a aplicação direta desse dispositivo sem dúvida pode ser fonte de inúmeras iniquidades.

Tal se dará, em especial, no choque de valores e direitos constitucionais. De fato, a antecipação de tutela pode, como no presente caso, conceder a fruição de um direito de natureza alimentar a um hipossuficiente. Ora, é cediço que as verbas alimentares ostentam irrepetibilidade, ou seja, há irreversibilidade dos efeitos. Mas pergunta-se, é justo que se comprometa a eficácia de direitos fundamentais para preservação da integridade da eficácia do dispositivo?

Parece que na hipótese é inafastável a invocação do princípio da proporcionalidade como vetor que fornece a resposta diante da perspectiva de uma ordem jurídica justa.

Mas note-se, a invocação do princípio da proporcionalidade implica que se contraponham direitos de envergadura díspar. Podemos invocar como paradigmas os direitos fundamentais do artigo 5º da CF/88 (mas não somente ali), de modo que a aplicação da vedação de antecipação de efeitos irreversíveis não é absoluta quando em voga direitos fundamentais, como a vida e a saúde, dentre outros.

Assim, entendo que não há privilegiar, data venia, o § 2º do art. 273 do CPC, que veda a concessão da medida caso haja perigo de irreversibilidade. É dizer, a irreversibilidade dos efeitos decorrentes da medida não é óbice intransponível à sua concessão, mormente ante a ponderação dos direitos em jogo, ou seja, de um lado há o interesse econômico do agravado e, de outro, o indisponível direito à vida, à sobrevivência digna do agravante.

Mediante essas considerações, conheço do agravo de instrumento interposto para dar-lhe provimento, reformando a decisão hostilizada de f. 45-46-TJ/MS, a fim de ser concedido o benefício da antecipação da tutela requerido na exordial da ação previdenciária proposto por Paulo Fonseca.

## 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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Oswaldo Rodrigues de Melo e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Agravo n. 2008.009029-2 - Fátima do Sul**  
**Terceira Turma Cível**  
**Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho**

E M E N T A – IPTU – TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO – CARNÊ – NOTIFICAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE PROVA DA ENTREGA – NULIDADE CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA (CDA) – CÔMPUTO DE VÁRIOS EXERCÍCIOS NUM SÓ, SEM DISCRIMINAÇÃO DO PRINCIPAL E DOS CONSECTÁRIOS LEGAIS, ANO A ANO – RECURSO PROVIDO.

1. O IPTU é imposto lançado de ofício, e a notificação ao sujeito passivo da obrigação tributária é requisito indispensável para a eficácia do crédito tributário.

2. A prova de que houve notificação regular e eficaz do lançamento incumbe à Administração e não ao administrado, mormente quando se trata de lançamento de ofício.

3. A inscrição na dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza se contiver todas as exigências legais, entre as quais se encontram o valor originário do débito tributário, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato, ex vi do disposto nos artigos 2º, § 5º, II, da Lei n. 6.830/80, e 202, II, do CTN.

4. A finalidade dessa regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções fiscais arbitrárias.

5. *In casu*, a CDA, embasadora do executivo fiscal, engloba vários exercícios num só, sem que haja discriminação do principal e dos consectários legais de cada ano, o que impossibilita o exercício constitucionalmente assegurado da ampla defesa, visto dificultar a exata compreensão do quantum exequendo. Dessarte, depreende-se que a CDA em comento não atende aos requisitos dispostos nos artigos 2º e 202 do CTN.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de novembro de 2008.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Josenildo Alves de Oliveira contra decisão proferida pela Juíza da 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul – MS, que, nos autos de Ação de Execução n. 010.07.000627-0/000 que lhe move o Município de Fátima do Sul - rejeitou a exceção de pré-executividade e determinou a intimação do credor para indicar bens penhoráveis, no prazo de cinco dias.

Aduz, em apertada síntese, que os títulos executivos que instruem a ação de execução são nulos.

Afirma que a Certidão de Dívida Ativa juntada aos autos não atende aos requisitos de validade para lhe legitimar como título executivo hábil a instruir a execução, o que pode ter reconhecida sua nulidade por este sodalício, por ser questão de ordem pública.

Diz que não há comprovação de notificação do agravante, na qualidade de contribuinte, do lançamento do IPTU, bem como na CDA não há discriminação dos valores do tributo por exercício, pois se utilizou o agravado de uma única certidão para diversos, deixando ainda de especificar a fórmula para o cálculo de juros (percentual) e da multa.

Assevera que a exceção de pré-executividade é cabível para discutir matérias de ordem pública na execução fiscal, id est, os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo, atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade.

Conclui afirmando que, “nesta síntese, não há necessidade de dilação probatória se a própria CDA não atende a exigência da Lei, e para comprovar a notificação regular bastaria o agravado na impugnação apresentar sua efetivação e realização, já que não há necessidade de oitiva de testemunhas ou requisição de documentos”.

Pugna, por fim, pelo provimento do presente recurso, para se anular a execução e julga-la extinta por inexistência de título hábil para tanto.

## VOTO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Josenildo Alves de Oliveira contra decisão proferida pela Juíza da 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul – MS, que, nos autos de Ação de Execução n. 010.07.000627-0/000 que lhe move o Município de Fátima do Sul - rejeitou a exceção de pré-executividade e determinou a intimação do credor para indicar bens penhoráveis, no prazo de cinco dias.

O agravante afirma que os títulos executivos são nulos, uma vez que não foram observadas as formalidades legais para sua constituição.

Diz não haver prova nos autos de sua devida notificação, como contribuinte, do lançamento do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU; e que a Certidão de Dívida Ativa - CDA - não preencheu o disposto pelo art. 202 do CTN, já que não há discriminação dos valores do IPTU por exercício na CDA, pois se utilizou o agravado de uma única certidão para diversos exercícios, deixando ainda de especificar a fórmula para o cálculo de juros (percentual) e da multa.

Ao compulsar os autos, nota-se que a juíza de 1.º grau rejeitou a exceção de pré-executividade argüida pelo agravante, afirmando que a falta do número de constituição legal do crédito ou da notificação do contribuinte na CDA não possuem o condão de tornar nulos os títulos executivos que instruem a ação de execução, bem como caberia ao recorrente comprovar o não-recebimento da notificação do lançamento do IPTU.

A propósito, assim restou fundamentada a decisão da Juíza *a quo*, *in verbis*:

A falta do número do procedimento de constituição legal do crédito ou da notificação do contribuinte na CDA, não possuem o condão de tornar nulos os títulos executivos que instruem a ação de execução, pois em momento algum, tal fato prejudicou a defesa do embargante.

Ademais, o Município exequente utiliza-se do envio do carnê de IPTU para efetivar a notificação do devedor, cabendo a este comprovar o não recebimento do documento

[...]

Assim, a comprovação do não recebimento do carnê de IPTU, para que seja configurada a ausência de notificação, depende de dilação probatória, o que não se admite na Exceção de pré-executividade, podendo, entretanto, ser feita por meio de embargos. (F. 32-34 TJMS.)

Tenho que a pretensão do agravante merece ser acolhida.

O lançamento tributário é um ato administrativo rigorosamente vinculado à lei, e, uma vez realizado pelo agente público competente, e dele tendo sido notificado o contribuinte, confere ao crédito tributário liquidez e certeza.

O imposto predial territorial urbano é um tributo cujo lançamento ocorre de ofício, de forma que o Fisco apura o montante do débito e envia o carnê de pagamento para os contribuintes, que se consideram notificados a partir desse momento, seja para efetuarem o pagamento seja para interposição de recurso na via administrativa.

Nesse aspecto, Hugo de Brito Machado<sup>1</sup> argumenta:

O lançamento do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é feito de ofício. As entidades da Administração tributária, no caso as Prefeituras, dispõem de cadastro dos imóveis e com base neste efetuam, anualmente, o lançamento do tributo, notificando os respectivos contribuintes para o seu pagamento.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PRESCRIÇÃO. O IPTU é tributo lançado de ofício pelo sujeito ativo. A entidade tributante utiliza-se, por permissão legal, de cadastro dos imóveis situados no município e, com base nos dados apanhados, efetua, anualmente, o lançamento do tributo. Não há, portanto, exigência legal, na espécie, de instauração de prévio procedimento administrativo. Há obrigatoriedade, apenas, de se notificar o contribuinte para que efetue o pagamento ou impugne a cobrança. (STJ, REsp n. 648285/PB, REsp n. 2004/0043187, julgado em 3.2.05, DJ 28.3.05, p. 209, RNDJ, vol. 66, p. 141) - destaque.

<sup>1</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 392

Portanto, o crédito tributário será considerado definitivamente constituído com a notificação enviada ao sujeito passivo do lançamento do tributo, e se houver recurso administrativo, estará constituído o crédito a partir da notificação da decisão final prolatada na esfera administrativa.

Assim, ao compulsar os autos, verifica-se que o agravado não logrou êxito em demonstrar que o agravante foi devidamente notificado para que ocorresse a subsunção do fato à norma, ou seja, a exigibilidade do crédito. Outrossim, cumpre esclarecer que a notificação poderia ocorrer pelo Correio; edital, ou outro meio lícito que lhe fosse possível para tornar notório esse fato.

Portanto, diante da ausência da notificação do agravante para efetuar o pagamento, não há falar em exigibilidade da Certidão da Dívida Ativa que instruiu o processo de execução fiscal.

Nesse sentido é o entendimento doutrinário de Aires Fernandino Barreto, em artigo publicado na Revista de Direito Tributário n. 45, p. 193, sobre o IPTU:

E a prova de que houve notificação regular e eficaz do lançamento incumbe à Administração e não ao administrado, mormente quando se trata – como no caso em exame – de imposto de lançamento direto ou, como comumente designado, de lançamento ‘*ex officio*’, cuja elaboração independe de qualquer providência do sujeito passivo, já que é a Administração quem se incumbe de investigar – pelos meios postos à sua disposição – a verdade material, para recolher os elementos necessários à sua feitura e notificação.

Paulo de Barros Carvalho<sup>2</sup> assim manifestou-se a respeito deste tema:

Ingressemos no plano da eficácia do lançamento. Quando se torna ele eficaz? Sempre que regularmente notificado ao sujeito passivo. Entretanto, que é a notificação, que outorga eficácia ao ato jurídico administrativo do lançamento? [...] É a notícia que a Administração dirige ao sujeito passivo do tributo, dando-lhe conhecimento da celebração do ato de lançamento e dos termos da exigibilidade do crédito [...] O lançamento pode ser válido, porém ineficaz, em virtude de notificação inexistente ou nula. Uma coisa é atacarmos os vícios do ato de lançamento; outra é cogitar dos defeitos da notificação. Esta se presta, unicamente, para dar ciência ao sujeito passivo, da formalização do crédito, que nascera ao ensejo do acontecimento jurídico tributário, fixando-lhe os termos da exigibilidade.

[...] Se o lançamento existir e for válido, não desencadeará qualquer efeito jurídico, enquanto não comunicado ao sujeito passivo, por intermédio do ato de notificação. Mesmo existente e válido, o lançamento pode ficar prejudicado em sua eficácia, pela demonstração de vício capital (nulidade absoluta) ou acidental (nulidade relativa) do ato de notificação.

Neste sentido é o entendimento jurisprudencial desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – IPTU – PRELIMINAR – NULIDADE DA EXECUÇÃO – TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – INEXIGIBILIDADE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – RECURSO PROVIDO.

[...]

Sendo o IPTU um lançamento que se dá de ofício pela autoridade administrativa, a notificação é requisito indispensável porquanto o lançamento somente pode produzir os efeitos a que é destinado após devidamente cientificado ao sujeito passivo.

2 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 269-270.



É inexigível a certidão de dívida ativa, não servindo para embasar execução fiscal, quando não houve a necessária notificação do contribuinte, porquanto o lançamento somente pode produzir os efeitos a que é destinado após devidamente cientificado o sujeito passivo.” (TJMS, AC - Execução - n. 2005.006304-5, Terceira Turma Cível, Ponta Porã, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 20.6.05).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – IPTU – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA AGRAVADA – POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA MATÉRIA EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – INEXIGIBILIDADE DA CDA – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Não havendo prova acerca do envio da notificação de lançamento do IPTU ao contribuinte, não há como se lavrar a Certidão de Dívida Ativa e, conseqüentemente, exigi-la através de execução fiscal. (TJMS, AgRg em Ag n. 2005.002109-2/0001-00, Segunda Turma Cível, Campo Grande, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, 29.3.05 ).

Nesse diapasão, cumpre salientar que o ônus da prova pertencia ao agravado, a quem incumbia demonstrar o fato constitutivo de seu direito, conforme dispõe o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Portanto, diante da ausência de notificação do agravante, dever ser declarada nula a Certidão da Dívida Ativa.

Dessa forma se assim não fosse, é de se observar que a CDA juntada aos autos não preenche os requisitos previstos em lei para sua validade. Senão vejamos.

A inscrição na dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza contiver todas as exigências legais, entre as quais se encontram o valor originário do débito tributário, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato, ex vi do disposto nos artigos 2º, § 5º, II, da Lei n. 6.830/80, e 202, II, do CTN.

A finalidade dessa regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções fiscais arbitrárias.

*In casu*, a CDA, embasadora do executivo fiscal, engloba vários exercícios num só, sem que haja discriminação do principal e dos consectários legais de cada ano, o que impossibilita o exercício constitucionalmente assegurado da ampla defesa, visto dificultar a exata compreensão do quantum exequendo. Dessarte, depreende-se que a CDA em comento não atende aos requisitos dispostos nos artigos 2º e 202 do CTN.

Por demais, o STJ vem decidindo neste sentido sobre a matéria:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL JULGADOS PROCEDENTES. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - CDA. CÔMPUTO DE VÁRIOS EXERCÍCIOS NUM SÓ, SEM DISCRIMINAÇÃO DO PRINCIPAL E DOS CONSECTÁRIOS LEGAIS, ANO A ANO. SUBSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO. ART. 2º, § 8º, DA LEI N. 6.830/80. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os arts. 202 do CTN e 2º, § 5º da Lei n. 6.830/80, preconizam que a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida que contenha todas as exigências legais, inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como forma de cálculo de juros e de correção monetária.

2. A finalidade dessa regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias.

3. *In casu*, verifica-se que CDA embasadora do executivo fiscal engloba vários exercícios num só, sem que haja discriminação do principal e dos consectários legais de cada ano, o que impossibilita o exercício constitucionalmente assegurado da ampla defesa, posto dificultar a exata compreensão do quantum exequendo. Dessarte, depreende-se que a CDA em comento não atende os requisitos dispostos no art. 202 do CTN. Precedentes: REsp 818.212 - RS, Relator Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ de 30 de março de 2006; REsp 681.972 - RS, Relatora Ministra ELIANA

CALMON, Segunda Turma, DJ de 22 de março de 2006; Resp 810.863 - RS, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ de 23 de março de 2006.

4. O art. 2º, § 8º, da Lei n.º 6.830/80, dispõe que “até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.”

5. A doutrina e a jurisprudência da Primeira Seção desta Corte Superior são acordes no sentido de que a substituição ou emenda da CDA pode ser efetivada pela Fazenda Pública até a prolação da sentença dos embargos à execução.

6. Precedentes: RESP n. 796.292/RS, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Eliana Calmon, DJ de 06.3.06; RESP n. 781.063/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13.2.06; RESP n. 790.530/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.12.05; RESP n. 791.114/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.12.05.

7. O termo final para que seja efetivada a substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa é a sentença dos embargos à execução e não a sentença da execução (Humberto Theodoro Júnior, *in* “Lei de Execução Fiscal: Comentários e Jurisprudência”. 9ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo. 2004. p. 26; Cláudia Rodrigues *in* “O Título Executivo na Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p. 207/208 e 212; Arakén de Assis *in* “Manual do Processo de Execução”. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2000. p. 813, Américo Luís Martins da Silva, *in* “A Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública”, fls. 146/147).

8. *In casu*, à Fazenda Municipal era facultado emendar ou substituir o título executivo até a prolação da sentença que acolheu os embargos à execução fiscal; quedando-se inerte, opera-se a fortiori a preclusão temporal.

9. Recurso Especial conhecido e desprovido.” (REsp n. 902.357/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.3.07, DJ 9.4.07).

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MUNICÍPIO PARA SUBSTITUIÇÃO DA CDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - CDA - REQUISITOS DE VALIDADE - AUSÊNCIA - NULIDADE - PRECEDENTES.

- O requisito do prequestionamento exige a emissão de juízo de valor sobre a matéria tratada nos autos.

- A Certidão de Dívida Ativa - CDA deve estar revestida de todos os elementos necessários à correta identificação, pelo devedor, do objeto da execução, com suas partes constitutivas (principal e acessórias), os fundamentos legais, de modo a garantir a defesa do executado. A ausência de qualquer desses requisitos, que são essenciais para viabilizar o exercício constitucional da ampla defesa do devedor, implica nulidade do título que instrumentaliza a execução fiscal.

- Recurso especial conhecido, mas improvido. (REsp n. 789.265/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 6.12.05, DJ 13.2.06).

Também neste sentido, os seguintes julgados do STJ: REsp n. 902.357/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.3.07, DJ 9.4.2007; REsp n. 789.265/RS, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 6.12.05, DJ 13.2.06; e REsp n. 733.432/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 21.6.05, DJ 8.8.05.

Isso posto, e diante de tudo o mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso para declarar nulo o título executivo objeto da Ação de Execução n. 010.06.002325-2 que o Município de Fátima do Sul promove em face de José Bispo dos Santos.

## 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. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Rubens Bergonzi Bossay e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 17 de novembro de 2008.

\*\*\*

**Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2008.005868-9/0001-0****Capital - Tribunal Pleno****Relator Des. Hildebrando Coelho Neto**

**E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL – LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA – AUSÊNCIA DE FATO NOVO CAPAZ DE ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DO DECISUM – RECURSO IMPROVIDO.**

Mantém-se a decisão que concedeu medida liminar em mandado de segurança, se não demonstrado fato novo que possa ensejar a modificação do entendimento externado no decisum guerreado.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, negar provimento ao regimental, nos termos do voto do relator. Ausentes, nesta sessão, justificadamente, os vogais 1º, 2º, 5º, 6º e 9º.

Campo Grande, 17 de setembro de 2008.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

O Estado de Mato Grosso do Sul, não se conformando com a decisão que concedeu a medida liminar (f. 94-95) postulada por José Paulo Engel, nos autos do mandado de segurança n. 2008.005868-9, determinando a continuidade do pagamento dos proventos outrora interrompido, interpõe o presente agravo regimental, sustentando, em síntese, que a referida suspensão é legítima, haja vista que o agravado foi excluído das fileiras da Polícia Militar. Alega, ainda, que o agravado não tem direito adquirido aos proventos e que a transferência para a reserva remunerada não afasta a possibilidade de exclusão do policial a bem da disciplina. Por derradeiro, argumenta não ter sido demonstrada a presença dos requisitos indispensáveis à concessão de liminar e que a manutenção do entendimento invectivado implica em afronta a princípios constitucionais.

Pede a retratação do decisum e, caso seja mantido, que se submeta o recurso à apreciação do Tribunal Pleno desta Corte.

**VOTO (10.09.2008)**

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Está assim vazada a decisão que deferiu o pedido de liminar, determinando fosse restabelecido o pagamento dos proventos do agravado:

Vistos etc.

José Paulo Engel, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, pelo Secretário de Administração de Mato Grosso do Sul, bem assim pelo Comandante Geral da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul.

Sustenta, em síntese, que a decisão administrativa que o excluiu da Polícia Militar foi proferida em data posterior àquela em que foi concedida sua aposentadoria, o que faz subsistir seu direito aos proventos, ainda que permaneça excluído da corporação, eis que se trata de direito adquirido.

Pede a concessão de liminar para que seja prontamente restabelecido o pagamento outrora suspenso.

É o relatório. Decido.

Colhe-se dos autos que o impetrante foi transferido para a reserva remunerada da Polícia Militar, em 13.07.07, por ter atingido a idade limite de permanência no serviço ativo, conforme se depreende dos documentos de f. 70-74.

Após ter sido absolvido em processo administrativo em seu desfavor instaurado, o Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul resolveu excluí-lo da corporação, a bem da disciplina, ato esse publicado no Diário Oficial n. 7.040, de 28.08.07 (f. 85).

Em decorrência da medida, promoveu-se a suspensão do pagamento de seus proventos de aposentadoria, desde o mês de janeiro de 2008, conforme se vê do documento de f. 84.

A liminar deve ser concedida.

Com efeito, é relevante o argumento apresentado pelo impetrante, sobretudo no que diz respeito ao direito adquirido à aposentadoria, reconhecido pela Administração em processo administrativo instaurado especificamente com esta finalidade.

Outrossim, não se vislumbra, em um primeiro momento, a possibilidade de a situação relatada pelo autor estar sujeita ao regramento contido na primeira parte do parágrafo único do artigo 115, da Lei Complementar n. 53/90.

Assim, tem-se por presente o *fumus boni juris* necessário ao deferimento da medida antecipatória.

De outra parte, observa-se que a suspensão do pagamento dos proventos ocorreu no mês de janeiro de 2008, persistindo até o presente momento, de onde resulta claro o *periculum in mora* decorrente do não recebimento dessa verba de natureza alimentar.

Ante o exposto, presentes os pressupostos específicos para a concessão de liminar, defiro-a para o fim de determinar que a Administração restabeleça o pagamento dos proventos em favor do impetrante, até que haja pronunciamento definitivo desta Corte sobre o objeto do presente mandamus. (f. 94-95).

As razões invocadas neste regimental de modo algum me animam a rever o entendimento externado na decisão guerreada.

Com efeito, não se vislumbra, por ora, elemento de convencimento capaz de justificar a interrupção do pagamento de proventos ao agravado que, em primeira análise, adquiriu direito à aposentadoria por atender aos critérios estabelecidos pela legislação em vigor, quando de sua passagem para a reserva.

Assim, ainda que se admita a exclusão do policial a bem da disciplina, permanecem presentes os requisitos necessários à concessão da liminar.

Ante o exposto, por não ter o recorrente apresentado fatos e fundamentos jurídicos que justifiquem a alteração do decisum invecivado, nego provimento ao regimental.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (3º Vogal)

De acordo com o relator.

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges (4ª Vogal)

Acompanho o relator porque se trata ainda de concessão de liminar.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (7º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (8º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (9º Vogal)

Estamos discutindo aqui a liminar, acompanho o relator neste caso, neste momento.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (10º Vogal)

Em se tratando de liminar, acompanho o relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (11º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (12º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (13º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa da Silva (14º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (15º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (17º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (25º Vogal)

Acompanho o relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 16º VOGAL, DES. GILBERTO DA SILVA CASTRO, APÓS O RELATOR E OS VOGAIS 3º, 4º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 17º E 25º NEGAREM PROVIMENTO AO REGIMENTAL. OS DEMAIS AGUARDAM. AUSENTES, NESTA SESSÃO, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS 1º, 2º, 5º, 6º, 20º E 21º.



**VOTO (17.9.2008)**

O Sr. Des. Gilberto da Silva Castro (16º Vogal)

O impetrante, ora agravado, ingressou com ação de segurança em face ao Secretário de Administração, ao Governador do Estado e ao Comandante-Geral da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, para a declaração de ilegalidade da suspensão do pagamento dos seus proventos e o restabelecimento dos efeitos da sua aposentadoria.

O agravante ataca a decisão do relator, de f. 94-5 do apenso, que concedeu a liminar pleiteada.

Na sessão anterior, tive dúvida em acompanhar o voto do relator, o que me levou a pedir vista dos autos para melhor exame. O que feito, peço vênica para manifestar divergência.

Depreende-se que o impetrante, Sargento da Polícia Militar, foi transferido, *ex officio*, para a reserva remunerada, por decreto do Governador do Estado, publicado em 13 de julho de 2007 (f. 74).

Ocorre que, nesse tempo, o impetrante já respondia a processo administrativo, do que resultou a sua exclusão da corporação, a bem da disciplina, por solução do Comandante-Geral da PM (f. 132-7), publicada em 28 de agosto de 2007 (f. 85).

Dessa decisão do Comandante-Geral, o autor intentou Mandado de Segurança junto à Auditoria Militar (autos n. 001.07.061899-3), denegado pelo Juiz em 14 de novembro de 2007 (f. 143-53), objeto agora da Apelação n. 2008.3590-4, em trâmite na Segunda Turma Cível (f. 89).

No presente, por outra ação de segurança, o impetrante sustenta que tem direito adquirido à aposentadoria, visto que cumpriu todas as exigências necessárias a sua obtenção.

Por primeiro, julgo que não é caso de mandado de segurança, nos termos do art. 5º, II, da Lei n. 1.533/51, porquanto já existe recurso neste Tribunal, da decisão judicial que manteve o ato de exclusão e consequentemente a perda da condição de policial-militar e do direito a percepção de proventos da reserva remunerada.

Ora, a praça excluída a bem da disciplina não tem direito a remuneração, conforme dispõe o parágrafo único, do art. 115, da Lei Complementar Estadual n. 53/90 (Estatuto dos Policiais Militares), mas ficando preservado o tempo de contribuição à previdência.

O fato de que o impetrante encontra-se na reserva remunerada não impede a sua exclusão a bem da disciplina, haja vista o disposto nos arts. 13, § 3º, e 46, § 2º, do citado estatuto.

Nesse particular, anoto, ainda, que o militar na reserva remunerada, ainda que na inatividade, pode ser convocado para prestar serviço temporário, de maneira que continua sujeito às regras do respectivo estatuto, que inclui a possibilidade da perda do cargo. A inicial da segurança fala em aposentadoria, termo que não corresponde, tecnicamente, a real situação do autor, que aguardava, ainda, a sua reforma.

Portanto, tendo o autor perdido o vínculo com o Estado, há que buscar a sua aposentadoria no sistema da previdência geral, valendo-se da soma das contribuições aos sistemas diversos.

A propósito, os impetrados, ora agravantes, mencionam, às f. 120-21, julgados dos tribunais superiores, a saber: o Recurso em Mandado de Segurança 16677/GO, junto ao Superior Tribunal de Justiça, relator o Min. Jorge Scartezzini; e o Recurso Extraordinário 217781/RS, junto ao Supremo Tribunal Federal, relator o Min. Sepúlveda Pertence.

Diante do exposto, é que dou provimento ao regimental para tornar insubsistente a concessão de liminar.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (18º Vogal)

No mérito desse mandado de segurança se decidirá sobre a possibilidade ou não de exclusão do policial a bem da disciplina, mesmo que esteja na reserva. Entendo que o relator foi cauteloso ao votar pela continuidade de recebimento dos proventos até que seja decidida essa segurança.

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (19º Vogal)

Acompanho o Des. Gilberto porque não há falar no cumprimento dos requisitos já que a matéria está pendente de julgamento.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (22º Vogal)

Diante dessa colocação do Des. Gilberto, dou provimento.

O Sr. Des. Josué de Oliveira (23º Vogal)

Dou provimento.

O Sr. Des. Joenildo de Souza Chaves (24º Vogal)

Dou provimento.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Retifico meu voto para acompanhar o voto do Des. Gilberto.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (20º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins (21º Vogal)

Acompanho o Des. Gilberto.

**DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTES, NESTA SESSÃO, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS 1º, 2º, 5º, 6º E 9º.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, João Batista da Costa Marques, Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Sérgio Fernandes Martins, Sideni Soncini Pimentel, Dorival Renato Pavan, Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva, Fernando Mauro Moreira Marinho, Gilberto da Silva Castro, Rêmolo Letteriello, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, Oswaldo Rodrigues de Melo, Elpídio Helvécio Chaves Martins, Luiz Carlos Santini, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 17 de setembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.009475-7 – Naviraí**  
**Segunda Turma Cível**  
**Vogal Des. Hildebrando Coelho Neto**

E M E N T A – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE PREFERÊNCIA PARA AQUISIÇÃO DE IMÓVEL RURAL C/C ADJUDICAÇÃO – PRELIMINARES DE VIOLAÇÃO AO ART. 265, IV, DO CPC E À COISA JULGADA AFASTADAS – MÉRITO – CONTRATO DE LOCAÇÃO DE PASTAGEM – NÃO APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 3º DO ART. 92 DO ESTATUTO DA TERRA – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33 DA LEI N. 8.245/91 – RECURSOS PROVIDOS.

A decisão que determina o prosseguimento da ação de adjudicação fundada em direito de preferência para a aquisição de imóvel rural, independente da ação de despejo formulada pelos antigos proprietários do bem, não viola o disposto no art. 265, IV, do CPC, uma vez que a sentença de mérito da primeira não depende da decisão a ser proferida na segunda.

Os motivos que levaram à procedência da ação de despejo não fazem coisa julgada material, razão pela qual não influem no resultado da demanda adjudicatória de imóvel rural fundada em direito de preferência.

Consoante entendimento pacífico do STJ, o direito de preferência tratado no art. 92, § 3º, da Lei n. 4.504/64 (Estatuto da Terra) beneficia tão-somente o arrendatário, não abrangendo outras modalidades de contratos agrários.

Nos termos do art. 95, XI, b, do Estatuto da Terra c.c. art. 13, inciso II, alínea a do Decreto n. 59.566/66, o contrato de arrendamento que envolva pecuária de animais de grande porte não pode ser realizado por prazo inferior a cinco anos.

Havendo prova nos autos de que o contrato firmado entre as partes é de locação de pastagem, e não de arrendamento, e que, ademais, o locatário não reside no imóvel rural nem o explora diretamente, não pode este valer-se da legislação agrária para invocar direito de preferência.

Regulando-se o direito do locatário de pastagem pelas disposições legais civis ordinárias, consoante se extrai do § 9º do art. 92 do Estatuto da Terra c/c e art. 88 do Decreto n. 65.566/66, tem-se que o registro do contrato de locação no cartório de registro imobiliário, 30 dias antes da alienação, bem como o depósito do preço e demais despesas do ato de transferência do imóvel locado são requisitos imprescindíveis para o acolhimento do pedido adjudicatório de imóvel rural fundado em direito de preferência, nos termos do art. 33 da Lei n. 8.245/91.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares. No mérito, por maioria, deram provimento aos recursos, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

## RELATÓRIO

A Sr.<sup>a</sup>. Des.<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges

Marco Antônio Rezek e Ana Silvia Hadas Rezek, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação de preferência c/c pedido de anulação de ato jurídico que movem Sigeyuki Ishii e Helena Kimio Hida Ishii em face dos primeiros e de Nelson Leone Porto Alegre e Hilah Krahenbuhl Porto Alegre, recorrem a este Tribunal.

Alegam, em preliminar, incompatibilidade entre os pedidos de anulação da compra e venda com o de adjudicação, o que implicaria extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 295, parágrafo único, IV e 267, IV, do CPC.

Aduzem, também, que a sentença deveria ser anulada por afrontar o disposto no art. 265, IV, do CPC ou, ainda, por violar coisa julgada, diante da discussão sobre a natureza jurídica do contrato havido entre as partes, na ação de despejo em trâmite na 5ª Vara Cível da Comarca de Presidente Prudente – SP.

No mérito, sustentam que:

1. O gado de propriedade dos apelados dividia os pastos com o rebanho de outros três pecuaristas, o que demonstra que o contrato havido entre as partes era de locação de pastagem, e não de arrendamento, razão pela qual não se aplicariam as regras do Estatuto da Terra referentes ao direito de preferência;

2. Os apelados são grandes latifundiários, residentes em local diverso da área que utilizavam para pastagem, razão pela qual não poderiam reclamar a proteção social e econômica de que trata o inciso V do artigo 13 do Decreto n. 59.566/66;

3. Nos termos do art. 33 da Lei n. 8.245/91, somente é cabível a ação de preferência se o contrato de locação estiver averbado no registro de imóveis pelo menos 30 dias antes da alienação;

4. Os recorridos não cobriram a proposta de compra da propriedade imóvel oferecida pelos recorrentes, tampouco depositaram o valor pago por estes últimos, devidamente corrigido, razão pela qual, ainda que aqueles tivessem direito de preferência, deixaram de exercê-lo nos termos do art. 1.155 do Código Civil/1916 e do art. 33 da Lei n. 8.245/91.

Pedem provimento ao recurso para ser anulada a sentença recorrida ou reformada, julgando-se improcedente a ação de preferência, com inversão dos ônus da sucumbência.

Apelam também Nelson Porto Alegre e Hilah Krahenbuhl Porto Alegre, alegando, em síntese, que:

1. O contrato havido entre as partes é de locação de pastagem, caracterizado pelo pagamento em dinheiro e o compáscuo (dada a existência de animais de outros proprietários na mesma fazenda), razão pela qual não há admitir a existência do alegado direito de preferência em favor dos recorridos Sigeyuki Ishii e Helena Kimio Hida Ishii;

2. Ainda que houvesse direito de preferência, os recorrentes notificaram os apelados da alienação do imóvel, tendo estes últimos apresentado proposta menos vantajosa que aquela apresentada pelos adquirentes, razão pela qual, mesmo nessa hipótese, aplicar-se-ia o disposto no art. 1.156 do Código Civil;

3. Além de o contrato de locação havido entre as partes não estar averbado, os recorridos não depositaram o valor corrigido e atualizado do bem imóvel, tampouco das despesas com escritura, o que configuraria violação ao disposto no art. 33 da Lei n. 8.245/91.

Por tais motivos, pede a reforma da decisão recorrida, julgando-se improcedente a ação de preferência, com inversão dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões pelo não provimento dos recursos.

## VOTO (24.3.2009)

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

### I. Das preliminares

Não prospera a preliminar de incompatibilidade entre os pedidos de anulação da compra e venda com o de adjudicação fundado em direito de preferência.

Trata-se de cumulação sucessiva de pedidos em sentido estrito, na qual somente com o acolhimento do primeiro (anulação da compra e venda) poderá ser apreciado o segundo (adjudicação). Tal cumulação é juridicamente possível, nos termos dos §§ 1º e 2º do artigo 292 do CPC.

Diante de tais considerações, rejeito a preliminar supramencionada.

Quanto à alegada violação ao disposto no art. 265, IV, do CPC, melhor sorte não assiste aos recorrentes.

Prevê o referido dispositivo legal:

Art. 265. Suspende-se o processo:

IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo;

c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente; [...]

Na ação de despejo ajuizada pelos recorrentes Marco Antônio Rezek e Ana Sílvia Adas Rezek em face dos recorridos Sigeyuki Ishii e Helena Kimio Hida Ishii, a pretensão dos autores era retirar os réus do imóvel adquirido pelos primeiros, diante do término do contrato havido entre os últimos e os antigos proprietários daquele bem. A controvérsia residia, portanto, na legalidade, ou não, do despejo.

Portanto, ainda que naquela demanda tenha sido identificada a natureza do contrato havido entre o antigo proprietário do imóvel e os arrendatários, seu deslinde (procedência ou improcedência do pedido de despejo) em nada influenciaria a decisão de mérito a ser proferida nesta ação.

Ao que tudo indica, os recorrentes confundem a situação em comento com a hipótese em que a ação de despejo é ajuizada após o pedido de adjudicação fundado em direito de preferência dos locatários. Nesse

último caso, a ação de despejo é suspensa, nos termos do art. 265, IV, “a”, do CPC, diante da prejudicialidade externa causada pela demanda anterior (na medida em que o direito de preferência é reconhecido na demanda adjudicatória, fica afastada a pretensão do terceiro adquirente em despejar aquele que tinha a preferência na aquisição do bem).

Na segunda hipótese é pacífica a necessidade de suspensão da ação de despejo, como se vê dos seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESPEJO – SUSPENSÃO ATÉ JULGAMENTO FINAL DA AÇÃO ADJUDICATÓRIA – RECURSO NÃO-PROVIDO. A suspensão da ação de despejo interposta pelos compradores de imóvel é a medida mais recomendável quando o fato impeditivo alegado pelos locatários é discutido em ação de adjudicação que ajuizaram anteriormente. (Ag n. 2008.021005-2, Segunda Turma Cível, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 16.12.08, Unânime).

CIVIL. PROCESSUAL. DESPEJO. AÇÃO ANULATÓRIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. É de ser suspenso o processo de despejo enquanto não definida ação anulatória de venda do imóvel locado e sua adjudicação ao locatário. (Art. 265, IV, ‘a’ CPC). (REsp n. 7.774/PR, Terceira Turma, Rel. Ministro Dias Trindade, julgado em 16.4.91, DJ 13.5.91, p. 6083).

Contudo, ressalvo mais uma vez que a hipótese aqui versada é justamente contrária, ou seja, os recorrentes pretendiam a suspensão desta ação, em que se discute a natureza do contrato havido entre os antigos proprietários e aqueles que utilizavam do imóvel como pastagem bovina, em decorrência da ação de despejo, o que se verifica manifestamente inadmissível.

Outrossim, como bem frisou o juiz *a quo*, não há tampouco acolher a tese de ocorrência de coisa julgada em relação à natureza daquele contrato quando esta não foi objeto daquela ação de despejo.

Com efeito, os motivos que convenceram o juízo ad quem do TJSP a julgar procedente a ação de despejo não fazem coisa julgada, razão pela qual não prejudicam a análise do referido contrato nesta demanda.

Por todo o exposto, rejeito a alegação de nulidade da sentença por violação ao disposto no art. 265 do CPC e à coisa julgada.

Passo à análise do mérito de ambos os recursos.

## II. Mérito

Sustentam os recorrentes, em síntese, que não haveria direito de preferência a albergar a pretensão adjudicatória dos recorridos, uma vez que estes teriam firmado um simples contrato de locação de pastagem ou pastoreio que, por ter natureza civil, não seria regulado pelo Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64) e que, ademais, não teriam sido observados os requisitos previstos no art. 33 da Lei n. 8.245/91 e no art. 1.155 do Código Civil/1916.

Os recorridos, por sua vez, invocam o direito de preferência legal, consagrado no art. 92, § 3º, do Estatuto da Terra, que dispõe sobre o direito de prelação do arrendatário para adquirir o imóvel rural arrendado.

Antes de analisar a natureza jurídica do contrato havido entre o recorrente Nelson Leone e o recorrido Sigeyuki Ishii, é preciso lembrar que em nosso ordenamento jurídico existem contratos agrários nominados



– aqueles descritos expressamente no Estatuto da Terra e no Decreto n. 59.566/66 – e contratos agrários inominados. Na primeira categoria encontram-se tão somente os contratos de arrendamento e de parceria; na segunda, todos os demais.

Nesse sentido ensina Paulo Torminn Borges:

Além do arrendamento rural e da parceria rural, contratos agrários nominados, poderá haver outros, inominados, os quais, embora se afastem dos dois modelos antes enfocados, só o podem fazer nos elementos acidentais, pois as normas de observância obrigatória não podem ser marginalizadas pelas partes, sob qualquer colorido.

Não serão arrendamento ou parceria, mas serão contratos agrários.

Deles diz o art. 39 do Decreto n. 59.566/66:

‘Art. 39. Quando o uso ou posse temporária da terra for exercido por qualquer outra modalidade contratual, diversa dos contratos de Arrendamento e Parceria, serão observadas pelo proprietário do imóvel as mesmas regras aplicáveis a arrendatários e parceiros, e, em especial, a condição estabelecida no art. 38 supra.’

As partes contratantes, aí, aproveitam, tanto quanto possível, a flexibilidade contida nas normas legais meramente supletivas, também chamadas permissivas ou facultativas. Quanto ao mais, submetem-se ao império das normas inarredáveis. (destacou-se)

O mesmo autor observa que, tanto os contratos nominados quanto os inominados submetem-se às normas de ordem pública previstas no Estatuto da Terra e no Decreto que o regulamenta:

A chamada soberania da vontade, tão apregoada pelo liberalismo econômico, o velho brocardo ‘pacta sunt servanda’, embora de valor já diluído em todo o direito, mesmo no direito privado, tem expressão quase nula em direito agrário, tantos são os limites impostos à pura vontade das partes.

Os contratos agrários estão subordinados a cláusulas inarredáveis, representadas fundamentalmente pelos seguintes tópicos:

- a) obrigatoriedade de cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais da terra (Lei n. 4.947/66, art. 13, III; Decreto n. 59.566/66, art. 13, II);
- b) obrigatoriedade de cláusulas que assegurem a proteção social e econômica do arrendatário ou do parceiro-outorgado (Dec. n. 59.566, art. 13, VII; Lei n. 4.947, art. 13, V);
- c) irrenunciabilidade dos direitos e vantagens legalmente definidos em prol do arrendatário ou parceiro-outorgado [...];
- d) proibição de usos e costumes predatórios da economia agrícola [...]. (destacou-se)

Nesse sentido, o art. 2º do Decreto n. 59.566/66 prevê expressamente:

Art 2º Todos os contratos agrários reger-se-ão pelas normas do presente Regulamento, as quais serão de obrigatória aplicação em todo o território nacional e irrenunciáveis os direitos e vantagens nelas instituídos (art.13, inciso IV da Lei nº 4.947-66).

Parágrafo único. Qualquer estipulação contratual que contrarie as normas estabelecidas neste artigo, será nula de pleno direito e de nenhum efeito.

Em síntese, todos os contratos agrários devem obedecer às regras gerais contidas no Estatuto da Terra e em seu regulamento, pois tais diplomas legais visam sobretudo assegurar a proteção ao meio ambiente, à função social da propriedade e ao equilíbrio econômico-social entre as partes.

Dentro dessa perspectiva, não prospera a tese dos recorrentes de inaplicabilidade do Estatuto da Terra e legislação agrária correlata.

A norma que pode, ou não, ser afastada, é a referente ao direito de preferência prevista no art. 92, § 3º, do Estatuto da Terra, uma vez que somente beneficia o arrendatário, não albergando outra modalidade contratual que não o arrendamento.

Com efeito, é regra elementar de hermenêutica que as normas restritivas de direitos fundamentais são interpretadas de forma estrita; ora, o direito de preferência limita um dos elementos do direito de propriedade, qual seja, o da livre disposição do bem pelo proprietário que, via de regra, pode aliená-lo a quem lhe aprouver. E o direito de propriedade, como se sabe, é direito fundamental consagrado constitucionalmente no art. 5º, *caput*, incisos XXII e XXIII, do art. 170, incisos II e III, e do art. 185:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...]" (destacou-se)

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade; [...]" (destacou-se)

"Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social. (destacou-se)

É nítido o tratamento especial que a Constituição Federal consagra ao direito de propriedade, sobretudo àquela que atenda a função social.

Na verdade, esse tratamento não poderia ser diferente, já que, na lição de Paulo Torminn Borges, tem-se que o direito à propriedade é um direito natural, inerente à sobrevivência digna do ser humano, razão pela qual se encontra tão protegido por nossa Lei Maior:

O conceito de propriedade privada resulta de um direito natural, a ser visto em três planos distintos na ordem de valores, segundo a lição de Santo Tomás de Aquino.

Num primeiro plano, ensina Santo Tomás de Aquino, o homem, em razão de sua natureza específica (animal racional), tem um direito natural ao apossamento dos bens materiais.

Esta exigência é de tal ordem fundamental para a própria sobrevivência da criatura humana, que se pode dizer ela constituir um direito natural primeiro.

Tendo em vista, porém, que o homem não pode e não deve pensar apenas na sobrevivência imediata, como acontece com os irracionais, corre-lhe o dever de providência: pensar também no amanhã.

Por isso, num segundo plano, Santo Tomás de Aquino aborda o problema da apropriação dos bens, a qual resulta, em última análise, no direito de propriedade propriamente dito.

O homem, para ser verdadeiramente livre, precisa estar ao abrigo das surpresas econômicas. Precisa ter, atrás de si, garantindo-lhe o exercício da liberdade, reservas econômicas sólidas ou uma ordem social que lhe assegure a subsistência sem perda de dignidade.

Num terceiro plano, finalmente, Santo Tomás de Aquino permite o condicionamento da propriedade ao momento histórico de cada povo, desde que não se chegue ao extremo de negá-lo (apud M. Labourette, *Propriété & communauté dans le plan divin, in Propriété et communautés*, p. 34).

[...]

Como se vê, resume-se tudo na realização do bem comum, que não é apenas a soma dos bens particulares ou do bem dos particulares.

[...] O bem comum é o bem da comunidade, e, assim sendo, o Estado, ao objetivá-lo, como é sua função precípua, não pode sacrificar nenhum dos direitos fundamentais do homem.

[...]

Entendemos, pois, que o direito brasileiro, estampado basicamente na Constituição Federal, sofreu contínuas transformações em seu conceito de propriedade, sempre aperfeiçoando-o, sempre procurando a comunidade para integrar nela o homem.

Ao assegurar o direito de propriedade privada, e mesmo ao estimulá-lo, não quer a legislação brasileira que ele se efetive ao arrepio da função social, que lhe é inerente.

Esta é uma limitação justa, porque exequível; justa, porque conforme a lei natural; justa, porque imposta com moderação pelo legislador brasileiro.

[...] Não é apenas a propriedade rural que tem uma função social a cumprir; mas se falamos de direito agrário, é estritamente da função social da terra que trataremos.

[...]

Cabe ao Estado regular o direito de propriedade, para ajustá-lo às exigências do bem comum, segundo as etapas históricas de cada povo.

O que o Estado não poderá jamais fazer é negar, de todo, o direito de propriedade, porque desta forma ele suprime o bem daqueles cujo bem compete-lhe promover.

[...]

Proprietário, sim; proprietário com titularidade garantida; proprietário com direitos assegurados; mas proprietário com deveres sociais, justamente pelo fato de ser proprietário. [...]. (destacou-se)

Tratando-se, pois, de direito fundamental, o direito de propriedade somente encontra limitações que constem expressamente de lei e que não podem ser interpretadas de forma extensiva.

No caso específico do direito de preferência do arrendatário, tem--se que tal prerrogativa, por limitar o direito de propriedade, não alcança outros contratos agrários. Nesse sentido, aliás, é pacífico o entendimento do STJ:

[...] O disposto no art. 92, § 3, do Estatuto da Terra aplica-se ao contrato de arrendamento. Precedente. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 97.405/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 15.10.96, DJ 18.11.96 p. 44901).

#### CIVIL. PARCERIA AGRÍCOLA. DIREITO DE PREFERÊNCIA.

O direito de preferência que se confere ao arrendatário rural não alcança o contrato de parceria. Precedentes. Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido. (REsp n. 264.805/MG, Quarta Turma, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 21.3.02, DJ 17.6.02, p. 267).

Transcrevo parte do voto do Ministro Relator desse último julgado:

[...] Quanto ao tema de fundo, a jurisprudência desta Quarta Turma também não dá guarida à tese dos recorrentes, conforme o decidido nos Resps n.37.867-2/RS e 97.405/RS, relatados, respectivamente pelos eminentes Ministros Barros Monteiro e Ruy Rosado de Aguiar, assim ementados:

PARCERIA AGRÍCOLA. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DIREITO DE PREFERÊNCIA. O direito conferido pelo art. 92, § 3o, da Lei nº 4.504, de 30.11.64 é exclusivamente do arrendatário, não abrangendo os casos de parceria rural.'

PARCERIA AGRÍCOLA. Preempção. O contrato de parceria agrícola não atribui ao parceiro o direito de preferência na aquisição do imóvel.

O disposto no art. 92, § 3o do Estatuto da Terra aplica-se ao contrato de arrendamento. Precedente.'

Do primeiro, extraio os seguintes fundamentos constantes do voto do eminente Ministro Barros Monteiro, que se reporta ao douto voto proferido pelo MM Juiz Paulo Gonçalves, do eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, a saber:

'No meu entendimento a hipótese é bem diversa, pois enquanto no arrendamento rural as regras reguladoras do contrato se assemelhem à locação, versando ele sobre o uso de coisa alheia, na parceria agrícola e pecuária o objeto envolve não só coisa alheia. Mas também os frutos dela produzidos, que seria repartidos entre os parceiros, estabelecendo a propriedade de ambos e aproximando o contrato dos princípios reguladores da sociedade, O Estatuto da Terra, ao assegurar o direito da preferência do arrendatário sobre as terras objeto do contrato (art. 92, § 3o), inclui no Capítulo Geral, onde cogitou do uso ou posse temporária da terra, tratando dos princípios fundamentais relativos não somente ao arrendatário rural, mas também a parceria rural, nada dispondo quanto a extensão a esta.

É verdade que o artigo 96, inciso VII, do referido Estatuto, manda aplicar à parceria agrícola, pecuária, agropecuária, agroindustrial ou extrativa, as normas pertinentes ao arrendamento rural, no que couber, bem como as regras do contrato de sociedade, no que estiver regulado por aquela lei, porém, como já foi observado, o direito de preferência não foi previsto na seção relativa ao arrendamento rural, mas, sim, no capítulo geral, que fez inteira abstração quanto à sua extensão à parceria, embora dela cogitasse para outro fim.

Não resta dúvida, pois, que o direito de preferência não é extensivo ao parceiro rural, quer seja em relação à venda do imóvel, ou dos produtos a objetos de parceria' (Jurisprudência Brasileira, Juruá, vol. 131, pág. 57).

A seguir, prosseguiu o eminente Ministro Barros Monteiro:

'Estes fundamentos casam-se às inteiras à espécie presente. O direito de preempção, no caso de alienação do imóvel, adstringe-se ao arrendatário rural. Não se argumente com a dicção meramente literal do art. 48 do Dec. nº 59.566, de 14.11.66, que, a despeito de ordenar que se aplicam à parceria as normas estabelecidas na Seção I daquele Capítulo (onde se encontra previsto o direito de preferência do arrendatário - art. 45), não confere ao parceiro rural outorgado esse mesmo direito, porquanto é ali feita a ressalva 'no que couber', além da remissão expressa ao art. 96, Inc. VII, da Lei 4.504/64. Bem de ver ainda que ao Regulamento não era dado extrapolar o que restara disposto de forma clara a sistemática pela Lei regulamentada.

A jurisprudência orienta-se tal qual a diretriz traçada pelo Tribunal de Alçada Mineiro (cfr. Jurisprudência Brasileira, vol. 131, págs. 179-181; Rev. Dos Tribs, Vol. 623, págs. 52/53).

Igual, outrossim o parecer da doutrina. Oswaldo Opitz e Silvia C. B. Opitz anotam a propósito que ‘o direito conferido no art. 92, § 3o, do ET é exclusivamente do arrendatário. Não abrange os imóveis dados em parceria rural[...]’ (Tratado de Direito Agrário Brasileiro, vol 2 pág. 97, ed. 1983).’

Por esses mesmos fundamentos, conheço do recurso, pela divergência, mas para negar-lhe provimento.” (destacou-se).

No mesmo sentido, tem-se o seguinte julgado:

[...] A relação que se estabelece no contrato de locação de pastos ou ‘contrato de pastoreio’ refoge à natureza do contrato de arrendamento, constituindo-se em obrigação albergada no direito civil. [...] (Tribunal de Alçada do RS, Mandado de Segurança n. 195069323, Sexta Câmara Cível, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 17.8.95).

Feitas essas considerações, cumpre agora analisar a natureza jurídica do contrato havido entre as partes.

Consta da cópia do contrato de f. 11-12:

#### Contrato de arrendamento de pastagens

Pelo presente instrumento particular de contrato de Arrendamento de Imóvel Rural para fins de exploração Pecuária, que fazem entre si, de um lado o Sr. Nelson Leone Porto Alegre [...], aqui denominado Arrendante, e de outro lado o Sr. Sigeyuki Ishii [...], aqui simplesmente denominado de Arrendatário, tem entre si justo e avençado o seguinte contrato de arrendamento de pastagens, mediante cláusulas e condições, o seguinte:

#### PRIMEIRA

O primeiro, ora denominado Arrendante, é legítimo proprietário do Imóvel Rural denominada Fazenda Porto Alegre, localizada no município de Naviraí-MS, em cujo cartório de Registro de Imóveis acha-se devidamente matriculada sob nº 12.983 Ficha 01, de 1º de novembro de 1991, o citado Imóvel Rural encontra-se cadastrado no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária INCRA sob n.º 913.294.002.747-7 e inscrita na Secretaria da Fazenda sob n. 28.548.185-1.

#### SEGUNDA

Sobre as terras do aludido Imóvel, formado de pastagens artificiais, ora combinou-se como segundo nomeado Arrendatário, um arrendamento de Pastagens para 500 (Quinhentos) bois Nelore de 24 a 36 meses a serem conservados dentro de uma área de 770ha (Setecentos e Setenta hectares), pastagens estas compostas de colônia e de Brachiaria-Brizanta, toda cercada e com divisões internas.

#### TERCEIRA

O prazo do presente arrendamento é de 1 (Hum) ano, a contar de 01 de junho de 1999 e terminar em 31 de maio de 2000, podendo ser prorrogado por mais um período, desde que haja novo acordo entre os contratantes.

## QUARTA

Que o preço certo e ajustado pelas partes contratantes é de R\$2,50 (Dos reais e cinquenta centavos) por cabeça, totalizando R\$ 1.250,00 (Hum mil duzentos e cinquenta reais) por mês que será pago todo dia 05 do mês subsequente.

## QUINTA

O Arrendatário poderá utilizar-se dos currais ou mangueiras existentes na propriedade rural, bem como casa de moradia para seu peão, visando a lida, manutenção e tratamento fito-sanitário de seus animais, ficando também de sua responsabilidade o fornecimento de sal mineral, vacina e medicamentos necessários.

## SEXTA

Os serviços ou trabalhos pertinentes ao tipo de exploração pecuária, ora contratada, serão executados pelo empregado do Arrendatário, que no entanto, perante ao arrendante, em termos obrigacionais serão totalmente estranhos.

## SÉTIMA

Fica resguardado ao Arrendatário, por si ou seu preposto o direito de fiscalizar e vistoriar o gado apascentado na fazenda Porto Alegre todas as vezes que julgar necessário.

## OITAVA

Qualquer das partes que infringir o que está previsto nas cláusulas deste contrato importa na sua rescisão imediata com perdas e danos civis em favor da parte inocente.[...]

Da análise conjunta do instrumento acima mencionado com as demais provas trazidas aos autos, tem-se que o contrato realizado entre Nelson Leone Porto Alegre e Sigeyuki Ishii trata-se, na realidade, de um contrato de locação de pastagem.

A diferença entre o arrendamento e a locação de pastagem é sutil, mas tem efeitos práticos, já que, como dito alhures, o direito de preferência de que trata o § 3º do art. 92 do Estatuto da Terra é conferido tão somente na primeira modalidade contratual.

Na vigência do contrato de arrendamento, o arrendatário usufrui plenamente da área arrendada com exclusividade, sendo diretamente responsável pelo cuidado com seu gado. Por tal motivo, quando esse contrato é escrito e o arrendamento é de parcela de um imóvel rural, a área a ser arrendada deve ser discriminada, de modo a permitir sua exata localização e, por conseguinte, garantir a observância de regras obrigatórias constantes do ET como, por exemplo, a vedação ao subarrendamento não autorizado pelo proprietário e o direito à indenização pelas benfeitorias feitas a cargo do arrendatário.

É o que se extrai do disposto no artigo 95, incisos VI, VII, VIII, do Estatuto da Terra (conforme redação vigente na data do contrato havido entre as partes) e no art. 12, incisos V, VI, VII e VIII do Decreto n. 59.566/66:



Art. 95. Quanto ao arrendamento rural, observar-se-ão os seguintes princípios:

[...]

VI - sem expresse consentimento do proprietário é vedado o subarrendamento;

VII - poderá ser acertada, entre o proprietário e arrendatário, cláusula que permita a substituição de área arrendada por outra equivalente no mesmo imóvel rural, desde que respeitadas as condições de arrendamento e os direitos do arrendatário;

VIII - o arrendatário, ao termo do contrato, tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, será indenizado das benfeitorias voluptuárias quando autorizadas pelo locador do solo. Enquanto o arrendatário não seja indenizado das benfeitorias necessárias e úteis, poderá permanecer no imóvel, no uso e gozo das vantagens por ele oferecidas, nos termos do contrato de arrendamento e nas disposições do inciso I; [...] (Estatuto da Terra)

Art 12. Os contratos escritos deverão conter as seguintes indicações:

[...]

V - objeto do contrato (arrendamento ou parceria), tipo de atividade de exploração e destinação do imóvel ou dos bens;

VI - Identificação do imóvel e número do seu registro no Cadastro de imóveis rurais do IBRA (constante do Recibo de Entrega da Declaração, do Certificado de Cadastro e do Recibo do Imposto Territorial Rural).

VII - Descrição da gleba (localização no imóvel, limites e confrontações e área em hectares e fração), enumeração das benfeitorias (inclusive edificações e instalações), dos equipamentos especiais, dos veículos, máquinas, implementos e animais de trabalho e, ainda, dos demais bens e ou facilidades com que concorre o arrendador ou o parceiro-outorgante;

VIII - Prazo de duração, preço do arrendamento ou condições de partilha dos frutos, produtos ou lucros havidos, com expressa menção dos modos, formas e épocas desse pagamento ou partilha; [...] (Decreto n. 59.566/66).

No presente caso, o contrato havido entre as partes não cumpriu o disposto no inciso VII do Regulamento do Estatuto da Terra, já que, apesar de mencionar a metragem da área a ser ocupada (770ha), não informa sua localização precisa dentro da Fazenda Porto Alegre, tampouco especifica quais as benfeitorias ali existentes.

Além disso, o contrato em questão foi firmado pelo prazo de um ano, o que também desconfigura o arrendamento pecuário de animais de grande porte, cujo prazo mínimo é de cinco anos.

De fato, o contrato de arrendamento típico que envolva pecuária de animais de grande porte não pode ser realizado por prazo inferior a cinco anos, como se extrai do disposto nos art. 95, XI, b, do Estatuto da Terra (aqui novamente transcrito com a redação vigente na época da celebração do contrato havido entre as partes), c/c art. 13, inciso II, alínea a do Decreto n. 59.566/66, *in verbis*:

Art. 95. Quanto ao arrendamento rural, observar-se-ão os seguintes princípios: [...] XI - na regulamentação desta Lei, serão complementadas as seguintes condições que, obrigatoriamente, constarão dos contratos de arrendamento: [...] b) prazos mínimos de locação e limites de vigência para os vários tipos de atividades agrícolas; [...] (Estatuto da Terra – destacou-se)

Art 13. Nos contratos agrários, qualquer que seja a sua forma, contarão obrigatoriamente, cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica dos arrendatários e dos parceiros-outorgados a saber (Art. 13, incisos III e V da Lei n. 4.947-66);

[...]

II - Observância das seguintes normas, visando a conservação dos recursos naturais:

a) prazos mínimos, na forma da alínea “ b “, do inciso XI, do art. 95 e da alínea “ b “, do inciso V, do art. 96 do Estatuto da Terra:

[...]

- de 5 (cinco), anos nos casos de arrendamento em que ocorra atividade [...] de pecuária de grande porte para cria, recria, engorda [...] (Decreto n. 59.566/66 – destacou-se).

Vê-se que, para evitar o uso predatório da propriedade rural, o Estatuto da Terra estipulou um prazo mínimo para os contratos nominados – arrendamento e parceria – de modo a compelir o não proprietário que usufrui do imóvel a tomar medidas que garantam a conservação da terra.

Como observa Benedito Ferreira Marques:

Qualquer que seja a forma do contrato, as partes devem observar a obrigação de conservar os recursos naturais e o dever de proteção ao mais fraco na relação contratual, que são o arrendatário e o parceiro-outorgado. E mais do que isso, devem observar os prazos mínimos estabelecidos; a fixação do preço do aluguel de acordo com as regras legais, e não pela livre vontade das partes [...].

A observância dos prazos mínimos é de fundamental importância nos contratos agrários, quase sempre não obedecidos, gerando-se, em consequência, uma avalanche de processos nos pretórios. Esses prazos são os seguintes: três anos, para a lavoura temporária e pecuária de pequeno e médio portes, ou em todos os casos de parceria; cinco anos, para a lavoura permanente e pecuária de grande porte para cria, recria, engorda ou extração de matérias-primas [...]. (destacou-se)

No mesmo sentido, tem-se a lição de Paulo Torminn Borges:

O legislador brasileiro esteve atento ao problema, e o Decreto n. 59.566/66 desdobrou a matéria, fixando prazos mínimos para os contratos agrários (Dec. n. 59.566/66, art. 13, II).

O prazo mínimo, em qualquer dos contratos agrários nominados, é de três (3) anos.

[...]

Tem surgido nos Tribunais, vez por outra, o entendimento de que os prazos mínimos, previstos na legislação, dizem respeito apenas aos contratos por prazo indeterminado. Assim, seria lícito contrato por prazo menor, desde que determinado.

Tal entendimento não pode prevalecer. O prazo mínimo é estabelecido não apenas em favor do débil econômico, ou seja, do parceiro-outorgado e do arrendatário.

Não.

O prazo mínimo é estabelecido principalmente para evitar o mau uso da terra.

Quem toma a terra, em arrendamento ou parceria, por um ano só, quererá tirar todo proveito imediato. E muitos não se importarão de fazer uso predatório, porque a terra arruinada, amanhã, não estará mais em suas mãos.

Se o usuário da terra, porém, a tem por um tempo mais alongado, com possibilidade legal de renovar o contrato, é evidente que pensará no proveito imediato e no proveito mediato, e, assim, despovoará a terra de pragas, hoje, para tê-las despovoada da mesma praga no futuro, em seu próprio benefício. Conservará sua fertilidade hoje, para tê-la fértil amanhã.

E a conservação da capacidade produtiva da terra interessa ao presente e ao futuro, para ambos os tempos estando voltadas as regras protetivas da lei.

Por isso são expressos os textos legais, dispondo sobre a obrigatoriedade de cláusulas contratuais visando à conservação dos recursos naturais, como se vê na Lei n. 4.947/66:

‘Art. 13. Os contratos agrários regulam-se pelos princípios gerais que regem os contratos de Direito Comum, no que concerne ao acordo de vontades e ao objeto, observados os seguintes preceitos de Direito Agrário:

[...]

III – obrigatoriedade de cláusulas irrevogáveis, estabelecidas pelo IBRA, que visem à conservação dos recursos naturais’ [...]

O preceito é repetido no Decreto n. 59.566/66:

‘Art. 13. Nos contratos agrários, qualquer que seja a sua forma, constarão obrigatoriamente, cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica dos arrendatários e dos parceiros-outorgados a saber [...]:

[...]

II – observância das seguintes normas, visando à conservação dos recursos naturais:

a) prazos mínimos, na forma da alínea ‘b’, do inciso XI, do art. 95 e da alínea ‘b’, do inciso V, do art. 96 do Estatuto da Terra:

– de 3 (três) anos, nos casos de arrendamento em que ocorra atividade de exploração

de lavoura temporária e ou de pecuária de pequeno e médio porte, ou em todos os casos de parceria;

– de 5 (cinco) anos, nos casos de arrendamento em que ocorra atividade de exploração de lavoura permanente e ou de pecuária de grande porte para cria, recria, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal; [...] (destacou-se).

Como visto acima, o contrato de arrendamento típico para a atividade pecuária de grande porte deve ter um prazo mínimo de cinco anos. Admitir prazo inferior para essa modalidade contratual seria convalidar a utilização predatória da terra, o que é vedado por nosso sistema jurídico.

No caso em comento, as partes firmaram um contrato com prazo de um ano, o que descaracteriza o contrato de arrendamento tal como está previsto no Estatuto da Terra.

Não bastasse esse prazo inferior ao mínimo legal para o arrendamento, tem-se que o contrato havido entre as partes preocupou-se mais em discriminar a quantidade de reses a serem apascentadas (500 bois nelore de 24 a 36 meses), do que em discriminar a área exata em que esses animais ficariam, o que indica tratar-se de um contrato de locação de pastagem, e não de arrendamento.

Com efeito, no contrato de locação de pastagem, o locatário coloca suas reses nas pastagens do proprietário da terra e paga-lhe, pelo de aluguel, um valor por cabeça de animal no pasto. A responsabilidade e o cuidado dos animais ficam a encargo do locatário, sendo dele também o uso e gozo do gado. No que concerne à posse da terra, todavia, verifica-se frequentemente a composesse, já que, com frequência, outros locatários e até mesmo o proprietário ocupam a mesma área simultaneamente, nela apascentando animais de propriedades distintas.

Aliás, embora comumente chamada de arrendamento, essa locação de pastagem é muito comum, não só em Mato Grosso do Sul, como em outras unidades da federação que mantêm pecuária de gado de corte.

De fato, a locação de pastagem é um contrato híbrido entre o contrato de pastoreio e o de arrendamento, ambos também comuns no país, mas com características diferentes (como já visto em relação ao arrendamento). Oswaldo Optiz e Silvia Optiz explicam a evolução histórica dessas modalidades contratuais no Brasil:

Há bem pouco tempo ainda se fazia o comércio de mula para São Paulo e deste Estado para o de Goiás. Tropas e tropas de mulas cruzavam os Estados do Sul, durante meses a fio. É natural que esses animais no trajeto até São Paulo tivessem de ser apascentados ou desansados. Para isso existiam os lugares de pousadas certas, com ocupações de campos particulares, denominados invernadas, mediante o pagamento de uma diária por cabeça ou lote.

Eram verdadeiros contratos de locação de pastos e águas, temporários e transitórios. Era a invernagem curta, mas remunerada quase sempre.

Eduardo Ortiz de Rozas nos dá notícia de igual comércio que se fazia da região Sul para o Peru. Praticamente, o negócio requeria duas invernadas: uma em Córdoba e outra em Tucumã ou Salta, devido à grande distância a percorrer e as paragens pedregosas nocivas a dito gado, consistentes em poteiros separados, as priemeiras, e nos chamados poteiros de campo, as segundas (El contrato de pastoreo, Ed. de la Universidad del Museo Social Argentino, p. 10).

Também a indústria de gado teve, dentro de cada região ou país, um sistema idêntico, tanto que o gado passava por diversas mãos antes de chegar ao local de abate. Para isso era necessário o pastoreio, devido às distâncias, e os contratos de invernagem surgiam com a

finalidade de pastagem e água dada ao gado, para que não perdessem muito peso e pudessem mesmo descansar. Quem percorreu nossa fronteira do sul e os campos da serra há menos de meio século, encontrava inúmeras tropas percorrendo o solo gaúcho à procura dos mercados consumidores, matadouros, charqueadas e frigoríficos. Depois foi o trem o grande condutor das boiadas e, por fim, o caminhão.

Esses contratos de invernagem ou de pastoreio obrigavam o dador de pastoreio a cuidar dos animais depositados em seus potreiros, de tal modo que tinha de parar rodeio para a verificação do estado da tropa, como se se tratasse de animais de sua propriedade, pondo peões necessários para a guarda e fiel custódia, porque os que faltarem, por culpa ou descuido dele, deveriam ser repostos à época da entrega. Com esses dados históricos se vai compreendendo o sentido do contrato de pastoreio e invernagem, que pouca coisa mudou em nossos dias, embora menos freqüentes na teoria, mas comuns na prática, principalmente em época de seca ou chuvas excessivas, entre os fazendeiros de uma região e vizinhos. Dois elementos são constantes nesses contratos, em regras verbais, o curto prazo e o aluguel por cabeça.

Esse tipo de pastoreio toma vários matizes, desde aqueles a que já nos referimos, do comércio de mulas e gado, até o corriqueiro uso de campos ou potreiros fechados para pastoreio de animais de tambos, próximos às cidades consumidoras de leite, em que os animais vão cedo para a pastagem e voltam à noite para o estábulo, para a ordenha no dia seguinte. Outro tipo de pastoreio é o recebimento de animais de cria ou engorda, em comum com os do dador de pastoreio, em que este não se responsabiliza pela sua guarda, ficando ao dono tal encargo. Costuma-se também arrendar o campo fechado para o tomador colocar seu gado, onde passa a cuidá-los e fazer o rodeio costumeiro. Pode acontecer de receber o campo e a casa para morar, então já estamos próximos do contrato agrário de arrendamento, mesmo que o pagamento seja por cabeça. Nessas duas últimas hipóteses caracteriza-se mesmo um contrato que implica seu enquadramento na legislação agrária, dada sua natureza jurídica.

[...]

No contrato de invernagem ou de pastagem o proprietário ou arrendatário recebe gado para pastar, mediante o pagamento por cabeça introduzida no campo, sob a responsabilidade e cuidados do dono do campo ou arrendatário deste. Não há posse do imóvel, como se vê, por parte do tomador de pastagem. Não é o contrato de pastoreio, como já demonstramos linhas acima. Embora seja um contrato agrário, não é de arrendamento, mas pode ser de parceria. É um contrato agrário em que um sujeito convencionou com outro o direito de fazer pastar seu gado ou animais num imóvel ou fundo rural de outrem por um prazo de dias, meses ou anos mediante o pagamento de um preço estipulado por animal (Vivanco, Teoria, cit., p. 458). Neste contrato não se cede a posse do imóvel; o fim principal é fazer pastar os animais, onerosamente. O fato de alguns empregados do dono dos animais penetrarem no campo, para vistoriá-los, não descaracteriza o contrato.

Encontramos duas decisões do TACSP, em que a matéria é examinada [...]. A ementa está assim redigida:

‘Locação de pastos. Contratos a curto prazo, para permanência temporária de gado – Interesses em confronto, a propiciar, nítida distinção entre locatário de pasto e arrendatário – Locações de pastos, estas não regidas pelo Estatuto da Terra – Proteção unicamente à figura do arrendatário, que explora efetivamente a terra’ (JTACSP, 41: 167).

Verifica-se do relatório que se trata de um contato de pastoreio, em que se entrega

ao tomador, a posse, uso e gozo do imóvel por um prazo curto, que se prorrogou por alguns meses, que se enquadra nos moldes do art. 39 do Regulamento, portanto contrato agrário regido pelo ET, porque não temos outra maneira de caracterizá-lo, senão como arrendamento rural, que deve obedecer aos requisitos do art. 38 do mesmo Regulamento. Não é um contrato de arrendamento de pasto, como diz o voto do relator, ao afirmar que ‘Os contratos em causa, de arrendamento de pastos, não são os previstos no Estatuto da Terra, o qual visa a proteger o verdadeiro arrendatário, aquele que explora a terra, que faz as vezes do proprietário, que mantém a continuidade nas suas atividades agrícolas ou pecuárias e que fica, por isso mesmo, vinculado de uma ou outra forma ao imóvel. O locatário de pastos, não. Este não tem outro interesse se não o de locar o seu plantel temporariamente em determinado pasto, por escassez de seus próprios. São locações a curto prazo, para gado transeunte, objeto constante de mercado’ (fls. 169). É o gado que vem de Mato Grosso e antes de chegar ao mercado da capital paulista, precisa ser pastoreado durante alguns meses ou menos, daí o arrendamento de campos nas divisas desses dois Estados.[...].

O contrato havido entre as partes preenche todos os requisitos que o caracterizam como locação de pastagem, já que as partes se preocuparam tão somente em determinar a quantidade de cabeças de gado em determinada área, o preço por cabeça, em um breve período para ocupação do pasto (um ano), pouco se importando em descrever a localização exata da área arrendada e as benfeitorias ali constantes.

Ora, em nenhum momento os recorridos afirmaram que o prazo do contrato seria maior do que aquele expressamente constante do documento de f. 11-12, o que indica a intenção de brevidade na ocupação daquelas pastagens.

Ademais, vale lembrar que, na mesma época, o então proprietário do imóvel, Nelson Leone Porto Alegre, mantinha contratos idênticos com Cláudio Hermes Dal Prá (como se vê à f. 82 dos autos) e Osvaldo Martins Leite, permitindo, outrossim, que seu filho, Nelson Porto Alegre Filho, também exercesse atividades na Fazenda Porto Alegre.

Os recorridos tinham plena ciência dessa realidade, como se vê da declaração firmada por Sigeyuki Ishii, em 1998, quando mantinha outro contrato idêntico ao ora examinado com Nelson Leone Porto Alegre (juntada à f. 81 dos autos):

Eu Sigeyuki Ishii, brasileiro, casado, pecuarista, residente e domiciliado à Rua Paulo Marques, nº 359, na cidade de Pres. Prudente SP [...], arrendatário de uma área de 770 ha (Setecentos e setenta hectares), em pasto, para 800 (Oitocentos) bois, dos 1.132 ha (Hum mil, cento trinta e dois hectares) utilizáveis da Fazenda Porto Alegre, localizada no município de Naviraí MS, conforme contrato de arrendamento de pastagens assinado no dia 1º de abril de 1998. Declaro mais que, tenho conhecimento através de contato com o ex-comodatário o Sr. Nelson Porto Alegre Filho, que o restante da área em apreço encontra-se arrendado sob contrato verbal e por escrito, por vencer, aos senhores, Cláudio Honorato Dal Prá e Osvaldo Martins Leite (destacou-se).

Constata-se que em nenhum desses contratos houve separação das glebas ocupadas pelo gado de uns e de outros, e que, ademais, o prazo contratado nunca foi superior a dois anos. Assim, tem-se que a intenção dos locatários era tão somente deixar seu gado pastando no local por um breve período.

Em síntese, as provas constantes dos autos demonstram que o contrato havido entre as partes era de locação de pastagem que, embora tenha natureza jurídica de contrato agrário, não se confunde com o arrendamento, motivo pelo qual não confere aos locatários o direito de preferência que a lei consagra exclusivamente ao arrendatário.

*Ad argumentandum*, vale constatar que, ainda que se tratasse formalmente de contrato de arrendamento, melhor sorte não albergaria os recorridos, porque não se enquadram na figura de arrendatários que tiram seu sustento da terra, razão pela qual não se lhes aplica a prerrogativa prevista no art. 92, § 3º, do Estatuto da Terra.

Cumpre lembrar que o direito de preferência implica restrição ao direito à livre disposição do bem pelo proprietário, de modo que a lei somente confere tal prerrogativa àquele que presumivelmente tem no local sua morada e/ou fonte de subsistência, como se vê da leitura conjunta dos arts. 8º e 38 do Decreto n. 59.566/66:

Art 8º. Para os fins do disposto no art. 13, inciso V, da Lei n. 4.947-66, entende-se por cultivo direto e pessoal, a exploração direta na qual o proprietário, ou arrendatário ou o parceiro, e seu conjunto familiar, residindo no imóvel e vivendo em mútua dependência, utilizam assalariados em número que não ultrapassa o número de membros ativos daquele conjunto.

Parágrafo único. Denomina-se cultivador direto e pessoal aquele que exerce atividade de exploração na forma deste artigo. (destacou-se)

Art 38. A exploração da terra, nas formas e tipos regulamentados por este Decreto, somente é considerada como adequada a permitir ao arrendatário e ao parceiro-outorgado gozar dos benefícios aqui estabelecidos, quando for realizada de maneira:

I - eficiente, quando satisfizer as seguintes condições, especificadas no art. 25 do Decreto n. 55.891, de 1965 e as contidas nos parágrafos daquele artigo: [...]

II - Direta e pessoal, nos termos do art. 8º deste Regulamento estendido o conceito ao parceiro-outorgado; [...] (destacou-se)

Nesse diapasão, o STJ já decidiu:

ESTATUTO DA TERRA. ARRENDATÁRIO RURAL. DIREITO DE PREFERÊNCIA NO CASO DE ALIENAÇÃO DO IMÓVEL (LEI N. 4. 504/64, ART. 92, PARÁGRAFOS 3. E 4.).

- A função social da terra não estará sendo cumprida, consoante os fins visados pela Lei n. 4.504/64, em seu art. 92, se o arrendatário não tira o seu sustento da gleba arrendada, explorando-a diretamente com o seu grupo familiar. - Acórdão que se fundou sobretudo no exame da prova produzida no processo. - Recurso não conhecido. (REsp n. 36.227/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, julgado em 28.9.93, DJ 13.12.93, p. 27467).

Estudando o assunto, Mauro Lemes destaca inúmeros julgados pátrios, traduzindo o pensamento ao qual me filio:

Em diferentes Tribunais Estaduais [...] esboça-se posição [...] a entender que inteiramente aplicável o artigo 38, inciso II, do Decreto n. 59.566/66, porque perfeitamente coerente com a disciplina geral do Estatuto da Terra.

Tribunal de Alçada Civil de São Paulo

Apelação Cível n. 256.795-9 – Julgada em 6.2.90



EMENTA: 'ARRENDAMENTO RURAL – Normas a serem aplicadas – Atividade de pessoa jurídica, empresarial, na exploração agrícola e pecuária, com capital social considerável – Estatuto da Terra – Inaplicabilidade, por não se cuidar de trabalhador rural, a quem o referido diploma procura proteger, social e economicamente – Improcedência da ação de arbitramento das rendas ou participações – Recurso provido.'

No corpo do respectivo Acórdão, as razões de decidir:

‘Não andou bem a decisão monocrática. É que o Estatuto da Terra, assim como as normas que o acolitam, não se aplicam à espécie vertente, pois entendem com hipóteses nas quais se cuide de proteger social e economicamente os arrendatários que pessoal e diretamente cultivem o solo, como prevê o artigo 13, inciso V, da Lei n. 4.947, de 1966, sendo certo que o artigo 8º do regulamento correspondente a essa lei reza que, para os fins previstos no artigo 13, inciso V, da regra regulamentada, entende-se por cultivo direto e pessoal a exploração direta, na qual o proprietário, o arrendatário ou o parceiro, bem como seu conjunto familiar, residindo no imóvel e vivendo em mútua dependência, utilizam assalariados em número que não ultrapasse o número de membros ativos daquele conjunto.

Ora pois: a autora é pessoa jurídica que exerce atividade empresarial com capital social visivelmente considerável, atividade essa conduzida à exploração agrícola e pecuária, notadamente o cultivo de cana-de-açúcar, empregando na área objeto do contrato em litígio, com cerca de setecentos alqueires, mais de seiscentos assalariados, como se pode conferir às fls. 13, 20 e 478 dos autos.

Portanto, a atividade da postulante, no caso, não é direta nem pessoal e, assim, não se estende a ela o pálio protetivo da legislação que, na realidade, se destina a amparar o homem do campo, a quem não se pode assimilar a pessoa jurídica de cunho empresarial.

Daí a inteira pertinência da lição de PAULO GUILHERME DE ALMEIDA, seguida pela Egrégia Terceira Câmara deste Colendo Tribunal (*in* 'JTACSP', vol. 68/152), segundo a qual a tutela do trabalhador rural por meio de restrições nos contratos agrários nem sempre se justifica, pois há hipóteses em que se torna patente a igualdade entre as partes. O referido autor arremata ponderando: 'cite-se, por exemplo, o caso de contrato celebrado entre proprietário de imóvel e pessoas jurídicas, como usinas de açúcar e entidades de crédito, de forte estrutura financeira e administrativa, a dispensar qualquer tratamento protecionista.

É bem a espécie dos autos, em que uma pessoa jurídica de grande porte pretende ver-se equiparada ao trabalhador rurícola, para o fim de considerar-se albergada pela mesma proteção que a este preocupou o legislador, com vistas à exploração da terra levada a efeito diretamente por pessoas naturais.'

Ação Rescisória de Sentença n. 334.379-3-00 – Julgada em 10.11.92

EMENTA: ARRENDAMENTO RURAL – Valor do aluguel – Arbitramento de preço superior ao teto estabelecido pelo inciso XII, do artigo 95 do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 1964) – Condições pessoais do arrendatário a não enquadrá-lo como responsável direto pela exploração da terra – Admissibilidade.

Arbitramento de preço superior, desde que as condições pessoais do arrendatário inadmitam seu enquadramento, com exclusividade, como responsável direto pela exploração da propriedade rural, por si ou por meio de conjunto familiar. Possibilidade jurídica do pedido a cada três anos.'

Do Acórdão, o seguinte excerto demonstra a linha de fundamentação:

‘Além do mais, nos termos da Lei n. 4.947, de 6.4.66, no inciso V do artigo 13, estendeu sua proteção social e econômica somente aos ‘arrendatários cultivadores diretos e pessoais’, posto que, consoante já proclamou venerando acórdão prolatado na Apelação n. 208.247, de Ituverava, relatada pelo então Juiz Rodrigues Porto, perante a 5ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado, publicado nos Julgados, vol. 33/147: ‘o artigo 95, inciso XII, do Estatuto da Terra não ampara aquele que não explora o imóvel de maneira direta e pessoal (artigo 38, inciso II, do Decreto n. 59.566, de 1966)’.

E isso deve ser assim porque não se afigura justo aceitar parâmetros rígidos do Estatuto da Terra, disciplinado pela Lei n. 4.504, de 30.11.64, quanto ao preço do arrendamento, para favorecer aquele que, somente como atividade secundária aceita se colocar como arrendatário de imóvel rural, em prejuízo dos menos favorecidos que, diante da ausência de outra qualificação profissional, precisam cultivar diretamente as propriedades alheias, como alternativa mínima de garantia de subsistência.

Ou como disse o venerando acórdão relatado pelo Des. Marçal Juster, perante a Quarta Câmara do TJPR, publicado na RT, vol. 446/204, *ipsis litteris*: ‘A legislação agrária, como se depreende da sua contextura, mira o maior aproveitamento e produtividade da terra, estabelecendo direitos e deveres aos que tomam parte nos contratos para exploração no setor. Procurou amparar o arrendatário, definido como essa figura sofrida, como trabalhador braçal andante carregando sua família e seus trastes num caminhar sem fim, sem chance para se fixar, muitas vezes e quase sempre logrado pelo sempre melhor nível cultural do senhor da terra’.

Como se verifica, o entendimento adotado na r. sentença rescindenda, que interpretou a aplicação do Estatuto da Terra, somente em benefício dos exploradores diretos da propriedade rural, não violou literal disposição de lei e apenas procurou dar-lhe melhor adequação aos fatos, evitando que a mesma se torne fator de desequilíbrio em prejuízo do proprietário que contrata arrendamento com pessoa que a lei não protege, especificamente, no tocante ao preço da cessão da propriedade.

E não se argumente que o julgamento está afrontando princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, posto que inexistente a igualdade jurídica e real entre aquele que arrenda propriedade rural para nele explorar supletivamente atividade econômica e aquele outro que a explora com o trabalho braçal apenas visando obter a subsistência própria ou do grupo familiar, pois, como ensina PAULINO JACQUES, na obra ‘Da igualdade perante a lei’ (Forense, 1957, pág. 234): ‘o tratamento igual consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes’.

Do exame dos fundamentos deduzidos na inicial, não se constata a ocorrência de violação de literal disposição de lei federal, harmonizando-se a interpretação da sentença com o espírito do Estatuto da Terra, quando tem por objetivo proteger o explorador direto da propriedade rural diretamente ou por meio de conjunto familiar.’

Tribunal de Alçada de Minas Gerais

Apelação Cível n. 30.553 – Julgada em 21.10.86

## EMENTA: 'ARRENDAMENTO RURAL – INEXISTÊNCIA DE EXPLORAÇÃO DIRETA E PESSOAL – INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DA TERRA

O arrendatário que não resida no imóvel objeto do contrato não se ajusta à figura daquele que explora direta e pessoalmente a terra, o que afasta a tutela especial das Leis n. 4.504/64, n. 4.947/66 e do Decreto n. 59.566/66, ficando o ajuste sujeito às regras comuns do Código Civil.'

Nesse acórdão, o Juiz Cunha Campos, Relator, assim se manifesta sobre a matéria:

'Humberto Theodoro Júnior, quando juiz de primeiro grau, proferiu sentença onde estabeleceu os requisitos de incidência das disposições referentes a arrendamento e contidas no chamado Estatuto da Terra. Este foi complementado pela Lei n. 4.947/66 e regulamentado pelo Decreto n. 59.566, de 14.11.66.

Verificado este conjunto de disposições legais, lembrou Humberto Theodoro que: 'a exploração de terra, nas formas e tipos regulamentados por este decreto (o de n. 59.566), somente é considerada como adequada a permitir ao arrendatário e ao parceiro outorgado gozar dos benefícios aqui estabelecidos, quando for realizada de maneira direta e pessoal, nos termos do artigo 8º deste regulamento, estendido o conceito ao parceiro outorgado' (*in verbis*: art. 38, II, do Dec. 59.566, de 14.11.66, que regulamentou o Estatuto da Terra). Portanto, 'a exploração da terra deve ser realizada de maneira direta e pessoal, para que os ocupantes gozem dos benefícios do Estatuto da Terra e seu Regulamento'(Oswaldo Opitz e Sílvia Opitz, Contratos Agrários no Estatuto da Terra, ed. 1971, n. 33, pág. 219).

Prosseguiu o jurista a assentar:

Não basta investir capital na exploração da terra. Para gozar dos excepcionais favores do Estatuto, indispensável é que o parceiro seja, na efetiva expressão da palavra, um lavrador...

E ainda:

Sem se identificar com a gleba, nela residindo, a relação jurídica escapa ao alcance da legislação especial, ficando o parceiro sujeito às regras ordinárias do Código Civil (art. 92, § 9º, da Lei n. 4.504). – Revista Brasileira de Direito Processual, v. 2, pág. 156 e segs.

Como me pronunciei na época (revista e vol. Citados, pág. 159-162) esta representa a colocação técnica da matéria e atende, não apenas a sistemática, mas aos objetivos colimados pela chamada legislação agrária.

Na realidade, os dispositivos de tutela, a limitar a autonomia da vontade, foram endereçados à proteção do homem do campo, aquele cultivador direto e pessoal como a própria lei torna claro. Dois proprietários rurais, ao negociar o aluguel de pastagens, não podem pretender tutela destinada aos economicamente débeis, aos lavradores em sentido próprio.'

Apelação Cível n. 114.231-6 – Julgada em 18.11.91

## EMENTA: 'ARRENDAMENTO RURAL – DIREITO DE PREFERÊNCIA – ESTATUTO DA TERRA – ARRENDATÁRIO – DEPÓSITO

Os direitos que o Estatuto da Terra assegura ao arrendatário aplicam-se apenas ao que não tenha terreno próprio e que explore, pessoalmente, ou com sua família, a gleba arrendada, dela tirando a sua subsistência.’

Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul

Apelação Cível n. 189020787 – Julgada em 9.5.89

EMENTA: ‘ARRENDATÁRIO. PROTEÇÃO AO ARRENDATÁRIO HIPOSSUFICIENTE. NOTIFICAÇÃO PREMONITÓRIA PARA CESSAÇÃO DO CONTRATO. CONDUTA DO ARRENDATÁRIO NO SENTIDO DO DESINTERESSE NA SUA RENOVAÇÃO.

As normas do Estatuto da Terra são, em regra, protetivas do hipossuficiente, condição que o arrendatário, na hipótese concreta, não reveste.

Não se exige, necessariamente, a notificação judicial, pelo arrendador, até seis meses antes do prazo de vigência do contrato, para a retomada do imóvel arrendado. Basta a intenção seja manifestada por meio idôneo.

Arrendatário que confessou haver sido solicitado a desocupar a área no termo final do contrato, embora dentro dos últimos seis meses de sua vigência. Conduta, de outra parte, no sentido de satisfazer o interesse do arrendante, retirando animais e dizendo ao senhorio que faria a entrega da área no prazo fixado.’

Apelação Cível n. 193043213 – Julgada em 16.9.93

EMENTA: ‘ARRENDAMENTO RURAL. DIREITO DE PREFERÊNCIA.

Pela finalidade social buscada pelo Estatuto da Terra, o direito de preferência é assegurado ao arrendatário que explora direta e pessoalmente a área rural.

Carece daquela ação arrendatário que transfere a terra arrendada para terceiro explorá-la em seu nome.

[...]

Do respectivo acórdão, o seguinte excerto:

‘Vê-se que o apelado não é o arrendatário definido e protegido pela Lei, pois esta, como dito no apelo, tem intuito eminentemente social e objetiva beneficiar aquele que trabalha na terra.

Realmente. Está na lei:

Art. 13. Os contratos agrários regulam-se pelos princípios gerais que regem os contratos de Direito comum, no que concerne ao acordo de vontades e ao objeto, observados os seguintes preceitos de Direito Agrário:

I, II, III e IV – ‘omissis’

V – proteção social e econômica aos arrendatários cultivadores diretos e pessoais – Lei n. 4.947/66.

Art. 8º - Para os fins do disposto no art. 13, V, da Lei n. 4.947, de 6 de abril de 1966, entende-se por cultivo direto e pessoal, a exploração direta na qual o proprietário, o arrendatário ou o parceiro, e seu conjunto familiar, residindo no imóvel e vivendo em mútua dependência, utilizam assalariados em número que não ultrapassa o número de membros ativos daquele conjunto.

Parágrafo único. Denomina-se cultivador direto e pessoal aquele que exerce atividade de exploração na forma deste artigo. – Decreto n. 59.566/66

Vê-se que o arrendatário, para exercer o direito de preferência que lhe assegura o art. 92, § 3º, da Lei n. 4.504/64, para que não seja quebrada a finalidade da lei, a qual, segundo Osvaldo e Sylvia Opitz, é evitar que a terra explorada caia em mãos de estranhos à relação contratual, deve, antes de mais nada, explorar, direta e pessoalmente, a área de terra questionada.

No caso concreto, o autor-apelado nunca plantou e não reside no imóvel arrendado. Mantém na cidade um escritório de contabilidade. Portanto, o arrendamento da área rural não passa de uma fonte de renda. Paga pouco ao arrendador e se locupleta com parte da renda auferida pelo verdadeiro explorador da gleba rural.

Portanto, não estando ao abrigo da legislação especial, carece o autor-apelado do direito de preferência.

Para encerrar a análise das limitações ao gozo dos direitos previstos no Estatuto da Terra e em seu Regulamento para o uso e posse temporária da terra, importa complementar o estudo acima com uma referência a outro filão da jurisprudência que, além de assentar-se no artigo 38, inciso II, do Decreto n. 59.566/66, louva-se, também e principalmente, no artigo 12, inciso IV, do Regulamento.

Trata-se da hipótese em que o arrendatário ou o parceiro-outorgado apresentam-se sob a forma de pessoa jurídica, situação que não está prevista no inciso IV do artigo 12, do Decreto n. 59.566/66, uma vez que esse dispositivo, ao prever as ‘características do arrendatário ou do parceiro-outorgado’ refere-os apenas como ‘pessoa física ou conjunto familiar’.

A matéria, por sinal, já foi abordada, implicitamente, no acórdão relativo à Apelação Cível n. 256.795-9, do Tribunal de Alçada de São Paulo, já referida neste Capítulo 89, mas foi objetivamente referida em acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, como adiante se pode verificar:

EMENTA: ‘ARRENDAMENTO RURAL – PROPRIETÁRIO INCAPAZ – MULHER CURADORA – PESSOA JURÍDICA COMO ARRENDATÁRIA – A mulher curadora, na gestão dos bens do marido, goza dos privilégios e isenções a que se refere o artigo 455 do CC, por sua especial situação de consorte, sendo, portanto, dispensáveis a autorização do juiz e a hasta pública para contratar arrendamento rural, exigências que se restringem apenas à hipótese de alienação do imóvel (artigo 251, parágrafo único, do CC). O Decreto n. 59.566/66 não prevê a figura da pessoa jurídica como arrendatária no contrato de arrendamento rural regido pelo Estatuto da Terra, uma vez que descreve, em seu artigo 12, IV, a figura do locatário ou do parceiro outorgado como pessoa física ou conjunto familiar, representado pelo seu chefe. O contrato de arrendamento rural celebrado com pessoa jurídica

não se rege pelos especiais dispositivos da Lei n. 4.504/64 (Estatuto da Terra) e do Decreto n. 59.566/66, sendo vedado ao arrendatário-empresa invocar condições e privilégios de ordem social que foram instituídos para exclusivo benefício do trabalhador da terra.’ (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, AC n. 29.296, Rel. Juiz Bernardino Godinho).

Como é possível observar, diversas são as decisões que acolhem o disposto no artigo 38, inciso II, do Decreto n. 59.566/66, como constituindo importante limitação à aplicabilidade do Estatuto da Terra, da Lei 4.947/66 e do Decreto n. 59.566/66, a todos os que se dedicam à atividade rural, na condição de arrendatários ou parceiros-outorgados. Na mesma linha restritiva, a interpretação do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, relativamente ao artigo 13, inciso IV, do Regulamento.

Nada obstante, tanto o Supremo Tribunal Federal (ao tempo em que decidia matéria infraconstitucional), como o Superior Tribunal de Justiça (este, por sinal, em acórdão razoavelmente recente) mantêm entendimento mais amplo, no sentido de que as normas do Estatuto da Terra e de seu Regulamento aplicam-se, indistintamente, a todos quantos exploram a atividade rural, sejam ou não cultivadores diretos e pessoais, tenham ou não situação economicamente débil, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Trata-se de matéria relevante a ser devidamente considerada no estudo dos Contratos Agrários de arrendamento e parceria.

Diante da relevância da matéria, não cabe omitir-se. É pacífico o entendimento de que o Direito Agrário afasta-se do Direito Civil exatamente a partir da perspectiva com que trata as relações entre as partes envolvidas na atividade rural. As normas agrárias trazem nítida conotação protecionista, como, de resto, também o fazem, por exemplo, as que regulam as relações de trabalho. Divergem, com isso, das normas de Direito Civil, onde a igualdade das partes e a liberdade de contratar têm forte sustentáculo.

Sob outro aspecto, importa considerar que, por natureza, as leis não contêm (ou, pelo menos, não devem conter) expressões desnecessárias ou inúteis. O artigo 38, acima transcrito, é extremamente claro e parte de seu *caput* merece ser reapresentada para permitir melhor compreensão do assunto: ‘A exploração da terra, nas formas e tipos regulamentados por este Decreto, somente é considerada como adequada a permitir ao arrendatário e ao parceiro-outorgado gozar dos benefícios aqui estabelecidos, quando for realizada de maneira:[...] II – direta e pessoal[...].’

É absolutamente lógico, no contexto do Estatuto da Terra, que o legislador deu ênfase especial à função social da propriedade 90, o que, por sinal, é e sempre foi o pano de fundo de todo o Direito Agrário.

Ademais, a Lei n. 4.947, de 6 de abril de 1966, em seu artigo 13, reforça o aspecto protetivo das normas reguladoras dos contratos agrários, as quais deveriam observar não apenas os artigos 92 a 96 do Estatuto da Terra, mas, igualmente, três outros preceitos mencionados a seguir:

- ‘obrigatoriedade de cláusulas irrevogáveis, estabelecidas pelo IBRA, que visem à conservação dos recursos naturais;
- proibição de renúncia, por parte do arrendatário ou do parceiro não-proprietário, de direitos e vantagens estabelecidas em leis ou regulamentos;
- proteção social e econômica aos arrendatários cultivadores diretos e pessoais’

Com toda essa base legislativa a regular, outra não poderia ser a opção do Regulamento. Precisava dar relevância à função social da propriedade; estava obrigado a assegurar proteção social e econômica aos arrendatários cultivadores diretos e pessoais. E a forma encontrada só poderia ser a do artigo 38, inciso II, do Decreto nº 59.566/66.

Na verdade, se o Direito Agrário tem natureza social, se deve dar proteção social e econômica aos cultivadores diretos e pessoais, se deve buscar a conservação dos recursos naturais, não pode estender a todos os benefícios estabelecidos nas leis e no regulamento, quando eles pressupõem, naturalmente, o desequilíbrio entre as partes.

Não fora o pressuposto do desequilíbrio entre as partes, porque conceder a uma delas (arrendatário ou parceiro-outorgado) determinados privilégios, como limitações no preço do arrendamento, cotas máximas para o parceiro-outorgante, renovação automática do arrendamento em determinadas situações, prova testemunhal dos contratos ?

O que dizer, então, dessas vantagens quando asseguradas a arrendatários ou parceiros-outorgados de condições econômicas muito superiores às dos respectivos arrendadores ou parceiros-outorgantes? Estaria coerente com o Estatuto da Terra privilegiar uma empresa de grande porte, quando arrendatária de terras de um proprietário de 50 ou 60 hectares de terras?

Por todas essas razões, e fazendo uma leitura simples e objetiva do texto do artigo 38, inciso II, do Regulamento, tenho que deve ele ser reconhecido como expressa manifestação do legislador no sentido de somente reconhecer ao arrendatário e ao parceiro-outorgado os benefícios estabelecidos nas Leis n. 4.504/64 e n. 4.947/66, bem como no Regulamento, quando se tratar de cultivadores diretos e pessoais, nos termos conceituados no artigo 8º e parágrafo único do Decreto n. 59.566/66. (destacou-se)

No mesmo sentido, encontra-se o seguinte julgado do TJMG:

EMENTA: ARRENDAMENTO RURAL - PREFERÊNCIA - ESTATUTO DA TERRA - ARRENDATÁRIO - REQUISITOS.

- Para que o arrendatário de gleba em situação rural possa invocar o benefício de preferência para aquisição, deve comprovar que explora direta e pessoalmente o imóvel, nele reside e que não exerce outra profissão.” (AC n. 339.575-3, Sexta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Rel. Juiz Maciel Pereira, julgado em 04.10.01. Por maioria, deu provimento, DJ 06.11.01)

O Relator assim se pronunciou:

[...] Trata-se de uma ação de preferência com pedido de adjudicação, proposta pelos recorridos contra os recorrentes, porque os segundos recorrentes, proprietários de uma gleba arrendada aos recorridos a teriam vendido aos primeiros recorrentes, sem notificar os recorridos para o exercício da preferência. O pedido foi tido como procedente, o que ensejou os recursos.

No primeiro deles, sustentam os recorrentes a tese de que, no caso de arrendatário que não cultiva direta e pessoalmente a gleba arrendada e nela não reside, não estaria protegido pelo Estatuto da Terra e, por isso, com tal argumento, pretendem a reforma da decisão de primeira instância.



No segundo deles, com os mesmos argumentos e acrescentando que, ao tempo da venda já não havia mais a figura do arrendamento, querem os recorrentes, também, o provimento de seu recurso.

Os recursos foram rebatidos em contra razões, em que os recorridos se reportam ao memorial e o reforçam com outros argumentos para dizer do acerto da sentença, pleiteando sua manutenção.

Vamos, de início, desprezar a questão da notificação, ou porque não tenha sido feita certamente ou porque possamos colocar em dúvida a afirmação de que o documento de f. 5 estaria a fazer subentendido o fim do arrendamento, afirmação essa feita pelo vendedor.

É que temos jurisprudência neste Tribunal no sentido de que os direitos do Estatuto da Terra só se aplicam àquelas pessoas que cuidem direta e pessoalmente da gleba arrendada e residam nela com a família, retirando dela a sua subsistência.

Esses seriam os requisitos contidos no regulamento da Lei n. 4.947/66, que é o Decreto n. 59.566, de 14.11.66.

Além dos arestos mencionados e juntados por cópia, estive examinando o acórdão na Apelação n. 30.553, em que foi relator o saudoso Juiz Cunha Campos (RJTAMG. 29/100 a 105).

Ali se contém exaustivo e completo estudo a respeito da Lei n. 4.947, mencionada, seu regulamento, a legalidade deste, previsto nela, bem como o que é mais importante, as razões dos requisitos para que o lavrador arrendatário possa invocar os benefícios, inclusive o direito de preferência.

E, segundo entendi e, por isso, concluo aqui da necessidade da configuração dos requisitos, tudo isso tem explicação.

Para que o lavrador possa invocar os benefícios, portanto, é necessário que explore o torrão arrendado, direta e pessoalmente com a sua família, e nela resida, porque, senão outros e outros poderiam também invocar os mesmos benefícios e estaria desviada de sua finalidade toda a filosofia, cujos fundamentos estariam plantados no próprio contexto daquele Direito consubstanciado nos dispositivos da Lei n. 4.947, citada.

Ora, como se sabe e, sobretudo hoje, não há outra forma de interpretar os fatos, a lei e a subsunção daqueles nesta, senão pelo sistema teleológico.

Se, no caso, assim não se fizer, pode se dar que a Justiça venha a ser obrigada a examinar um pedido de preferência entre dois latifundiários, um arrendador e outro arrendatário.

Mas essas disposições que estamos examinando e o caso ao qual as estamos aplicando não combinam.

E não combinam porque o próprio autor afirma que tinha empregado, tratorista; que não residia na gleba arrendada; que era açougueiro ou comerciante e, portanto, tinha outra profissão.

Ora, tudo isso, segundo vejo, estaria a nos indicar que a aplicação dos dispositivos legais para a outorga dos benefícios aos recorridos implicaria uma atitude contrária ao que nos indica o Direito e sua verdadeira interpretação, isto é, o desvio de finalidade e a subversão de tudo, com a colocação do certo no lugar do errado.

E é isso que procuraremos evitar, com o provimento do recurso.

Estamos, em suma, dando provimento à apelação, com a inversão dos ônus de sucumbência. Custas do recurso pelos recorridos.(destacou-se)

A hipótese aqui trazida em muito se assemelha com a apresentada no referido julgado do Tribunal mineiro, já que restou demonstrado nestes autos que os ora recorridos não residiam no imóvel rural em razão do contrato, tampouco dali tiravam seu sustento, de modo que, embora se tratasse de contrato de arrendamento (o que, saliente-se, restou afastado na análise da natureza jurídica do contrato), não poderiam invocar o direito de preferência de que trata o art. 92, § 3º, do Estatuto da Terra.

O contrato de locação de pastos refere-se a imóvel rural situado em Naviraí-MS (f. 11), ao passo que, segundo informação da inicial desta demanda, os recorridos Sigeyuki Ishii e Helena Kimio Hida Ishii residem em Presidente Prudente-SP.

Além disso, a cláusula sétima do contrato firmado por Sigeyuki com Nelson Leone previa expressamente a possibilidade de o gado ser fiscalizado e vistoriado pelo recorrido ou seu preposto quando necessário, o que, aliado à decisão que indeferiu o pedido liminar de manutenção de posse em outra demanda (f. 88), demonstra que os locatários não detinham a posse do imóvel. De fato, se os recorridos exercessem a posse, não haveria necessidade de cláusula conferindo-lhes a prerrogativa de fiscalizar e vistoriar o gado, pois, via de regra, o possuidor usa e goza do imóvel sem a interferência de terceiros.

Finalmente, em nenhum momento os recorridos nem sequer alegam que teriam como única fonte de sustento o gado apascentado na Fazenda Porto Alegre, o que leva à conclusão de que não são pequenos produtores rurais que tiram sua fonte de subsistência daquelas terras, de modo que não se encontram ao albergue do Estatuto da Terra.

Em síntese, mesmo que se tratasse de contrato de arrendamento, os recorridos não poderiam se valer do direito de preferência previsto no Estatuto da Terra, que somente é conferido ao arrendatário que se enquadra nas disposições dos arts. 8º e 38 do Decreto n. 59.566/66.

No mais, assiste razão aos recorrentes quando afirmam que os recorridos somente poderiam invocar eventual direito de preferência com base na Lei de Locação.

O contrato havido entre as partes era de locação de pastagem e os locatários não exerciam a atividade pecuária de forma direta e pessoal. Por conseguinte, embora as partes tenham deveres a serem observados na forma do contrato, do Estatuto da Terra e do Decreto 59.566/66, tem-se que seus direitos são regulados consoante a legislação civil ordinária, aplicada subsidiariamente ao direito agrário.

Nesse sentido ensinam Oswaldo Optiz e Silvia Optiz:

Aplica-se o CC, subsidiariamente, quando for omissa a lei especial (ET, art. 92, § 9º e Regulamento, art. 88), por isso, além das normas peculiares ao arrendamento rural, observar-se-ão as constantes do Regulamento e do art. 95 do ET.

Pois bem, é pacífico o entendimento de que o pedido adjudicatório fundado em direito de preferência somente pode ser invocado pelo locatário quando o respectivo contrato se encontra registrado no cartório de registro de imóveis, como se extrai do seguinte julgado do STJ:

LOCAÇÃO. COMPRA E VENDA. DIREITO DE PREFERÊNCIA DO LOCATÁRIO. ADJUDIÇÃO. NECESSIDADE DE REGISTRO DO CONTRATO NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS.

1. Consoante pacífica jurisprudência desta Corte, a exigência de registro do contrato de locação no Cartório de Imóveis (Lei de Locação, art. 33) é requisito essencial ao exercício do direito de preferência do locatário na aquisição do imóvel locado. Ausente esta exigência legal, o locatário preterido não terá direito à adjudicação do bem alienado.

2. Recurso Especial não provido. (REsp n. 242.201/RO, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 16.5.00, DJ 19.6.00, p. 196).

*In casu*, o contrato de locação de pastagem havido entre Sigeyuki Ishii e Nelson Leone Porto Alegre não foi registrado à margem da matrícula da Fazenda Porto Alegre; logo, não foi levado a conhecimento de terceiros.

Se a locação de pastagem não foi tornada pública, com o registro do respectivo contrato, não podem os recorridos pretender a adjudicação do imóvel rural em comento, mormente porque, como bem frisaram os recorridos, aqueles não efetuaram o depósito integral do valor, objeto do contrato de compra e venda havido entre os apelantes Nelson Leone Porto Alegre e Marco Antônio Rezek.

Ora, o valor do imóvel constante da escritura pública de compra e venda era de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), de modo que, embora houvesse direito de preferência a agasalhar os recorridos, estes deveriam ter realizado o depósito integral daquela quantia, o que não ocorreu.

Vê-se da leitura da inicial que os recorridos depositaram somente R\$ 665.820,86 (seiscentos e sessenta e cinco mil, oitocentos e vinte reais e oitenta e seis centavos), conforme f. 26, informando que depositariam o valor remanescente em 31.5.00, uma vez que tal prerrogativa foi conferida aos compradores do imóvel, Marco Antônio Rezek e esposa. Em 29.5.00 realizaram o depósito de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), afirmando que essa quantia representaria o pagamento da última parcela referente ao valor do bem que pretendiam ver adjudicado (f. 49).

Até 29.5.00, os recorridos depositaram em juízo R\$ 815.820,86 (oitocentos e quinze mil oitocentos e vinte reais e oitenta e seis centavos), correspondentes ao valor atualizado do negócio, olvidando-se, contudo, de depositar o valor referente ao ITBI, que foi de R\$ 16.001,95 (dezesseis mil e um real e noventa e cinco centavos), como se vê do documento de f. 18 – verso). Violaram, desse modo, o disposto no *caput* do art. 33 da Lei n. 8.245/91, *in verbis*:

Art. 33. O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.(destacou-se)

De todo o acima exposto tem-se que os recorridos não poderiam pretender a adjudicação do bem imóvel fundado em direito de preferência com base na legislação agrária especial, (que confere tal prerrogativa somente aos arrendatários, não abrangendo o contrato de locação de pastagem), tampouco com base na legislação civil que trata da locação, já que o contrato locatício não estava registrado no CRI e não houve depósito das despesas do ato de transferência do imóvel.

Assim, o acolhimento da pretensão recursal, para manutenção do negócio havido entre os apelantes, Marco Antônio Rezek e Ana Silvia Hadas Rezek, de um lado, e Nelson Porto Alegre e Hilah Krahenbuhl Porto Alegre, de outro, é medida que se impõe.

### III. Dispositivo

Por todo o exposto, conheço dos recursos de apelação interpostos por Marco Antônio Rezek e Ana Silvia Hadas Rezek, e por Nelson Porto Alegre e Hilah Krahenbuhl Porto Alegre, rejeito as preliminares arguidas pelos primeiros e, no mérito, dou provimento a ambos os recursos para afastar o pedido de adjudicação fundado em direito de preferência formulado por Sigeyuki Ishii e Helena Kimio Hida Ishii, mantendo a compra e venda de imóvel rural havida entre os recorrentes, e inverter os ônus da sucumbência, condenando os recorridos ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, arbitro em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em favor dos representantes de Marco Antônio Rezek e Ana Silvia Hadas Rezek, e em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em favor dos representantes de Nelson Porto Alegre e Hilah Krahenbuhl Porto Alegre.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Revisor)

Fui revisor deste processo e, diante da situação encontrada, tive o cuidado de verificar o voto da relatora. Recebi os memoriais das partes, analisei-os e estou convencido de que, realmente, a ilustre relatora está correta no seu entender e, por isso eu a acompanho.

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, FOI ADIADA A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL. A RELATORA E O REVISOR DERAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

### VOTO (7.4.2009)

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (vogal)

Cuida-se de recursos de apelação (f. 623-643 e f. 669-684) interpostos contra a sentença (f. 603-619), que julgou procedente o pedido deduzido na ação de preferência que Sigeyuki Ishii e Helena Kimio Hida Ishii, na qualidade de arrendatários do imóvel, objeto da lide, movem em face de Marco Antônio Rezek e Ana Silvia Adas Rezek, e Nelson Leone Porto Alegre e Hilah Krahenbuhl Porto Alegre, os dois primeiros na qualidade de adquirentes e os dois últimos na de alienantes.

A relatora deu provimento aos recursos, no que foi acompanhada pelo revisor, por entender, em suma, que o contrato celebrado entre as partes, mormente por ter prazo de duração inferior a cinco anos e não conter a perfeita individualização da área arrendada, não se trata de contrato de arrendamento rural, mas de contrato de locação de pastagens, que, conquanto se enquadre no gênero dos contratos agrários, não se confunde com a espécie do arrendamento rural, pelo que não teriam os apelados a invocada preferência na aquisição da propriedade arrendada, cujo direito a lei confere exclusivamente ao arrendatário. Ademais, sustentou a ilustre relatora que, embora se pudesse cogitar da configuração do contrato de arrendamento, os apelados não se amoldariam ao conceito de arrendatários que tiram seu sustento da terra, de modo que não lhes seria possível, de qualquer sorte, invocar a benesse prevista no art. 92, § 3º, do Estatuto da Terra.

Em razão de ter ficado em dúvida acerca da natureza jurídica do contrato sub judice e, de igual modo,

quanto à exata extensão do termo exploração direta contido no art. 7º do Decreto n. 59.566/66, pedi vista dos autos para proferir, com segurança, o voto.

A sentença prolatada na instância singela, por julgar configurado o contrato de arrendamento, entendeu incidir na hipótese o Estatuto da Terra e, por conseguinte, exercitável o direito de preempção previsto no diploma, enquanto o voto proferido pela relatora, vislumbrando na pactuação mero contrato de locação de pastagens, pôs a lide sob o foco do Código Civil e, assim, afastou a possibilidade de prelação invocada pelos apelados.

Todavia, concessa venia, entendo que o contrato em discussão se amolda perfeitamente à definição legal de arrendamento rural contida no art. 3º do Decreto n. 59.566/66, que regulamenta as Seções I, II e III, do Capítulo IV, do Título III, da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra).

Ora, o contrato de f. 11-12 demonstra, *in ictu oculi*, tratar-se de cessão de uso e gozo de parte de imóvel rural (cláusula primeira), com o objetivo de nele ser exercida, mediante uma retribuição (cláusula quarta do contrato), atividade de exploração pecuária (cláusula segunda).

Com efeito, conforme consta das referidas cláusulas contratuais, de uma área total de 1.510,40 ha (cf. escritura pública de f. 15-17), foram arrendados aos apelados 770 ha, cercados e com divisões internas, formados de pastagens artificiais “compostas de colônia e brachiaria-brizanta”, pelo prazo de um ano, para o apascentamento de 500 reses, pelo “preço certo e ajustado” de R\$ 1.250,00 (mil duzentos e cinquenta reais) mensais.

Presentes, portanto, as características essenciais do contrato de arrendamento rural.

Nesse contexto, a mera descrição deficiente da gleba não pode servir de supedâneo para a descaracterização do contrato de arrendamento, pois, malgrado a disposição contida no art. 12, VII, do Decreto n. 59.566/66, não se pode olvidar o teor do art. 11 do mesmo codex, de que “os contratos de arrendamento e de parceria poderão ser escritos ou verbais”, bem como o prescrito pelo art. 92 do Estatuto da Terra, cujo texto determina que “A posse ou o uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato escrito ou tácito”.

Dessarte, considerando que, nos contratos verbais, obviamente, não haverá nenhuma descrição pormenorizada da gleba, ficando a sua determinação ao alvitre de ambas as partes contratantes, a simples indicação imprecisa do local onde serão apascentadas as reses não tem o condão de, por si só, desnaturar o arrendamento rural.

Do mesmo modo, o fato de haver entabulação de prazo inferior a cinco anos não afasta a caracterização da avença como arrendamento, isso porque o art. 13, inciso II, alínea “a”, do referido decreto, e o art. 95, II, do Estatuto da Terra, estabelecem como prazos mínimos, para os contratos de arrendamento que tenham como objeto a exploração pecuária de médio e grande porte, três e cinco anos, respectivamente.

Imperioso ressaltar que os diplomas em questão referem-se a normas cogentes, impondo sua observância obrigatória e irrestrita a todas as espécies de contratos agrários.

É o que decorre do disposto no inciso I, do art. 13, do Decreto n. 59.666/66, *in verbis*:

Art. 13. Nos contratos agrários, qualquer que seja a sua forma, constarão obrigatoriamente, cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica dos arrendatários e dos parceiros-outorgados a saber (Art. 13, incisos III e V da Lei n. 4.947-66):

I - Proibição de renúncia dos direitos ou vantagens estabelecidas em Leis ou Regulamentos, por parte dos arrendatários e parceiros-outorgados (art.13, inciso IV da Lei n. 4.947-66);

Portanto, ainda que tenha havido pactuação em período inferior, devem ser respeitados os prazos mínimos legalmente previstos, pois o legislador, repisando o princípio de que os direitos assegurados pela legislação agrária são irrenunciáveis, como forma de conferir a necessária proteção ao produtor rural, garante-lhe a permanência na terra que cultiva pelo mínimo de tempo que julgou necessário para o satisfatório desenvolvimento da atividade produtiva.

Nesse sentido já se posicionou a Terceira Turma Cível desta Corte de Justiça:

Ainda que estipulem prazo de vinte e três meses, a lei dispõe como prazo mínimo para arrendamento rural, em casos de lavoura temporária, três anos de vigência (TJMS, Apelação Cível - Sumário, n. 2004.005547-1 - Ivinhema, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 9.8.04 - Unânime).

No mesmo diapasão, o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça:

ARRENDAMENTO RURAL. Prazo mínimo.

O prazo mínimo para o arrendamento rural é de três anos. Art. 13, II, a, do Dec. N. 59.566/66. (STJ, REsp n. 195177/PR, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, Rel. p/ Acórdão Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 3.2.00, DJ 28.8.00, p. 88).

Ainda, sobre o mesmo tema, colhem-se os seguintes arestos:

Não subsiste qualquer dúvida, que impôs o Estatuto da Terra e seu regulamento, prazo mínimo de duração do contrato de arrendamento rural, mesmo por tempo determinado, o que torna ineficaz o pacto que reduz tal período, ex vi do disposto no art. 13, II, "a", do Decreto n. 59.566 (Segunda TACivSP – Ap. n. 192.397-7, Primeira Câmara, Rel. Ruyter Oliva, In JTA 99/219).

Nos contratos agrários, qualquer que seja a sua forma (escrita ou verbal, com ou sem prazo convencionado pelas partes), o prazo mínimo de duração será de três anos para lavoura temporária, e de cinco anos para lavoura permanente (art. 13, letra "a", c/c o artigo 34, do Decreto n. 59.566), prazos obrigatórios e irrenunciáveis (TJGO, AC n. 11.184 - Bom Jesus de Goiás, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Mauro Campos, julgado em 21.11.78 – Unânime).

Doutrinariamente, na mesma ordem de ideias, Paulo Torminn Borges leciona:

Tem surgido nos Tribunais, vez por outra, o entendimento de que os prazos mínimos, previstos na legislação, dizem respeito apenas aos contratos por prazo indeterminado. Assim, seria lícito contrato por prazo menor, desde que determinado.

Tal entendimento não pode prevalecer. O prazo mínimo é estabelecido não apenas em favor do débil econômico, ou seja, do parceiro outorgado e do arrendatário.

Não.



O prazo mínimo é estabelecido principalmente para evitar o mau uso da terra.

Quem toma a terra, em arrendamento ou parceria, por um ano só, querará tirar todo o proveito imediato. E muitos não se importarão de fazer uso predatório, porque a terra arruinada, amanhã, não estará mais em suas mãos.

Se o usuário da terra, porém, a tem por um tempo mais alongado, com possibilidade legal de renovar o contrato, é evidente que pensará no proveito imediato e no proveito mediato e, assim, despovoará a terra de pragas, hoje, para tê-la despovoada da mesma praga no futuro, em seu próprio benefício. Conservará sua fertilidade para tê-la fértil amanhã..

E a conservação da capacidade produtiva da terra interessa ao presente e ao futuro, para ambos os tempos estando voltadas as regras protetivas da lei (BORGES, Paulo Torminn. Institutos Básicos do Direito Agrário. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 127).

Portanto, é de se ter por ineficaz a pactuação de prazo inferior ao disposto legalmente, devendo as partes submeterem-se às normas imperativas contidas no regramento agrário. Em consequência, não há falar em descaracterização do contrato de arrendamento em razão do prazo de duração entabulado.

Nesse passo, tornam-se descabidas as alegações de que a avença entabulada cuidar-se-ia de mera “locação de pastagens” ou “compáscuo”, pelo que incidiriam, na espécie, as normas da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91) ou do Código Civil.

Trata-se, evidentemente, de contrato agrário, regido, inegavelmente, pelo Estatuto da Terra e demais normas atinentes à espécie.

Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE PASTOREIO. ARRENDAMENTO RURAL CARACTERIZADO. COMPROVAÇÃO DA POSSE E DO ESBULHO. COMPROVADO O LIAME CAUSAL ENTRE O ATO DE ESBULHO E OS DANOS SUPOSTOS PELOS POSSUIDORES. EXTENSÃO DO PREJUÍZO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARTIGOS.

O termo de compromisso, cujo objeto é a cedência de área para colocação de gado a pastoreio, bem como os recibos de pagamento, este feito anualmente pelo uso do imóvel, caracterizam o contrato agrário e comprovam a posse da área de pastoreio. O esbulho restou caracterizado pela retirada do gado, sem a anuência dos arrendatários, bem assim pela colocação de cadeado no portão da cerca do imóvel. Além disso, a área de pastos foi arrematada por terceiro que, por sua vez, arrendou o imóvel aos possuidores em data anterior a da notificação feita pelo apelante. Comprovada, por meio de prova testemunhal, o liame causal entre o ato de esbulho e os danos suportados pelos possuidores, a extensão do prejuízo deverá ser apurada em liquidação de sentença por artigos (TJRS, AC n. 70007279839, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, julgado em 30.9.04 - Unânime).

Tampouco encontra ressonância a tese de que os recorridos não poderiam, de todo modo, se valer das disposições protetivas do Estatuto da Terra e do Decreto n. 59.566/66, em razão de não se tratar de pequenos produtores rurais, que não se utilizam das terras em questão como sua única fonte de subsistência.

Ora, o Estatuto da Terra e, bem assim, seu respectivo regulamento, não se confundem com o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 5.889/73), este o regramento das relações de trabalho no meio rural, editado com



vistas à proteção e assistência do homem do campo.

No Estatuto da Terra, a preocupação maior foi proteger aqueles que, pelo seu trabalho, seja direto ou indireto, tornam a terra produtiva e dela extraem riquezas através do trabalho agrícola, conferindo-se, assim, completa efetividade à função social da terra plasmada no texto constitucional (artigo 5º, inciso XXIII, e 186 da CF), que tem como pressuposto inarredável a utilização do imóvel de forma efetiva e racional.

Tanto é assim que o Código Civil de 2002, acolhendo o sopro renovador da função social da propriedade contido na Lei Maior, dispôs, em seu art. 1.228, § 1º, que “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”.

José Afonso da Silva, ao buscar conceituar a função social da propriedade, assevera:

O regime jurídico da terra “fundamenta-se na doutrina da função social da propriedade, pela qual toda a riqueza produtiva tem uma finalidade social e econômica, e quem a detém deve fazê-la frutificar, em benefício próprio e da comunidade em que vive”. Essa doutrina – como observa Sodero – trouxe um novo conceito do direito de propriedade rural, que informa que ela é um bem de produção, e não simplesmente um bem patrimonial (SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 747).

Dentre os critérios estabelecidos pelo legislador constitucional para considerar atendida a “função social da propriedade”, o art. 186, em seu inciso I, relacionou o seu “aproveitamento racional e adequado”, que, segundo Uadi Lammêgo Bulos, “é o atributo constitucional que revela o uso correto do solo, por meio do emprego de insumos, métodos modernos e tecnologia avançada” (BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.302).

Relativamente ao citado inciso I do art. 186 do texto constitucional, Celso Ribeiro Bastos comenta:

Exige-se o aproveitamento racional e adequado, o que significa dizer, a utilização para fins econômicos compatível com as características do imóvel. Se houver aproveitamento, e este for absurdo por não atender a critérios mínimos de economicidade, mas sim a devaneios de seu proprietário, satisfação não existirá do preceito constitucional. Queiramo-lo ou não, seja ou não do nosso agrado pessoal, o fato é que os objetivos fundamentais dos Estados Modernos continuam a ser aqueles voltados ao desenvolvimento do seu potencial econômico. Embora quando se fale em desenvolvimento social queira-se mais referir a uma partilha equitativa dos bens produzidos, o fato é que nenhum Estado se contenta com o mero distributivismo. Uma política social eficaz só acaba afinal por ter êxito se lastreada em uma abundante produção de bens. Ninguém em sã juízo pode acreditar que um produto nacional insuficiente possa gerar o bem-estar coletivo pela circunstância de ter criado pessoas mais ou menos do mesmo nível de miséria.

As palavras antigas de Jefferson parecem confirmadas pela história: “Não criarás a riqueza dos pobres, eliminando a riqueza dos ricos.

Sem produção abundante não há bem-estar social, mesmo porque todos os planos que interessam mais diretamente à qualidade de vida do cidadão dependem de grandes somas de dinheiro para implementação, desenvolvimento da educação, da saúde, da habitação, da ecologia...

Daí porque o fundamental é que as terras agrícolas produzam aquilo que o estado atual da tecnologia e as condições de investimento do País estão a permitir.

Parcelar a propriedade produtiva é prenúncio quase certo de diminuição da produção

com conseqüente degradação dos níveis sociais já atingidos. Fornecer um pedacinho de terra a cada brasileiro e pensar que por aí estará resolvido o problema da pobreza é uma doce quimera.

Do exposto resulta claro que o núcleo fundamental do conceito de preenchimento da função social é dado pela sua eficácia atual quanto à geração de riqueza. Daí o porquê da propriedade produtiva vir excluída daquelas suscetíveis de expropriação para fins de reforma agrária nos termos do art. 186, supra (BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 287-288).

Na mesma ordem de ideias, o Des. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento pontifica:

O ser racional equivale a ser obediente e cumprir, no trabalho da terra, as práticas usuais e proveitosas, os avanços técnicos conhecidos e possíveis, a tecnologia, enfim. Há formas diferenciadas de utilização da terra. Entre elas, existe a mais proveitosa, porque de acordo com a técnica mais moderna e já aprovada pela experiência. A racionalidade do tratamento deve buscar este proveito e esta melhor utilidade. Em outras palavras, o racional equivale à obediência do meio tratativo da terra considerado cientificamente mais correto. Olhando sob o aspecto da destinação econômica da terra, a racionalidade visa harmonizar, finalisticamente, o que a experiência e a ciência oferecem e o objetivo final do tratamento.

O ser adequado leva em consideração, buscando-se harmonizar, a aptidão específica da agrariedade da terra. Uma serve para o plantio de arroz, outras para pecuária, outras para o cultivo de milho, etc. O tratamento adequado deve levar em consideração esta capacidade potencial que a terra oferece. O objetivo não é a monocultura, mesmo porque a prática da rotatividade e da policultura é saudável. O que se pretende é evitar uma utilização em desacordo com a aptidão da terra, para que não se chegue, a final, com um aproveitamento insatisfatório. Na busca do melhor resultado no utilizar a terra a adequação tem sentido relevante (NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. A Ordem Econômica e Financeira e a Nova Constituição. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 124-125).

Nesse passo, pensar que o aludido Estatuto somente confere amparo aos cultivadores diretos da terra, a par de não conferir ampla garantia de produtividade rural, serviria de desestímulo a todos quanto possam contribuir para o efetivo progresso da atividade agrícola, reduzindo-a a produto de meras explorações individuais, com o retorno à precária agricultura de subsistência, com nefastas implicações na base da economia nacional. Seria a negação do próprio progresso e a desconsideração da terra como meio de produção.

Com efeito, ainda que o arrendatário não trabalhe, com próprias mãos, na terra arrendada, deve ser-lhe assegurada a necessária proteção estatal, pois em tempos de especulação imobiliária e juros elevados a patamares estratosféricos, louvável é a iniciativa daquele que, detentor de considerável capital, deixa de dedicar-se a atividades especulativas ou à agiotagem clandestina e emprega seus esforços em extrair riquezas da terra, fazendo-a produtiva e, em última análise, tornando viável a própria sobrevivência humana.

Aliás, o próprio art. 7º do Decreto n. 59.566/66 é claro nesse sentido, *in verbis*:

Art. 7º Para os efeitos deste regulamento, entende-se por exploração direta, aquela em que o beneficiário da exploração assume riscos do empreendimento, custeando despesas necessárias.

O ilustre magistrado da instância singela, com muita propriedade, assim discorreu sobre a questão (f. 613):

Numa interpretação teleológica do art. 8º do Decreto n. 59.566/66, a exploração

direta e pessoal ali referida não significa que deva o arrendatário, obrigatoriamente, com suas próprias mãos, no dia-a-dia, exercer a atividade rural, mas sim que deve auferir as vantagens e arcar com as responsabilidades oriundas do contrato encetado, ainda que para isso possa se valer de prepostos. [...]

O entendimento acima é o mais condizente com a atual realidade, sendo que diversos julgados colacionados pelos réus datam de longa data. Hoje é possível aos produtores, através da internet, no conforto do lar, administrar seus negócios, inclusive os arrendamentos contratados. Outra conclusão acarretaria o absurdo de que o arrendamento rural, dessa forma, somente é possível ao pequeno agricultor, aquele que utiliza a área numa atividade familiar, o que não é aceitável.

De mais a mais, no entendimento deste juízo, os direitos inseridos no Estatuto da Terra, inclusive o direito de preferência conferido ao arrendatário, não se aplicam pela circunstância eventual de ser ou não este hipossuficiente ou por explorar direta e pessoalmente a terra (na cognição literal da expressão), mas sim porque visa o ordenamento jurídico outorgar proteção, preferencialmente, em igualdade de condições, a quem já está na lide da terra, laborando, seja pessoalmente ou através de prepostos, extraindo frutos da mesma, em suma, cumprindo com a função social da propriedade exigida pela Constituição da República.

Portanto não encontra respaldo a tese de que os apelados, por não trabalharem pessoal e diretamente na terra arrendada, não fariam jus à proteção do Estatuto da Terra e do Decreto n. 59.566/66.

Corroborando o acima ventilado, trago à colação o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO AGRÁRIO. ARRENDAMENTO RURAL. INCIDÊNCIA DO ESTATUTO DA TERRA.

1. Não tem apoio a tese sustentada pelo acórdão recorrido sobre a exclusão do arrendamento rural do estatuto da terra quando as partes envolvidas desfrutarem de boa situação econômica, a dispensar tratamento legal favorável. a disciplina legal agasalha a discriminação, com o que é inaplicável aos contratos agrários o art. 1197 do código civil.

2. A alienação ou a imposição de ônus real, na forma do parágrafo 5 do art. 92 do estatuto da terra, não interrompe a vigência dos contratos agrários, ficando o adquirente, ou o titular do direito real, sub-rogado nos direitos e obrigações do proprietário.

3. Recursos especiais conhecidos e providos (STJ, REsp n. 112144/SP, Terceira Turma, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 24.11.97, DJ 19.12.97, p. 67492).

Com isto, inaplicável ao caso a Lei n. 8.245/91, tornando-se irrelevante, por conseguinte, a ausência de transcrição do contrato de arrendamento no cartório de registro de imóveis, porquanto tal exigência não encontra correspondência no Estatuto da Terra.

Sobre a questão, confira-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. ARRENDAMENTO RURAL. DIREITO DE PREFERÊNCIA. FALTA DE NOTIFICAÇÃO AO ARRENDATÁRIO. CONTRATO NÃO REGISTRADO. IRRELEVÂNCIA.

1. A preferência outorgada pelo estatuto da terra ao arrendatário é uma garantia do uso econômico da terra explorada por ele.

2. O direito do arrendatário à preferência, no estatuto da terra, é real, pois lhe cabe haver a coisa vendida (imóvel) se a devida notificação não foi feita, do poder de quem a detenha ou adquiriu’.

3. O art. 92, *caput*, da lei n. 4.505/64 é claro em prever a possibilidade de contrato tácito, além da forma escrita, e o parágrafo 3º, ao fixar se deva dar preferência ao arrendatário, mediante notificação, absolutamente não distingue entre a forma escrita e verbal, nem traz qualquer exigência quanto à necessidade de registro do contrato no cartório imobiliário.

4. Diante da especialidade das normas em comento não há como se constituir exegese sobre o direito de preferência a partir do código civil - de caráter geral, pois a regência, no caso, se dá pelo estatuto da terra, que instituiu em prol do arrendatário direito real aderente ao imóvel.

Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp n. 164442/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21.8.08, DJe 1.9.08).

#### ARRENDAMENTO RURAL. PREEMPÇÃO. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

1. É juridicamente possível o pedido de preempção formulado pelo arrendatário, mesmo que o contrato de arrendamento rural não esteja registrado na matrícula do imóvel.

2. Para garantir o direito de preferência ao arrendatário (Art. 92, § 3º, da Lei n. 4.505/64), exige-se apenas situação de fato - existência do arrendamento - independentemente de qualquer formalidade (STJ, REsp n. 904810/PR, Terceira Turma, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 15.2.07, DJ 19.3.07, p. 352).

Desse modo, faculta-se aos apelados exercer seu direito de preempção, na forma estabelecida pelo § 3º do art. 92 da Lei n. 4.504/64.

Quanto à subsunção dos fatos à norma, verifica-se que não há nos autos nenhuma prova de que os apelados tenham sido regularmente notificados da proposta de compra da área pelos apelantes Marco Antônio Rezek e Ana Silvia Adas Rezek, na forma exigida pelo art. 92, § 3º, da Lei n. 4.504/64, cujo texto exige a “notificação judicial ou comprovadamente efetuada, mediante recibo”. Dessa forma, não é possível presumir a ciência dos apelados somente em razão de propostas por eles deduzidas, anteriormente, para a aquisição do bem.

De outra face, o prazo decadencial de seis meses para o exercício do direito de preferência foi respeitado, f. 2 e 18-19, assim como o valor da compra restou depositado nos autos, em sua inteireza, tal como se verifica às f. 33 e 51, pelo que foram atendidas as exigências do § 4º, art. 92 da Lei n. 4.504/64.

Aliás, no que se refere ao valor do depósito, torna-se imperioso destacar que, ao revés do que sustentam os apelantes, não havia a necessidade de que o valor depositado contemplasse verbas acessórias ou valores outros que não aquele correspondente ao valor da venda da área ora sub judice, já que, conforme acima explicitado, subsome-se o caso ao Estatuto da Terra, sendo a ele inaplicável o art. 33 da Lei 8.245/91.

A esse respeito bem decidiu o juízo monocrático, *in verbis*:

Por fim, houve regular depósito por parte dos arrendatários, ora autores, nas mesmas condições, antes do vencimento do prazo decadencial de seis meses contados da alienação, conforme se verifica dos comprovantes trazidos. Foram os respectivos valores devidamente corrigidos, sem oposição neste particular quanto aos critérios, visando garantir o poder aquisitivo do depósito, não sendo devido juros, moratórios ou compensatórios, haja vista a ausência de mora ou capital a ser remunerado, bem como não há a obrigatoriedade de pagamento das despesas notariais, porque o ato normativo atinente à espécie não o exige, de sorte que o depósito efetuado pelos autores está correto e atinge a finalidade de preferência. Questões tributárias também são periféricas e sem importância para o julgamento (f. 617).

Destarte, fazem os apelados jus à adjudicação do imóvel, objeto da lide, impondo-se, em consequência, o não-provimento dos recursos interpostos por ambos os apelantes.

Diante do exposto, pedindo vênia aos ilustres pares, nego provimento a ambos os apelos para manter intacta a bem lançada sentença recorrida.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

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

Relatora, a Exma. Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível 2008.027574-2 - Capital**  
**Primeira Turma Cível**  
**Vogal Des. Hildebrando Coelho Neto**

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – ADMISSÃO DE GRAVAÇÃO  
OBTIDA CLANDESTINAMENTE – PROVA APONTADA COMO ILÍCITA – CONFLITO DE  
VALORES CONSTITUCIONAIS – SOLUÇÃO EM FACE DO PRINCÍPIO REGULATIVO DA  
PROPORCIONALIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA.

O conflito de valores constitucionais decorrentes de prova apontada como ilícita na instrução de processo administrativo é solucionado pelo princípio regulativo da proporcionalidade.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o 3º vogal, conceder a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 2 de março de 2009.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

José Arturo Iunes Bobadilha Garcia impetra ação mandamental contra ato consubstanciado na decisão que deliberou pela juntada de um CD em sindicância originada em seu desfavor e determinou a respectiva degravação, apontando como autoridade coatora o Corregedor-Geral do Ministério Público.

Sustenta que o expediente tem origem numa gravação clandestina perpetrada por um colega de profissão, circunstância caracterizadora de prova ilícita, a qual é inaceitável para efeitos de instrução de qualquer procedimento por violar o disposto no art. 30 da Lei n. 9.784/99 e também no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Aduz violação ao direito decorrente do princípio da dignidade humana uma vez que o impetrado legitimou a conduta daquele que produziu a prova ilícita, sem qualquer idoneidade jurídica, pugnano pela concessão de liminar para suspender o ato apontado como coator, determinando-se o desentranhamento do CD ou impedindo-se a juntada da degravação, até final julgamento do processo, concedendo-se a segurança com a finalidade de proclamar a desvalia jurídica do ato inquinado de ilegal, desentranhando-se dos autos da sindicância, em definitivo, o CD e a sua degravação.

Instrui com os documentos de f. 13-78.

Indeferida a liminar requerida, requisitaram-se as informações (f. 80-81), apresentadas às f. 85-93, com parecer de f. 96-100.

Após sintetizar o feito, opina o representante da Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da segurança.

## VOTO (5.2.2009)

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de ação de mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo Corregedor-Geral do Ministério Público, consubstanciado na decisão que deliberou pela juntada, em sindicância originada em desfavor do impetrante, de um CD e determinou a respectiva gravação.

Conforme relatado, sustenta o impetrante que o expediente tem origem numa gravação clandestina perpetrada por um colega de profissão, circunstância caracterizadora de prova ilícita, a qual é inaceitável para efeitos de instrução de qualquer procedimento por violar o disposto no art. 30 da Lei n. 9.784/99 e também no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Aduz violação ao direito decorrente do princípio da dignidade humana, uma vez que o impetrado legitimou a conduta daquele que produziu a prova ilícita, sem qualquer idoneidade jurídica, pugnano pela concessão de liminar para suspender o ato apontado como coator, determinando-se o desentranhamento do CD ou impedindo-se a juntada da gravação, até final julgamento do processo, concedendo-se a segurança com a finalidade de proclamar a desvalia jurídica do ato inquinado de ilegal, desentranhando-se dos autos da sindicância, em definitivo, o CD e a sua gravação.

Discute-se no presente mandamus a admissibilidade ou não do conteúdo de gravação da conversa entre o impetrante e o seu colega de profissão, nos autos de sindicância, cabendo definir se a referida prova ofende efetivamente as garantias previstas nos incisos X e LVI do art. 5º da Constituição Federal, cujo escopo é preservar o direito pessoal à intimidade, vida privada, honra e a garantia de provas obtidas lícitamente. Diz o citado dispositivo constitucional:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação;

[...]

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Caracteriza-se a interceptação, escuta e gravação ambiental, com a particularidade de se referirem à conversa pessoal, não telefônica. Assim, enquanto a interceptação ambiental é a realizada por terceiro, sem o conhecimento dos comunicadores, a escuta ambiental realiza-se pela captação da conversa não telefônica



feita por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e, por último, a gravação ambiental ocorre quando a captação da conversa não telefônica é efetuada por um dos comunicadores, como ocorreu no caso em testilha.

É cediço que a prova ilícita é a colhida com violação de normas ou princípio de direito material, principalmente de direito constitucional, tendo em vista que a controvérsia acerca do assunto diz respeito sempre à questão das liberdades públicas, em que estão assegurados os direitos e as garantias relativas à intimidade, à liberdade, à dignidade humana. Comporta, assim, uma significativa divergência acerca de sua admissibilidade ou não.

A questão acerca da admissibilidade da prova ilícita reúne três grandes correntes doutrinárias de pensamento, a denominada “Teoria obstativa” – considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer caso, pouco importando a relevância do direito em debate; a “Teoria permissiva” – considera que a prova ilicitamente obtida deve ser reconhecida no ordenamento como válido e eficaz, entende que o ilícito se refere ao meio de obtenção e não ao seu conteúdo; e, por fim, a “Teoria intermediária” – aplica o chamado “princípio da proporcionalidade”, não aceita nem proíbe nenhuma prova pelo fato de ser ilícita, pressupõe uma análise de proporcionalidade dos bens jurídicos tutelados, assim, admite a ofensa a um direito pela prova ilícita se o outro direito for de maior importância para o indivíduo, predominando o de maior relevância para que ocorra a prestação de uma tutela mais justa e eficaz, a maior parte dos doutrinadores brasileiros filiam-se a ela, bem como a jurisprudência pátria.

Para Ada Pellegrini Grinover, na obra *Novas Tendências do Direito Processual*, 1990, p. 66, a produção de prova mediante a gravação ambiental sem o conhecimento de uma das partes só é admitida se for utilizada pela defesa, considerando-a ilícita quando utilizada pela acusação, *in verbis*:

A gravação clandestina de telefonemas ou conversas diretas próprias, embora estranha à disciplina das interceptações telefônicas, pode caracterizar outra modalidade de violação da intimidade: qual seja, a violação de segredo.

No entanto, a doutrina não tem considerado ilícita a gravação sub-reptícia de conversa própria, quando se trate, por exemplo, de comprovar a prática de extorsão, equiparando-se, nesse caso, a situação à de quem age em estado de legítima defesa, o que exclui a antijuridicidade.

Parece, entretanto, que também nesse caso a prova só será admissível para comprovar a inocência do extorquido, não deixando de configurar prova ilícita quanto ao sujeito ativo da tentativa de extorsão.

Quanto àqueles que adotam a Teoria Intermediária, são ilícitas as gravações ambientais, com o puro intuito de documentação e sem a presença de excludentes de antijuridicidade, como no presente caso, violando a vida privada, devassando a intimidade e a honra da pessoa.

Insta ressaltar que a prova produzida se inclui na hipótese de invasão da privacidade, pois se nota que a intimidade está sempre relacionada com a confiança, de tal maneira que somente está em causa o direito à intimidade quando existe uma confiança.

Nesse sentido é a jurisprudência:

Prova – Produção – Gravação clandestina – Ofensa ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição da República – Irrelevância da autenticidade da reprodução, conquanto condenável a forma de sua obtenção – Prova indeferida – Recurso não provido. (TJSP, Ag n. 124.954-1, Quarta Câmara Cível, julgado em 23.11.89, *in* RJTJESP 124/354. Ver também RT 649/185)

Não se olvide que, em matéria de provas ilícitas, é remansosa a jurisprudência em admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade pro reo, desta feita admite-se a prova obtida por meios ilícitos em benefício do réu, ou seja, entendendo que a ilicitude na obtenção da prova é eliminada por causas excludentes de ilicitude, tendo em vista a máxima do princípio da inocência. O que, a toda evidência, não é o caso presente, já que direcionada para prejudicar o sindicado, motivo pelo qual reclama o desentranhamento de tais expedientes do processo de sindicância.

Vislumbra-se, pois, uma antinomia entre valores presentes em normas constitucionais e normas infraconstitucionais que regem os direitos discutidos no presente caso, a qual deve ser solucionada a favor do processo legítimo e legal, enfim, processo justo.

Ademais, admitir uma gravação ambiental clandestina como meio lícito de prova, de maneira ampla, significa eliminar nossa privacidade (ou seja, proscrever um dos mais importantes direitos fundamentais), uma vez que a reprodução mecânica é meio de prova desde que tenha sido obtida por meios lícitos.

Do contrário, haveria confronto direto com o que está estatuído no art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal, uma vez que nenhuma causa justificativa existe para o sacrifício do direito fundamental à inviolabilidade da intimidade (art. 5º, inc. X, da CF), pois nenhum bem jurídico supremo do responsável pela gravação em comento fora ofendido, devendo, por consequência, ser considerado plenamente o princípio constitucional da proibição da prova obtida ilicitamente (CF, art. 5º, inc. LVI), em face do princípio regulativo da proporcionalidade, cujo fundamento constitucional encontra-se no conteúdo do princípio do Estado de Direito.

Posto isso, contrariando o parecer, considerando ilícita a gravação contida no CD que se pretende ver retirado dos autos de sindicância, concedo a segurança, determinando-se o seu desentranhamento, bem como de eventual degravação.

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

Entendo que, em regra, a gravação de conversa telefônica, feita por um dos interlocutores, pode ser usada como prova, mesmo que tenha sido realizada sem autorização e ainda que sem o conhecimento de quem estava na outra ponta da linha.

Este entendimento foi reafirmado esta semana em julgamento da 2ª Turma do STF, em que foi relator o Ministro Cesar Peluzo. Sustentou o Ministro que o uso da conversa gravada é perfeitamente legal. Sobretudo, se ela é usada para a defesa própria em investigação criminal. O Ministro fez questão, entretanto, de separar o joio do trigo, ressaltando que há conversas protegidas pelo sigilo constitucional, no caso, v. g., as conversas de advogados e seus clientes, padres e fiéis que se confessam etc. Evidentemente que nesses casos o entendimento é diferente.

Entretanto, se a conversa gravada não se enquadra nestes casos de proteção do sigilo profissional, abrigado constitucionalmente, o Ministro entende que “a gravação é clandestina; mas, não ilícita, nem ilícita o seu uso, em particular como meio de prova.” A decisão a que me refiro, registre-se, foi unânime.

Isto me levou a uma série de indagações e, então, realmente, tive que meditar para poder chegar a uma conclusão.

Em um outro caso relatado por mim, aliás, no qual foi o Ministério Público quem recorreu, sob o argumento de que a gravação era ilícita, na gravação anexada aos autos, em uma investigação por corrupção de testemunha, o acusado gravou as suas próprias conversas para provar a sua inocência.

O Ministério Público, no julgamento supramencionado, em que foi relator o Ministro Peluzo, afirmou o seguinte: “A gravação clandestina de conversas, sem o consentimento do interlocutor e que visa, não apenas fazer prova em favor do investigado; mas, também incriminar terceiros viola a gama processual de proteção à intimidade, a qual somente pode ser afastada por autorização judicial.”

Os argumentos do parquet, entretanto, foram rejeitados. O Ministro César Peluzo, em seu voto, sublinhou que há diferença do ponto de vista jurídico entre a interceptação telefônica ilegal da gravação da própria conversa.

De acordo com o Ministro, a interceptação nesses casos é reprovável por conta de “seu sentido radical de intromissão que, operada sem anuência dos interlocutores, nem autorização judicial na forma da lei, rompe o sigilo da situação comunicativa”. E pontua que, no caso de conversa gravada por quem dela participou, a situação é diferente, ressaltando, entretanto, que “quem revela a conversa de partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta. Apenas dispõe do que também é seu. Portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação.”

Assim, no referido julgamento, recente, como se vê, o caso não é o mesmo daqueles dois que foram trazidos nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora na hipótese em análise.

O Ministro sublinha que não parece sensato impedir o uso de gravação que se traduza na prova cabal da veracidade do que a parte afirmou em depoimento à justiça.

Concluindo, disse o Ministro Peluzo: “[...]Tais elementos materiais, não podiam, sobre pretexto de ilicitude, ser desconsiderados das investigações, pela razão breve, mas decisiva, de que seu uso no inquérito ou no processo corresponde ao exercício de ônus que constitui típico poder jurídico inerente às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa elementares no justo processo da lei[...]”.

Contudo, ouvi atentamente as razões do ora impetrante e o voto do i. relator e, não obstante, entenda que aqui não se trata de prova ilícita, considero que essa prova é imprestável ao fim a que ela se destina.

Ao que consta dos autos, o Promotor que efetuou a gravação pretende comprovar uma agressão que teria ocorrido, uma agressão verbal que aconteceu em uma outra oportunidade, não no momento em que ocorreu a gravação.

Vale dizer: é o mesmo que alguém gravar a conversa do interlocutor que confessa que praticou um crime. Ora, neste caso, não se gravou a ocorrência do crime, mas apenas a confissão de que o crime foi praticado. Conclui-se, portanto, que ainda que se tenha a gravação da confissão, o crime teria que ser provado, independentemente da existência ou não da gravação da confissão, pois somente a gravação da confissão não bastaria para condenar a pessoa gravada. Quem confessou teria que reconhecer o crime em juízo.

Assim, entendo que esta prova, nesse sentido, é imprestável e, com estas explicações, não obstante entender que a gravação, na qual haja a participação do interlocutor, não se constitui necessariamente em prova ilícita, acompanho o relator para conceder a segurança.

O Sr. Des. Rêmolio Letteriello (2º Vogal)

O relator votou para se desentranhar dos autos a gravação, porque entende que esta prova é ilícita, e o 1º vogal está entendendo que esta prova é imprestável, contra o entendimento do relator que quer desentranhar a prova dos autos, ou seja, concede a segurança por outro fundamento. Neste caso, o impetrante entende que a prova é ilícita e o pedido é para o seu desentranhamento.

Entendo que esta prova clandestina, da forma como foi obtida nos autos é equiparada àquele flagrante preparado que é também desconsiderado no processo, pois não se admite flagrante preparado para a incriminação de alguma pessoa.

Assim, a gravação clandestina, no meu entender, deve ser considerada ilícita quando ela é colhida em desfavor da pessoa, e quando ela é colhida em favor de quem usa a gravação clandestina, aí ela seria lícita, porque muitas vezes, a pessoa prepara uma gravação e prepara um ambiente com clima de provocação que conduz a pessoa a se incriminar, até sem querer se incriminar.

Nesse caso, não tenho dúvida em acompanhar o relator, somente com um acréscimo de que, quando se impetrou o mandado de segurança, pediu-se que fosse feito o desentranhamento do CD, ou impedida a juntada da degravação. Isso foi em setembro de 2008 e, se não houve liminar, há possibilidade de, hoje, essa degravação já ter sido feita.

Votaria, complementando o seguinte: Se a degravação ocorreu e foi juntada no processo, pode ser que não só a autoridade que vai decidir o processo administrativo, ou uma eventual testemunha, se for o caso, tenha memória daquilo que consta na degravação.

Entendo que nós deveríamos proceder nos autos, e sugiro ao relator que assim proceda, para impedir que seja feita menção do conteúdo desta degravação em qualquer decisão, porque se não houve a degravação não haverá problema, mas se houve, que seja proibida a divulgação de seu conteúdo, sob qualquer forma, principalmente para efeito de utilização na decisão, sob pena de nulidade.

Faço este acréscimo porque, na verdade, o que o impetrante deseja é que não se utilize o conteúdo desta gravação.

Voto dessa forma, complementando o voto do relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Adoto o complemento de V. Exa. e altero no meu voto, verbalmente, para adotar a extensão feita pelo Des. Rêmoló.

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

Acompanho o relator, também entendo que a prova é ilícita, com os acréscimos do 2º vogal.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 3º VOGAL - DES. HILDEBRANDO COELHO NETO, APÓS O RELATOR E OS VOGAIS 1º, 2º E 4º CONCEDEREM A SEGURANÇA.

**VOTO (2.3.2009)**

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (3º Vogal)

Peço vênia ao ilustre relator para dele discordar no ponto em que concedeu a segurança, por entender que a gravação contida na mídia de áudio acostada aos autos da sindicância seria ilícita, porque viola o direito fundamental à intimidade (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal), bem como o princípio constitucional que veda a obtenção de provas por meio ilícito (art. 5º, LVI, da CF).

Trata-se de remédio heróico impetrado contra ato praticado pelo Corregedor-Geral do Ministério Público Estadual, consistente na determinação de juntada de disco óptico compacto (compact disk) - e consequente degravação - nos autos da sindicância instaurada contra o impetrante, o qual teria usado termos agressivos, com o dedo em riste, xingando um colega de profissão valendo-se de linguajar rude. Argumenta que o conteúdo do CD, por ser oriundo de gravação clandestina, realizada à revelia do impetrante, não poderia ser utilizado como prova em seu desfavor, ante a proibição constitucional da utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

Muito se tem discutido a respeito da possibilidade de utilização de provas obtidas mediante interceptação, escuta e gravação telefônicas, quando são captadas conversas por meio de aparelhos de telefonia fixa ou móvel, e, bem assim, interceptação, escuta e gravação ambientais, quando são registradas, como, *in casu*, colóquios captados em ambientes fechados.

Assim, para exata compreensão da matéria em julgamento, há destacar primeiramente os conceitos de interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental direta.

A interceptação ambiental é ato praticado por um terceiro, estranho à conversa, que a capta clandestinamente, sem a ciência dos interlocutores. A escuta ambiental, por seu turno, é prática conduzida também por terceiro, mas a colheita de dados é realizada com a anuência de um dos interlocutores. Já a gravação ambiental, ou gravação direta, é a captação da conversação realizada diretamente por um dos interlocutores, sem a ciência dos demais.

Imperioso destacar que a gravação em questão foi levada a efeito pelo próprio promotor interlocutor do impetrante, sem a participação de qualquer terceiro, conforme deixa claro o próprio requerente deste mandamus à f. 3. Desse modo, trata-se, indubitavelmente, de gravação ambiental direta.

Na hipótese de gravação ambiental direta, não possuindo a conversa caráter sigiloso e não havendo segredo entre os interlocutores, é lícita a sua utilização como meio probatório.

Nesse sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Captação direta: é possível que duas pessoas mantenham uma conversa, por telefone ou num recinto qualquer, enquanto uma delas grava o que se passa. Cuida-se de uma gravação clandestina, pois um dos interlocutores não sabe que está sendo registrada a conversação. Crime não há. Resta saber se a referida gravação pode ser usada como prova. Podemos analisar sob os seguintes ângulos: a) a conversa não tem o caráter sigiloso, logo, pode ser registrada por um dos interlocutores, ainda que o outro desconheça. No futuro, havendo necessidade, pode ser usada como prova lícita em qualquer processo. (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 3. ed. rev. atual. e ampl. 2ª tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008).

Mas, se a conversa não contiver a troca de segredos, é viável a sua utilização como meio de prova.

[...]

No mais, quando a gravação clandestina não se der por meio telefônico, chama-se de ambiental. Se um dos interlocutores grava a conversa mantida com outro, não havendo segredos entre eles, é lícita a sua utilização. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. – 8. ed. rev. atual. e ampl. 2ª tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008).

Na mesma trilha é o entendimento do Pretório Excelso:

Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou. (STF, Resp n. 402717, Segunda Turma, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgado em 2.12.08, DJ 030 DIVULG 12.2.09 PUBLIC 13.2.09 EMENT VOL-02348-04 PP-00650)

A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. (STF, Ag n. 666459, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 6.11.07, DJ 152 DIVULG 29.11.07, PUBLIC 30.11.07, DJ 30.11.07, PP-00069, EMENT VOL-02301-22 PP-04497 RDDP n. 58, 2007, p. 169-171)

A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa. (STF, Resp n. 402035 AgR, Segunda Turma, Relª. Minª. Elle Gracie, julgado em 09.12.03, DJ 06.02.04, PP-00050, EMENT VOL-02138-09 PP-01761)

Diverso não é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

Inexiste divergência nesta Corte Superior quanto à legalidade da gravação feita por um dos interlocutores, tal como se dá na espécie, em que a suposta vítima do crime de extorsão realizou a gravação das conversas mantidas com o ora paciente. Precedentes. (STJ, HC n. 87.094/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16.10.08, DJ 24.11.08)

A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos é prova lícita e pode servir de elemento probatório. (STJ, AgRg no Ag n. 962.257/MG, Quarta Turma, Rel. Min Aldir Passrinho Junior, julgado em 10.6.08, DJ 30.6.08).

A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, e difere da interceptação telefônica, esta sim, medida que imprescinde de autorização judicial. (Precedentes do STF e do STJ)” (STJ - RHC 19.136/MG, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 20.3.07, DJ 14.5.07, p. 332).

A gravação feita por um dos seus interlocutores exclui a ilicitude do meio de obtenção da prova, não havendo que se falar em violação constitucional ao direito de privacidade quando a vítima grava diálogo com qualquer tipo de criminoso. (STJ, HC 2n. 9.174/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezinni, julgado em 1.6.04, DJ 2.8.04, p. 440).



Gravações de conversas por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal, máxime se a ela se agregam outros elementos de prova. (STJ, HC n. 33.110/SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 27.4.04, DJ 24.5.04, p. 318).

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o emprego da gravação direta inclusive pro societate:

A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada como prova lícita, não configurando interceptação telefônica, e serve como suporte para o oferecimento da denúncia, tanto no que tange à materialidade do delito como em relação aos indícios de sua autoria. (STJ, RMS n. 19.785/RO, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 10.10.06, DJ 30.10.06, p. 335).

A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal. (STJ, HC n. 36.545/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 2.8.05, DJ 29.8.05, p. 374).

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, em casos similares, tem seguido o norte apontado pelas Cortes superiores:

O princípio da proibição das provas ilícitas não alcança a gravação de conversa ambiente, realizada com o pedido de um dos interlocutores, que comprovou ser vítima de crime de concussão. Não há necessidade de determinação judicial para a gravação de conversa ambiente, ainda mais se não há sigilo. (TJMS, ACr n. 2008.004701-9, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Unânime, julgado em 2.7.08, DJMS 1.770, de 15.7.08).

AÇÃO DE COBRANÇA – EMPRÉSTIMO PESSOAL CARACTERIZADO – GRAVAÇÃO TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES – MEIO IDÔNEO DE PROVA- PROVA TESTEMUNHAL QUE CONFIRMA OS FATOS NARRADOS NA INICIAL – IMPROVIMENTO DO RECURSO. (TJMS, AC n. 2008.004701-9, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 8.1.08, DJMS n. 1.656, de 23.1.08).

Admite-se a gravação de conversa, quando realizada por um dos interlocutores, sem que isso importe em violação da intimidade, ainda mais, quando o próprio agravante informa em sua inicial que não falou que a fita cassete era produto de ato ilícito ou que era prova ilícita. (TJMS, AC n. 2004.007910-9, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 1º.3.05, DJMS de 23.5.05).

Portanto, não há falar em prova ilícita quando a gravação ambiente foi efetuada por um dos interlocutores, sendo permitida sua utilização como meio probatório.

Com efeito, casos há em que, em nome da segurança da coletividade – tratando-se, igualmente, de direito fundamental (art. 5º, *caput*, da CF), que o Estado tem o dever de assegurar (art. 144, *caput*, da CF) faz-se necessária a mitigação do direito à intimidade. Pertinente, neste particular, o comentário de Alexandre de Moraes:



As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado [...]. (MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. Pág. 382-383).

No caso em comento, observa-se que os fatos narrados às f. 25-26, conjugados com os trazidos à tona pelo parecer de f. 41-57, da lavra do assessor especial da Corregedoria-Geral do Ministério Público, mostram-se substancialmente graves para qualquer cidadão, mormente se imputados a um integrante do Ministério Público, ao qual incumbe, por imperativo constitucional, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CF).

Nessa esteira, eventual restrição do direito à intimidade do impetrante encontraria respaldo no princípio da proporcionalidade, como forma de propiciar a busca da verdade real e, assim, assegurar o primado da Justiça.

Contudo, nem sequer se verifica, *in casu*, a alegada restrição, uma vez que os atos atinentes à sindicância instaurada são restritos ao âmbito administrativo do órgão ministerial e têm evidente caráter sigiloso, tal como decorre dos documentos de f. 16, 18, 25, 26, 59-60, 61, 62, o que tem o condão, aliás, de fulminar a própria existência de violação a direito líquido e certo do impetrante à intimidade, sendo esta a sua causa de pedir implícita e o fundamento da concessão da ordem pelo ilustre relator.

A propósito, o 1º vogal, em seu voto proferido na última sessão deste Órgão, foi categórico em afirmar que “a gravação na qual haja a participação do interlocutor, não é prova ilícita”, muito embora tenha acabado por acompanhar o relator por entender que “essa prova é imprestável para o fim a que se destina”.

Ora, uma vez admitida a legalidade da utilização da prova, não se pode cogitar sobre a virtual imprestabilidade da prova para os fins colimados, haja vista que o juízo valorativo acerca da utilidade da prova, em se tratando de procedimento interna corporis, caberá somente à autoridade administrativa competente para apreciar o caso.

Portanto, tendo o ato administrativo respeitado os princípios constitucionais e as normas legais atinentes à espécie, descabe ao Judiciário tecer qualquer juízo de valor acerca da relevância probatória do conteúdo do CD, sob pena de imiscuir-se na parcela de poder conferida ao Ministério Público para, dentro de sua autonomia administrativa (art. 127, § 2º, da CF), apreciar o mérito do ato.

Compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento disciplinar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo. (STJ, RMS n. 12.971/TO, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 18.5.04, DJ 28.6.04, p. 417).

Diante do exposto, pedindo vênias aos pares que pensam em sentido contrário, por não vislumbrar qualquer ofensa ao direito líquido e certo do impetrante, de acordo com o parecer, denego a segurança.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, VENCIDO O 3º VOGAL, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmoló Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Rêmoló Letteriello, Hildebrando Coelho Neto e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 2 de março de 2009.

\*\*\*

**Mandado de Segurança n. 2008.029261-4 - Capital**  
**Segunda Seção Cível**  
**Relator Des. Ildeu de Souza Campos**

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - AFASTADA - EDITAL QUE FIXA LIMITE DE IDADE MÁXIMA DE 30 ANOS - LEI QUE NÃO ESTABELECE FIXAÇÃO DE LIMITE MÍNIMO E MÁXIMO PARA MATRICULAR-SE NO CURSO DE FORMAÇÃO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.

I - O prazo decadencial de 120 para a impetração de mandado de segurança conta-se a partir da data da efetiva lesão ao direito do impetrante, e não da publicação do edital do concurso público.

II - A limitação de 30 (trinta) anos, como idade máxima para candidato inscrever-se em concurso público para provimento de cargo da Polícia Militar, afigura-se violadora do princípio da isonomia e razoabilidade, não podendo ela prevalecer. Não havendo lei fixando limite mínimo e máximo de idade para o ingresso na carreira de policial Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, é ilegal sua exigência em edital de concurso público.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, conceder a segurança.

Campo Grande, 9 de março de 2009.

Des. Ildeu de Souza Campos – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos

Fábio Pinheiro Souto impetra mandado de megurança, com pedido de liminar, apontando como autoridades coatoras, Srs. Secretário de Gestão Pública e Diretora da Fundação Escola de Governo, deste Estado, sob o argumento de haverem estas obstaculizado a sua matrícula no Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar, deste Estado, por ter ele idade superior a 30 anos, fixados como limite etário no edital do certame.

Assevera que logrou aprovação em todas as fases do concurso para soldado da Polícia Militar, mas que por contar com 31 anos de idade, teve sua matrícula no curso de formação indeferida.

Alega, ademais, que a fixação de idade máxima para o ingresso na carreira de policial militar não encontra respaldo legal. Assim, o indeferimento de sua inscrição, ofende os princípios da legalidade, isonomia e razoabilidade insertos na Constituição Federal.

Sustenta, ainda que, no caso, a limitação de faixa etária só se justifica quando pautada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, o que, no caso dos autos, não ocorre.

Pleiteou a concessão de liminar, para o fim de ser-lhe assegurado o direito de matrícula no curso de formação de soldado da polícia militar do Estado de Mato Grosso do Sul. No mérito, pugna pela concessão da segurança, confirmando-se a liminar.

A liminar foi concedida às f. 128-131.

O Estado do Mato Grosso do Sul, requereu sua admissão como legitimado passivo, prestando informações, juntamente com a autoridade apontada na inicial como coatora, pugnando pela denegação da segurança, por entender que ocorreu a decadência, e que não há direito líquido e certo a ser amparado.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela concessão da segurança.

## VOTO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (Relator)

Assevera o impetrante que logrou aprovação em todas as fases do concurso para soldado da Polícia Militar, mas que por contar com 31 anos de idade, teve sua matrícula no curso de formação indeferida.

Alega, em apertada síntese, que a exigência de idade mínima não está prevista em lei, de modo que não pode ser ele impedido de continuar no certame sob pena de ofensa aos princípios da legalidade, isonomia e razoabilidade insertos na Constituição Federal.

Sustenta, ainda que, no caso, a limitação de faixa etária só se justifica quando pautada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, o que, no caso dos autos, não ocorre.

Quanto à preliminar de decadência arguida, tenho não merecer ser ela acolhida.

Tenho que, ao contrário do que entendem os impetrados, a insurgência ora manifestada não é contra o edital de concurso, mas sim, contra o indeferimento de sua matrícula no curso de formação de soldado da PM, por ter ele idade acima do previsto no edital 1/2007 (f. 66).

A Lei do Mandado de Segurança (Lei Nacional n. 1.533/51) prescreve em seu artigo 18, que: “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

Leciona Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup> que:

É de se lembrar que o prazo para impetração não se conta da publicação da lei ou do decreto normativo, mas do ato administrativo que, com base neles, concretiza a ofensa a direito do impetrante, [...].

<sup>1</sup> Mandado de Segurança. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61.

Logo, o prazo para a impetração deve ser contado a partir da data da efetiva lesão ao direito do impetrante, da violação ao seu direito subjetivo, ou seja, do indeferimento de sua matrícula no curso de formação, que se deu em 25 de setembro de 2008 (f. 66). Assim, considerando que o mandamus foi protocolizado na mesma data, não há falar em decadência.

Nesse sentido tem decidido esta Seção Cível:

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PARA INGRESSO NA CARREIRA DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR – PRELIMINAR – DECADÊNCIA – IRRESIGNAÇÃO RELACIONADA AO ATO QUE INDEFERIU A MATRÍCULA DO IMPETRANTE NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO – AFASTADA – MÉRITO – LIMITAÇÃO DE IDADE PARA INGRESSO NA CARREIRA DA PM FIXADA NO EDITAL E EM DECRETO ESTADUAL – AUSÊNCIA DE LEI QUE ESTIPULE TAL REQUISITO – ILEGALIDADE DO INDEFERIMENTO DA MATRÍCULA DO IMPETRANTE QUE POSSUI MAIS DE 30 ANOS – EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NAS CLÁUSULAS DO EDITAL – INTERPRETAÇÃO DA FORMA MAIS FAVORÁVEL AO CANDIDATO – SEGURANÇA CONCEDIDA. Nos termos do que dispõe o artigo 18 da Lei n. 1.533/50, o prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência do ato impugnado. Verificando-se que a irresignação é com relação ao ato que indeferiu o pedido de matrícula do candidato no Curso de Formação da PM, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é a data do conhecimento desta decisão. [...] Segurança concedida. (MS n. 2008.029705-4/0000-00, Capital, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 11.12.08).

Ante essas considerações afasto a preliminar.

No mérito, a questão posta sob julgamento cinge-se em saber se as autoridades apontadas como coatoras, ao indeferirem a matrícula do ora impetrante, no Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, por ter ele idade superior aos 30 anos, fixados com limite etário no edital do certame, ofendeu seu direito líquido e certo.

Pois bem. Direito líquido e certo, no magistério de Hely Lopes Meirelles, “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. Malheiros Editores, 2008, p. 38)

Como se vê, direito líquido e certo é aquele que prescinde de dilação probatória, ou, nos dizeres do Ministro José Delgado, “A ação mandamental exige, para sua apreciação, que se comprove, de plano, a existência de liquidez e certeza dos fatos narrados na inicial. É inerente à via eleita a exigência de comprovação documental e pré-constituída da situação que configura a lesão ou ameaça a direito líquido e que se pretende coibir, devendo afastar quaisquer resquícios dúvida.”(RMS n. 25.549/RJ, julgado em 22.04.08, DJ 21.5.08).

Por outro lado, o artigo 7º, XXX, da Constituição da República estabelece: “XXX-proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.”

Dessa forma, creio que o direito líquido e certo do impetrante restou devidamente comprovado, na situação narrada, posto encontrar-se ele respaldado na Constituição Federal, que proíbe discriminação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil - art. 7º, XXX -, como critério de ingresso no serviço público, razão por que, em princípio, o referido acesso não deve sofrer restrições, por força de limitação de idade por parte da Administração Pública.

É desse sentir, lição de José Afonso da Silva (*in* Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 224), *verbis*:

A Constituição traz norma expressa proibindo diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de idade (art. 7º, XXX). À vista desse texto fica interdito estabelecer idade máxima para ingresso no serviço, como tem ocorrido até agora. É evidente que a não discriminação em razão da idade há que considerar situações concretas que comportem comparação com situações referidas a homens feitos. A Constituição mesmo admite a distinção.

Assim, em que pese seja admissível a limitação etária, em alguns casos, esta deve ser feita de modo a guardar compatibilidade com o princípio da razoabilidade.

É esta a lição do constitucionalista Luís Roberto Barroso:

Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. [...]

De outra parte, havendo razoabilidade interna na norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o seja internamente. (Interpretação e Aplicação da Constituição, SP: Editora Saraiva, 1996, p. 206-207).

Em assim sendo, atendendo-se ao princípio da razoabilidade, percebe-se que a exigência feita pela Administração Pública, no caso concreto, afigura-se extremamente exagerada, pois, a limitação de idade para concorrer a cargo de soldado da Polícia Militar, em 30 anos, é assaz rigorosa, impondo-se, portanto, o seu afastamento.

Desta maneira, na minha ótica, a lei deverá obedecer ao fim previsto na Constituição, de forma a que ela não seja contraditória ou fuja da razoabilidade, nos termos da lição de J. J. Gomes Canotilho:

Em primeiro lugar, a lei é tendencialmente uma função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na Constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma. Nas duas hipóteses assinaladas, topariamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação ao fim da lei decorre da Constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação imporia os limites materiais da não contraditoriedade, razoabilidade e congruência (Direito Constitucional, 5ª ed., Coimbra, Livr. Almedina, 1991, p.211-212).

Como se não bastasse, ao volver os olhos para o artigo 12, da Lei Complementar Estadual n. 53/90 (que dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul e dá outras providências), verifica-se que tal dispositivo legal, embora mencione que o critério de idade poderá ser levado em conta para inscrição nos cursos de formação de policial militar, não estabelece limite mínimo e máximo de idade, tampouco fixa-o em 30 anos, como o fez o respectivo edital.

Confira-se:

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 prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional.

Dessa forma, se a lei nada estabeleceu, por óbvio nem um decreto estadual, como faz crer o Estado de Mato Grosso do Sul, nem o edital pode fixar limite máximo de idade para ocupação de cargo público, mormente quando tal limite violar o princípio da razoabilidade.

Nesse sentido, já decidiu o Des. Osvaldo Rodrigues de Melo, no Mandado de Segurança n. 2008.010675-3/0000-00:

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – CONCURSO PARA INGRESSO COMO SOLDADO NOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR DE MATO GROSSO DO SUL – DECADÊNCIA – AFASTADA – MÉRITO – LIMITE DE IDADE FIXADO EM EDITAL – AUSÊNCIA DE LEI QUE ESTIPULE TAL REQUISITO – IMPETRANTE COM IDADE SUPERIOR A 30 ANOS – ILEGALIDADE – OFENSA AOS ARTIGOS 37, I; 39, § 3º; 42, § 1º; E 142, § 3º, X; DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ORDEM CONCEDIDA.[...]Ante a ausência de Lei Estadual que fixe limite mínimo e máximo etário para os candidatos ao concurso público para ingresso no Curso de Formação de Soldados do Grupo Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, é ilegal o ato das autoridades coatoras que, baseadas em norma do Edital, impedem a inscrição do impetrante ao referido certame por motivo de idade, já que tal espécie normativa não pode ser considerada Lei em sentido estrito, na forma como exigem os artigos 37, I; 39, § 3.º; 42, § 1.º; e 142, § 3.º, X; da Constituição Federal.(11.12.08, MS n. 2008.010675-3/0000-00, Capital Segunda Seção Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo).

Diante de tais elementos, afasto a preliminar de decadência e concedo a segurança pleiteada, para o efeito de determinar que as autoridades coatoras admita a inscrição do impetrante, independentemente de contar ele com mais de trinta anos de idade, ratificando-se a liminar concedida, e o faço ao entendimento de ser ilegal a restrição imposta pela Administração Pública.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA.

Presidência da Exma. Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ildeu de Souza Campos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ildeu de Souza Campos, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves, Tânia Garcia de Freitas Borges e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 9 de março de 2009.

\*\*\*



**Agravo n. 2008.032377-5 - Jardim**  
**Segunda Turma Cível**  
**Relator Des. Ildeu de Souza Campos**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONCURSO DE CREDORES – PEDIDO DE HABILITAÇÃO – ALEGAÇÃO DE PRECLUSÃO – PRIMEIRA MANIFESTAÇÃO DA PARTE NOS AUTOS – NÃO OCORRÊNCIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CRÉDITO PRIVILEGIADO – PRÉVIO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO COM REALIZAÇÃO DA PENHORA PARA A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO – DESNECESSIDADE – RECURSO PROVIDO.

I - A preclusão decorre do fato de a parte não haver praticado o ato no prazo previsto para tal. Se a parte ainda não se manifestou nos autos a respeito de determinada decisão neles praticada, não há cogitar de eventual preclusão para ela se manifestar.

II – O crédito decorrente de honorários advocatícios é privilegiado, não se exigindo que tenha iniciado o processo de execução para a sua satisfação, porque sua preferência decorre da lei, e não da penhora.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, que o improvia.

Campo Grande, 23 de março de 2009.

Des. Ildeu de Souza Campos – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos

Sérgio Paulo Grotti e outro interpõem recurso de agravo de instrumento, objetivando reformar a decisão proferida nos autos da ação incidental de concurso de credores n. 013.04.000034-5/001, em trâmite perante a 2ª Vara da Comarca de Jardim, deste Estado, por haver ali sido indeferido o pedido de levantamento de crédito decorrente de contrato de honorários advocatícios.

À decisão recorrida foi concedido efeito suspensivo.

Foi apresentado contra-minuta por um dos agravados.

As informações requisitadas ao juízo *a quo* foram prestadas.

**VOTO (16.3.2009)**

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (Relator)

Consta nos autos que, em 8.5.08, os agravantes peticionaram ao juízo de primeira instância, informando serem credores das agravadas Emília Areco Gomes e Cira de Deus Gomes, de uma dívida vencida e decorrente de um contrato de renegociação de honorários advocatícios, no valor de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Naquela feita, requereram o levantamento do referido valor, sem a necessidade de inclusão na ação incidental.

O pedido foi indeferido pelo juízo de primeiro grau, utilizando ele dos mesmos fundamentos que o fez para indeferir o pedido formulado por outro possível credor, o advogado João Atílio Mariano. Peço vênia, para transcrever parte da decisão:

F. 804-816: João Atílio Mariano requer novo pedido de habilitação de crédito decorrente de verba honorária e seu imediato levantamento, por entender que houve modificação do anterior entendimento jurisprudencial, o qual atualmente é pacífico no sentido de que seu crédito é dotado de caráter alimentar, com preferência sobre qualquer outro, inclusive fiscal. Infelizmente não é possível lhe atribuir razão. A pretensão já foi objeto de decisão por este Juízo, à f. 493, item 2, que a indeferiu nos seguintes termos: Indefiro o requerimento de alvará requerido pelo advogado João Atílio Marinho (f. 416-31), visto que houve discordância dos demais habilitados e porque não há qualquer valor arbitrado em seu favor, pelo que não há se dizer que existe 'crédito privilegiado'. A decisão foi confirmada pelo E. Tribunal de Justiça (f. 647-648), determinando o juízo o arquivamento do pedido de habilitação do requerente (f. 644-645). Diante disso e considerando que é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão (CPC. art. 473), mostra-se vedada a reapreciação da matéria, mesmo sob a alegação de modificação de entendimento jurisprudencial, sob pena de tornar infinitas as demandas postas para solução. Ademais, mesmo que assim não fosse e admitisse o Juízo a rediscussão da questão, entendendo que o crédito decorrente de honorários advocatícios tem natureza similar ao trabalhista, ainda seria incabível o deferimento da pretensão ora deduzida. Explico. O requerente não noticiou que tenha ajuizado ação executiva para recebimento do crédito, com a concretização de penhora, seja do bem imóvel expropriado, seja do valor decorrente daquela expropriação. Nesse passo, vale mencionar que o procedimento acima mostra-se indispensável para a participação do requerente no concurso especial de credores, posto que recai nos arts. 711 e 612 do Código de Processo Civil, ser um dos pressupostos do mencionado concurso a pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem. Tal decorre do fato de que o concurso especial se limita às forças de um bem determinado e na hipótese, de um imóvel rural, penhorado primeiramente em processo em trâmite por este Juízo, ocasionando a competência deste para o processamento do concurso. Inclui-se, ainda, a possibilidade de participação dos credores com garantia real, independente de execução e penhora, haja vista o direito sobre o bem gerador do concurso especial e o que preceitua o art. 333, inciso II, do Código Civil. Nesse sentido é o ensinamento do ilustre professor ARAKEN DE ASSIS: A possibilidade de credor titular de crédito privilegiado já vencido intervir, independentemente de penhora, no concurso especial, infringe o princípio básico de que o concurso de preferências se restringe aos(s) bem(s) penhorado(s). À diferença do concurso universal falência ou insolvência este concurso não extingue as obrigações do executado ressalva feita, naturalmente, ao crédito dos participantes, nos limites do levantamento (retro, 273) -, dentro das forças daquele(s) bem(s), nem envolve a totalidade do patrimônio (Manual do Processo de Execução 7ª Edição Editora Revista dos Tribunais nota 275 pg. 741). Portanto, mesmo que privilegiado o crédito do requerente, seja ou não similar ao trabalhista, sem anterior execução e penhora, vedada resta a sua habilitação no presente concurso de preferências, o que singelamente já havia decidido o Juízo (f. 493), tanto que houve posterior determinação de arquivamento da pretensão de habilitação, sem

interposição de recurso (f. 644-645). 6.F. 825-829: Sérgio Paulo Grotti e Aloisio Damaceno Costa, qualificados, dizendo serem credores, em razão de verba honorária contratada com as devedoras, de caráter alimentar, requerem o levantamento imediato do valor devido. Indefero o pedido tomando como razão de decidir o constante no item 4, que se aplica inteiramente ao caso, haja vista a ausência de execução e penhora promovida pelos requerentes. Esclareço que o indeferimento abrange também a pretensão de habilitação, posto que somente através desta poderia ocorrer levantamento de valores.

Em suas razões de recorrer, os agravantes aduzem não haver operado a preclusão quanto ao pedido de levantamento do crédito, formulado na ação incidental de concurso de credores, por haver sido a primeira manifestação deles nos autos; alegam que o crédito que pretendem levantar é decorrente de contrato de honorários advocatícios, e por isso, tem natureza alimentar; e, por fim, sustentam ser desnecessária a instauração do processo executório com a realização de penhora, para que seja deferido o levantamento do crédito requerido.

Dou provimento ao recurso.

Compulsando os autos, verifico que não houve, anteriormente, análise da questão posta pelos agravantes, não havendo que se falar em preclusão, seja ela consumativa ou de qualquer outra hipótese.

Sustentam eles, ainda, que o contrato de honorários advocatícios tem natureza alimentícia, na conformidade do artigo 22 e 23 da Lei n. 8.906/94.

Pois bem.

Há dois pontos a serem analisados, sendo o primeiro prejudicial ao segundo. Aquele reside em analisar a questão da preferência ou não dos honorários advocatícios em relação aos demais créditos, por ter este caráter alimentar. Se entender pela preferência deste crédito, resta a análise da prescindibilidade ou imprescindibilidade deste credor privilegiado providenciar a instauração do procedimento executório, com a realização de penhora, para o levantamento do crédito.

Passo ao primeiro ponto.

Tenho que o crédito oriundo de contrato de honorários advocatícios é preferencial, na categoria de crédito alimentar, e insere-se na categoria de crédito trabalhista, portanto, de primeiro grau, preferindo a todos os demais, inclusive os com garantia real e tributária.

O conspícuo Supremo Tribunal Federal reconheceu a natureza alimentar de honorários pertencentes a advogado, independentemente de serem originados de contrato ou de sucumbência judicial, nestes termos:

CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTÍCIA - ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A definição contida no § 1-A do artigo 100 da Constituição Federal, de crédito de natureza alimentícia, não é exaustiva. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - NATUREZA - EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. Conforme o disposto nos artigos 22 e 23 da Lei n. 8.906/94, os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia, ficando afastado o parcelamento previsto no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, presente a Emenda Constitucional n. 30, de 2000. Precedentes: REExtra n. 146.318-0/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de abril de 1997, e REExtra n 170.220-6/SP, Segunda Turma, por mim relatado, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de agosto de 1998 (RE n. 470407/DF, DJ de 13.10.06, Rel. Min. Marco Aurélio - destaquei).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 598243/RJ, a Ministra Nancy Andrighi, assentou que os honorários advocatícios inserem-se na categoria de crédito privilegiado, dada a sua natureza alimentar, sobrepondo-se, portanto, ao crédito real hipotecário.

Superada essa questão, resta saber sobre a necessidade ou não do procedimento executório, com a realização de penhora, para a satisfação do crédito decorrente de um contrato de prestação de serviços advocatícios.

Tenho que não.

Isto porque, não podemos perder de vista que há credores com direito de preferência para a satisfação do crédito, e aqueles que não possuem tal preferência. Tem preferência os créditos trabalhistas, os com garantia real, e os créditos tributários. Todos os demais são denominados de quirografários e, portanto, sem direito de preferência.

Por esta razão, o legislador colocou como critério objetivo para a ordem de prioridade, dentre os quirografários, em relação à prioridade, a penhora, nos termos do artigo 612, do Código de Processo Civil. Assim, dentre os quirografários terá prioridade aquele que primeiro assinou o termo de penhora.

Mas esta regra não pode ser imposta a credores preferenciais, porque o privilégio decorre da lei, e não da penhora. Se não fosse assim, o credor trabalhista deixaria de ter prioridade sobre o credor quirografário que realizou a penhora antes dele.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, comenta:

A satisfação dos créditos com preferência legal independe de prévia execução e penhora sobre o bem cujo produto da alienação se procura arrecadar. Independente de execução e penhora, tem preferência os credores com preferência legal. Satisfeitos, receberá posteriormente o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de casa penhora (*In*: Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008, p. 684 - destaquei).

A satisfação do crédito decorrente de instrumento particular firmado entre litigantes independe de execução, pois os artigos 22, parágrafo 4º e 24, ambos da Lei n. 8.906/94, não exige que o contrato esteja sendo executado, *in verbis*:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários ante de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 701.801-SP, assentou ser desnecessária a instauração do processo de execução, com a realização da penhora, para a satisfação do crédito com preferência, vejamos:

RECURSO ESPECIAL - CONCURSO DE CREDORES. Direito de preferência. Pretensão de credor trabalhista a seu reconhecimento com relação ao produto do praxeamento de bens penhorados em execução movida por outro credor. Possibilidade, ainda que o credor preferencial não tenha concorrido com a mesma constrição, porque a preferência legal não pode ser restringida pelo direito processual. Prioridade do crédito trabalhista pelo valor que ostenta em si mesmo, não havendo necessidade de prévia penhora ou prévia execução. Preferência do crédito trabalhista reconhecida. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 01801/SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 17.11.05, DJ 05.12.05, p. 370 ).

Com fulcro nas considerações acima expendidas, conheço do presente recurso, e dou-lhe provimento, para reformar a decisão recorrida, no sentido de afastar a preclusão consumativa e deferir o pedido de habilitação de crédito independente de prévio ajuizamento da ação de execução.

CONCLUSÃO DO JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL DES. RUBENS BERGONZI BOSSAY. O RELATOR DAVA PROVIMENTO AO RECURSO. O 2º VOGAL AGUARDA.

### VOTO (23.3.2009)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (1º Vogal)

Trata-se de agravo interposto por Sérgio Paulo Grotti e Aloísio Damaceno Costa, no qual objetivam a reforma da decisão monocrática que indeferiu o pedido de levantamento da quantia de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) decorrente de uma dívida vencida oriunda de contrato de renegociação de honorários advocatícios.

Sustentam os agravantes que um dos fundamentos da decisão guerreada a eles não se aplica, uma vez que a mencionada preclusão mencionada na decisão se refere ao pedido do advogado João Atilio Mariano, e não atinge os recorrentes, já que é a primeira vez que se manifestam nos autos, não estando, portanto, sujeitos ao instituto da preclusão consumativa.

Aduzem que os honorários pleiteados no requerimento indeferido são provenientes de contrato, expressando quantia certa, líquida e exigível, e que a decisão agravada desconsidera a natureza alimentícia dos honorários advocatícios contratuais, o que infringe os arts. 22 e 23 da Lei n. 8.906/94, bem como os arts. 1º, III, 5º, II, 100, § 1º - A e 133 da Constituição Federal e a jurisprudência recente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Argumentam que a legislação (art. 22, § 4º do Estatuto da Advocacia) prevê o pagamento direto aos advogados por dedução da quantia a ser recebida pela parte em um processo, em razão do caráter alimentar, em que os honorários equiparam-se a salários, possuindo privilégio especial.

Peço vênua ao e. relator para prolatar voto divergente.

Com relação à matéria referente à preclusão, tenho que os agravantes interpretaram erroneamente as razões de decidir da julgadora *a quo*, uma vez que, ao examinar a decisão agravada (f. 30-34 – TJ/MS), vê-se que ela utilizou o item 5 (embora tenha especificado como item 4 – pág. 34-TJ/MS) apenas como razão de decidir, não aplicando aos recorrentes os efeitos da preclusão, tanto que assim dispôs: “F. 825-829: Sérgio Paulo Grotti e Aloísio Damaceno Costa, qualificados, dizendo serem credores, em razão de verba honorária contratada com as devedoras, de caráter alimentar, requerem o levantamento imediato do valor devido.

Indefiro o pedido tomando como razão de decidir o constante no item “4”, que se aplica inteiramente ao caso, haja vista a ausência de execução e penhora promovida pelos requerentes. Esclareço que o indeferimento abrange também a pretensão de habilitação, posto que somente através desta poderia ocorrer levantamento de valores.”

Observa-se que a decisão agravada apenas manifestou discordância com relação ao levantamento dos valores pretendidos pelos agravantes, tendo em vista a ausência de execução e penhora, bem como de habilitação no concurso de credores.

A questão relativa à preclusão refere-se apenas ao advogado João Atilio Mariano, já que, como se vê da decisão agravada, estava reiterando o pedido de habilitação de crédito decorrente de verba honorária, bem como o seu imediato levantamento, por entender que a jurisprudência atual era no sentido de que tal crédito é dotado de caráter alimentar, com preferência sobre qualquer outro (pág. 30 – TJ/MS).

No mérito propriamente dito, tenho que a decisão não está a merecer reforma.

Como consta dos autos, os agravantes pretendem perceber a quantia de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) decorrente de uma dívida vencida oriunda de contrato de renegociação de honorários advocatícios.

Entendem que o crédito em questão, por ser decorrente de verba honorária, possui caráter alimentar e equipara-se à verba salarial, possuindo, portanto, preferência perante os demais créditos.

Neste caso, ao contrário dos argumentos suscitados pelos agravantes, não há falar em preferência deste crédito em relação aos demais.

Isto porque, como se observa da contraminuta de agravo, o Banco do Brasil é credor hipotecário, e este crédito tem preferência sobre os demais, a teor do que dispõe o art. 961 do Código Civil: “Art. 961 - O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral”.

A respeito do tema, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código Civil Comentado, 4ª edição, Editora: Revista dos Tribunais, p. 645:

2. Crédito real. A palavra “preferência” é utilizada em sentidos vários, sendo que “os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais” (CC 958). Se usada no sentido de atributo dos direitos reais, ela se refere a determinada qualidade que os bens dados em garantia por penhor, anticrese e hipoteca têm de ficarem sujeitos, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação (CC 1419). As garantias reais “traduzem-se na afetação de determinados bens do devedor (ou de terceiros) ao pagamento de certas dívidas, que podem satisfazer-se à custa desses bens com preferência” (Galvão Telles, obrigações, p. 48). Ou seja: o crédito real (CC961), porque direito real (CC1419), é título legal preferencial (CC958).

Constata-se, portanto, que o crédito dos agravantes, por se tratar de um crédito pessoal, deve aguardar a satisfação dos créditos referentes às garantias hipotecárias, que possuem a preferência de recebimento.

Oportuna a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *in* Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo, Editora: Revista dos Tribunais, p. 684:

Execução e Penhora. A satisfação dos créditos com preferência legal independe de prévia execução e penhora sobre o bem cujo produto da alienação se procura arrecadar. Independentemente de execução e penhora, têm preferência os credores com preferência legal. Satisfeitos, receberá posteriormente credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora (art. 711, CPC). [...].



Assim, evidencia-se que os agravantes terão direito ao recebimento do seu crédito, após terem sido satisfeitos os créditos com preferência em decorrência da garantia hipotecária, e não há de se falar em preferência do seu crédito.

Aliás, oportuna a extração dos ensinamentos do mestre Nelson Nery Júnior:

Privilégio. Não preferência. O privilégio é decorrência da lei (CC 964 e 965), em favor de certos créditos, de que os alimentares, os fiscais e os trabalhistas são os mais conhecidos e comuns. Preferência é antecedência no tempo, antecedência essa que o registro público confere, por exemplo, aos créditos com garantia real (ex. Hipoteca). O direito real, que pressupõe o registro público para sua constituição, é direito preferencial (CC 958). Se concorrerem aos mesmos bens, e se especialmente privilegiados, dá-se a hipótese de rateio, prevista aqui, no CC 962. Se é o caso de preferência conferida pela antecedência do registro, como ocorre com os direitos reais, o rateio proporcional ao valor dos respectivos créditos não se verifica, porque um direito (o antecedente e, por isso preferente) satisfaz-se por primeiro, só então permitindo que o outro venha a se satisfazer, caso o bem dado em garantia suporte todos os ônus. (Código de Processo Civil Comentado, Ed. RT, 4ª edição, pág. 645).

Outrossim, devem os agravantes proceder à habilitação do crédito no concurso de credores e, caso não seja aceita a habilitação, deverão promover a ação de execução.

Aliás, neste sentido o entendimento esposado pela julgadora *a quo* quando indeferiu o pedido do advogado João Atílio Mariano, cujas razões de decidir empregou aos agravantes:

O requerente não noticiou que tenha ajuizado ação executiva para recebimento do crédito, com a concretização de penhora, seja do bem imóvel expropriado, seja do valor decorrente daquela expropriação.

Nesse passo, vale mencionar que o procedimento acima mostra-se indispensável para a participação do requerente no concurso especial de credores, posto que ressaí dos arts. 711 e 612 do Código de Processo Civil, ser um dos pressupostos do mencionado concurso a pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem.

Tal decorre do fato de que o concurso especial se limita às forças de um bem determinado e na hipótese, de um imóvel rural, penhorado primeiramente em processo em trâmite por este Juízo, ocasionando a competência deste para o processamento do concurso.

Inclui-se, ainda, a possibilidade de participação dos credores com garantia real, independente de execução e penhora, haja vista o direito sobre o bem gerador do concurso especial e o que preceitua o art. 333, inc. II do Código Civil.

Nesse sentido é o ensinamento do ilustre professor Arakem de Assis:

A possibilidade de credor titular de crédito privilegiado já vencido intervir, independentemente de penhora, no concurso especial, infringe o princípio básico de que o concurso de preferência se restringe ao(s) bem(s) penhorados. A diferença do concurso universal – falência ou insolvência – este concurso não extingue as obrigações do executado – ressalva feita, naturalmente, ao crédito dos participantes, nos limites do levantamento (retro, 273) –, dentro das forças daquele(s) bem(s), nem envolve a totalidade do patrimônio” (Manual do Processo de Execução – 7ª edição – Editora Revista dos Tribunais – nota 275 – pág. 741).

Portanto, mesmo que privilegiado o crédito do requerente, seja ou não similar ao



trabalhista, sem anterior execução e penhora, vedada resta a sua habilitação no presente concurso de preferência, o que singelamente já havia decidido o Juízo (f. 493), tanto que houve posterior determinação de arquivamento da pretensão de habilitação, sem interposição de recurso (f. 644-645). (pág. 32/33 – TJ/MS).

Assim considerando, agiu com acerto a julgadora, ao indeferir o pedido de levantamento da quantia pretendida pelos agravantes para a verba honorária.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (2º Vogal)

Analisei o memorial que recebi, prestei atenção aos termos do voto do relator e, neste caso, acompanho-o para dar provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 1º VOGAL, QUE O IMPROVIA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ildeu de Souza Campos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ildeu de Souza Campos, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 23 de março de 2009.

\*\*\*

**Mandado de Segurança n. 2008.034113-7 - Capital**  
**Segunda Seção Cível**  
**Relator Des. Ildeu de Souza Campos**

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NOS QUADROS DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA – AFASTADA – PROVA DE TÍTULOS – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL – ORDEM CONCEDIDA.

O prazo decadencial de 120 para a impetração de mandado de segurança conta-se a partir da data da efetiva lesão ao direito do impetrante, e não da publicação do edital do concurso público.

Havendo o candidato comprovado a realização de curso de pós-graduação, nos termos do edital do certame, faz ele jus aos pontos respectivos previstos para a prova de títulos, em decorrência do princípio da vinculação ao edital, que obriga a Administração Pública a obedecer os ditames da 'lei do concurso'.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, rejeitar a preliminar de decadência e conceder a segurança.

Campo Grande, 9 de março de 2009.

Des. Ildeu de Souza Campos – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos

Rodrigo de Lima Meireles impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, apontando como autoridades coatoras, a Secretária de Estado de Administração e o Diretor Presidente da Fundação Escola de Governo, deste Estado, porque não haverem estes levado em consideração o certificado de conclusão de curso de pós-graduação, na pontuação de sua prova, não atribuindo ao impetrante os pontos relativos à prova de títulos.

Alega, em síntese, que fez prova de conclusão de curso de pós-graduação, sem que os pontos respectivos tivessem sido a ele atribuídos, pelas autoridades apontadas como coatoras, em violação ao princípio da vinculação ao edital do concurso público, razão por que a segurança deve ser concedida.

A liminar foi concedida às f. 87-92.

O Estado do Mato Grosso do Sul requereu sua admissão como litisconsorte passivo, prestando informações juntamente com as autoridades apontadas como coatoras, pugnando pela denegação da segurança, por entender haver ocorrido a decadência do direito de impetração, e, no mérito, por não haver direito líquido e certo a ser amparado.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela rejeição da preliminar de decadência, e, no mérito, pela concessão da segurança.

## VOTO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (Relator)

Insurge-se o impetrante, em síntese, contra ato, supostamente ilegal, praticado pelas autoridades apontadas como coatoras na inicial do mandamus, que não lhe atribuíram os pontos referentes à prova de títulos, embora houvesse ele feito prova da conclusão de curso de pós-graduação.

Prima facie, analiso a preliminar de decadência arguida pelas autoridades apontadas como coatoras.

Sustentam as autoridades impetradas haver ocorrido a decadência do direito de impetração do mandamus em questão, posto haver ele sido impetrado em 6.11.08, e voltar-se contra o edital do certame, publicado no Diário Oficial do Estado em 31.1.08. Entretanto, tenho que não lhes assiste razão.

Isto por que, ao contrário do que entendem os impetrados, a insurgência ora manifestada não é contra o edital do concurso, mas sim contra o ato (Edital n. 28/2008, de 18.8.08) que não atribuiu ao impetrante os pontos respectivos da prova de títulos, mesmo havendo ele feito prova da conclusão de curso de pós-graduação. Outrossim, cumpre mencionar que contra o referido ato, o impetrante ainda manejou recurso administrativo em 20.08.08, cuja decisão de improcedência fora publicada no DOE em 25.5.08, o que afasta, de vez, a alegação de decadência para a impetração do mandamus em questão.

A propósito, colha-se a doutrina sempre presente de Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup>, *verbis*:

É de se lembrar que o prazo para impetração não se conta da publicação da lei ou do decreto normativo, mas do ato administrativo que, com base neles, concretiza a ofensa a direito do impetrante [...]

Logo, o prazo para a impetração deve ser contado a partir da data da efetiva lesão ao direito subjetivo do impetrante, ou seja, do ato que negou ao impetrante seu direito aos pontos da prova de títulos. Assim, considerando que o mandamus foi protocolizado dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 18, da Lei n. 1533/51, não há se falar em decadência.

Nesse sentido já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

É de se afastar a decadência, uma vez que, conquanto se questione a constitucionalidade de regras do edital de abertura – o que possibilitaria sua impugnação desde a data de sua publicação –, a suposta lesão a direito do Recorrente somente ocorreria posteriormente, quando do resultado dos testes, daí o desacerto do acórdão recorrido. (RMS n.15.742, Quinta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, julgado em 17.8.06, DJ 16.10.06, p. 384).

Ante essas considerações afasto a preliminar.

<sup>1</sup> Mandado de Segurança. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61.

No mérito, tenho que o ato acoimado de ilegal feriu direito líquido e certo do impetrante. Este, consoante o magistério de Hely Lopes Meirelles, “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. Malheiros Editores, 2008, p. 38)

Como se vê, direito líquido e certo é aquele que prescinde de dilação probatória, ou, nos dizeres do Ministro José Delgado, “A ação mandamental exige, para sua apreciação, que se comprove, de plano, a existência de liquidez e certeza dos fatos narrados na inicial. É inerente à via eleita a exigência de comprovação documental e pré-constituída da situação que configura a lesão ou ameaça a direito líquido e que se pretende coibir, devendo afastar quaisquer resquícios dúvida.” (RMS n. 25.549/RJ, julgado em 22.4.08, DJMS 21.5.08).

Com efeito, o impetrante demonstrou haver sido concluído por ele curso de pós-graduação, fato este certificado pela Instituição de Ensino que ministrou referido curso, consoante declaração de f. 63.

Assim, havendo o impetrante apresentado documento expedidos por estabelecimento de ensino superior, devidamente credenciado pelo Ministério da Educação, detêm o referido documento, até prova em contrário, presunção de validade e legitimidade.

Nesse sentido, eis o entendimento desta Corte em casos análogos:

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PROVA DE TÍTULOS  
- VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL - RECONTAGEM DE  
PONTOS E RECLASSIFICAÇÃO - SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.

Como corolário do princípio da legalidade, a Administração Pública está vinculada aos termos estabelecidos no edital do concurso público. Assim, não cabe à Banca Examinadora do Concurso utilizar-se de pressuposições incabíveis, criando regras em desconformidade com o edital, no que concerne ao exame e pontuação de certificados apresentados pelo candidato na prova de títulos. (MS n. 2006.013638-9, julgado em 19.5.08, Terceira Seção Cível, Rel. Des. João Maria Lós, Publicado em 29.5.08, DJMS 1738).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - PEDIDO  
DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO - CONCESSÃO - AGRAVANTE QUE COMPROVA  
SATISFAZER OS REQUISITOS EXIGIDOS PARA PONTUAÇÃO EM PROVA DE  
TÍTULOS DE CONCURSO PÚBLICO - RECURSO PROVIDO.

Presentes os pressupostos específicos para a concessão de liminar, em Mandado de Segurança, ou seja, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, deve ser ela concedida, máxime tratando-se de ato administrativo que deixa de pontuar, em prova de títulos de concurso público, o tempo de serviço da parte que comprova o preenchimento dos requisitos exigidos no respectivo edital. (Ag n. 2006.003831-3, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 29.6.06, Publicado em 18.7.06, DJMS 1312).

Diante de tais elementos, afasto a preliminar de decadência e concedo a segurança pleiteada, para o efeito de determinar que as autoridades coatoras levem em consideração a documentação apresentada pelo impetrante, relativamente à conclusão de curso de pós-graduação, atribuindo-lhe os pontos respectivos, nos termos do edital do certame em questão, ratificando-se a liminar concedida, e o faço ao entendimento de ser ilegal a restrição imposta pela Administração Pública.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COMO PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR DE DECADÊNCIA E CONCEDERAM A SEGURANÇA.

Presidência da Exma. Sr.<sup>a</sup>. Des.<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ildeu de Souza Campos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ildeu de Souza Campos, Tânia Garcia de Freitas Borges, Dorival Renato Pavan, Oswaldo Rodrigues de Melo e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 9 de março de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.034279-9 - Campo Grande**  
**Quinta Turma Cível**  
**Relator Des. João Carlos Brandes Garcia**

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – AUSÊNCIA DE PROVA DO ATO COATOR – IMPETRANTE READAPTADA EM SECRETARIA DA ESCOLA – DETERMINAÇÃO MÉDICA NO SENTIDO DE MANTÊ-LA FORA DO “AMBIENTE ESCOLAR” – ATO COATOR EXISTENTE – ANÁLISE DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO QUE PASSA POR MÉTODO INTERPRETATIVO – SEGURANÇA CONCEDIDA PARCIALMENTE.

Se as provas dão conta de que a impetrante precisa ser readaptada fora do ambiente escolar e esta foi em secretaria escolar, está configurado o ato coator. Análise do direito líquido e certo que passa por questão interpretativa. Provimento parcial para determinar o recebimento da inicial e prosseguimento do feito.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2009.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de apelação cível interposta por Vera Lúcia Bohen contra sentença (f. 56-59), que, proferida nos autos do mandado de segurança questionando ato da Secretária Municipal de Administração de Campo Grande e outro, indeferiu liminarmente a petição inicial, nos termos do art. 1º c.c. o art. 8º, *caput*, e art. 18 da Lei n. 1.533/51, sob o argumento de inexistir prova do ato coator.

Alega a apelante que a magistrada singular operou em equívoco ao entender pela inexistência de prova do ato coator praticado pelas autoridades impetradas, já que a documentação carreada na inicial demonstra que ela deve ser readaptada fora do ambiente escolar.

Aduz, ainda, que os laudos médicos demonstram seu estado crônico de saúde (problemas respiratórios), que a levou a submeter-se a duas cirurgias, sendo-lhe prejudicial o contato com o público, já que se encontra suscetível à infecções.

Sustenta, ao final, que sua adaptação na secretaria da escola fere seu direito líquido e certo de exercer seu labor “fora do ambiente escolar”, conforme determinação médica, já que o referido termo não significa simplesmente “fora das salas de aulas”.

Requer o provimento do presente recurso, para se reformar inteiramente a sentença para conceder a segurança pleiteada.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do apelo (f. 87-92).

## VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Vera Lúcia Bohen, inconformada com a sentença proferida nos autos do mandado de segurança por ela impetrada contra ato da Secretária Municipal de Administração de Campo Grande e outro, interpõe o presente recurso, no qual objetiva a reforma do decisum.

A apelante é servidora pública municipal ocupante do cargo de Especialista de Educação, nível EE2, classe “a”, e por problemas graves de saúde foi readaptada pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias), a contar de 4 de julho de 2008, por ato da Secretária Municipal de Administração, publicado no Diário Oficial do Município de Campo Grande, em 2.9.08.

Consta que a apelante é portadora de doença respiratória grave, tendo se submetido a duas cirurgias para ressecção de bronquiectasias, tendo em vista a fragilidade de suas vias aéreas superiores e inferiores.

Passa-se à análise do recurso.

O saudoso professor Hely Lopes Meirelles (1997, p. 21) definiu de certa feita que mandado de segurança constitui-se como “o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não aparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça” (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, 18ª ed.).

No caso dos autos, a petição inicial foi liminarmente indeferida pela magistrada singular, sob o argumento de ausência de requisito essencial, qual seja, a prova da existência de ato tido por coator. Veja-se:

[...] não restou caracterizado qualquer ato coator praticado pelas impetradas, uma vez que a readaptação da impetrante fora efetivada, conforme comprova-se através da Resolução ‘PE’ SMAD n. 2548, de 01.9.08 à f. 16 dos autos. Também ficou assinalado no documento de f. 31 que a Diretora da Escola cumpriu essa determinação, encaminhando a servidora para ser colocada fora do ambiente escolar.

Porém, a questão é saber se a Secretaria é o local apropriado e considerado ‘fora do ambiente escolar’, isto porque os despachos no verso da documentação de f. 31 mostram determinações da Chefe da Divisão de Recursos Humanos/DARH/SEMED, no sentido de que teria ficado acordada a permanência da servidora na secretaria da escola. (Sic, f. 57-58).



Compulsando os autos, verifica-se que os documentos juntados à inicial do mandamus dão conta de que a impetrante necessita ser readaptada fora do “ambiente escolar”.

Destarte, o ato coator, ao contrário do decidido pela juíza singular, está provado de plano, pois a impetrante foi readaptada na própria secretaria da escola, consoante verso da f. 31, o que teria desatendido determinação médica.

Com efeito, o que resta evidente é a necessidade de interpretação do que seria “fora do ambiente escolar”, se a secretaria da escola está ou não englobada nesse conceito, mas tal questão não conduz à dilação probatória, trata-se de simples questão interpretativa, como dito.

Veja-se, a propósito o entendimento do ilustre Procurador de Justiça:

Os documentos acostados são totalmente aptos a demonstrarem a real necessidade da impetrante, necessitando-se apenas de uma análise pautada na razoabilidade e bom senso para se detectar o que seria o mencionado ‘ambiente escolar’ que, a meu ver, não se restringe apenas e tão somente às salas de aulas, pois os laudos médicos são precisos em afirmar que os problemas respiratórios da impetrante impõem que está evite contatos com um grande número de pessoas e, sinceramente, não vejo como lotá-la na secretaria da escola, local onde, necessariamente, terá que entrar e sair juntamente com um grande número de alunos, atendê-los, assim como a todos que chegarem na recinto escolar, sem se submeter aos riscos de contágios, sabidamente existente no ambiente escolar. (Sic, f. 91).

De fato, os documentos são comprobatórios do alegado direito líquido e certo, passando o julgamento do mandado de segurança apenas por questão interpretativa, o que me faz crer que a segurança deve ser concedida, não para julgamento do mérito do mandamus, mas apenas para determinar o recebimento em primeiro grau de jurisdição e seu regular prosseguimento.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso para determinar o recebimento da petição inicial e o regular prosseguimento do feito.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2004.000639-0 - Campo Grande**  
**Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. João Maria Lós**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E PERDAS E DANOS – INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – REJEITADA – DIREITO DE RETENÇÃO E RESSARCIMENTO POR BENFEITORIAS – NÃO COMPROVADAS – REDUÇÃO DA MULTA CONTRATUAL PARA 10% DAS PARCELAS PAGAS – DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS CORRIGIDAS E ACRESCIDAS DE JUROS DE MORA – DEVENDO SER COMPENSADAS PELAS PERDAS E DANOS DEVIDOS – SUCUMBÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Não ocorre cerceamento de defesa na lide julgada antecipadamente se a perícia reclamada se mostrar dispensável.

Para exercer o direito de retenção e ressarcimento, o possuidor precisa comprovar as supostas benfeitorias, assim como terem sido realizadas de boa-fé.

Aplicação do art. 924 do Código Civil para a redução da perda em favor da promitente vendedora a 10% dos valores pagos durante a execução do contrato.

Nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis em construção, ainda que haja a rescisão do contrato por mora do promitente-comprador, tem ele o direito de restituição ou compensação, se houver condenação, das parcelas já pagas, acrescidas de correção monetária e de juros de mora, sob pena de enriquecimento ilícito da empresa construtora.

A parte que decaiu de parcela mínima do pedido deve ser recompensada com a totalidade dos honorários sucumbenciais.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 25 de novembro de 2008.

Des. João Maria Lós – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. João Maria Lós

Altaides Cabral, inconformado com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da Ação Ordinária de Rescisão de Contrato Particular de Compra e Venda c/c Reintegração de Posse e Perdas e Danos movida por ENCCON – Engenharia Comércio e Construções Ltda., dela recorre para este Sodalício, pleiteando o acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, pois necessária seria a realização de perícia para apuração das benfeitorias realizadas pelo apelante.

No mérito, afirma que as benfeitorias foram feitas em momento anterior à incidência da mora debitoris e não posteriormente como entendeu o julgador *a quo*. Assim sendo, o possuidor de boa-fé deve ter amparado os seus direitos de retenção e ressarcimento.

Assevera, ainda, que a ausência de autorização prévia da apelada para a edificação de benfeitorias pelo recorrente, determinada em contrato adesivo, não lhe retira o direito de retenção e ressarcimento previsto pela lei civil.

Alega que é incabível o posicionamento do juiz *a quo* de que o apelante deveria, necessariamente, apresentar reconvenção para fazer pedidos próprios, pois o pedido em contestação de restituição de parcelas pagas é admitido em ações possessórias.

Outrossim, assevera que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 53, considera nulo de pleno direito as cláusulas que estabeleçam perda total das prestações pagas em benefício do credor e, sendo assim, resta evidente o direito do apelante em ser restituído nas parcelas que pagou à apelada, devidamente corrigido desde a data do pagamento e acrescidos de juros de 6% ao ano, a partir da citação.

Pondera que deve haver redução da condenação ao pagamento da cláusula penal de 20% do que foi pago, para o limite de 10% imposto pelo Código de Defesa do Consumidor.

Aduz que a condenação ao pagamento de perdas e danos no valor equivalente a aluguéis mensais desde o inadimplemento até a efetiva desocupação, a ser obtido mediante liquidação por arbitramento, deve ser excluída por ser fundamentada em cláusula abusiva constante em contrato de adesão, além do fato da apelada não ter trazido aos autos o valor atualizado do imóvel para a incidência do hipotético aluguel.

Salienta que no presente caso não foi realizada uma única audiência, nem mesmo para a tentativa de conciliação das partes.

Por fim, alega que merece reforma a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios.

Em contra-razões, a apelada pugna pela manutenção da sentença recorrida.

## VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Altaides Cabral contra sentença proferida pelo juiz de direito da 8ª Vara Cível que julgou parcialmente procedente o pedido da Ação Ordinária de Rescisão Contratual Particular de Compra e Venda c/c Reintegração de Posse e Perdas e Danos que lhe moveu ENCCON – Engenharia Comércio e Construções Ltda.

Examinarei a preliminar de cerceamento de defesa, juntamente com o mérito, visto que com este se confunde.

Consta nos autos que inicialmente as partes celebraram contrato de compromisso de compra e venda de um apartamento residencial no empreendimento denominado Residencial Botafogo. Que referido imóvel seria financiado pelo valor de R\$ 18.410,00 (dezoito mil, quatrocentos e dez reais) a ser pago conforme descrito na cláusula 4º do contrato de f. 20. Em 05 de outubro de 1998, por “Termo de Entrega de Apartamento e Re-Ratificação” o requerido tomou a posse definitiva do imóvel, conforme f. 28-29.

Consta, ainda, que o requerido comprador encontra-se em débito com a autora, conforme se verifica pelo documento na f.30, desde a parcela que venceu em 8.12.98.

Pois bem.

Alega o apelante que realizou benfeitorias de boa-fé no imóvel, já que a maioria fora realizada antes da incidência da mora debitoris e não posteriormente, como afirmou o magistrado.

Contudo, analisando detalhadamente os documentos dos autos, tenho de que esta alegação não merece prosperar, porque não há vícios que culminariam na anulação da sentença por ter sido prolatada antecipadamente, sem a realização da perícia.

Isso porque o apelante não demonstrou a realização das ditas benfeitorias de boa-fé, pois os documentos juntados são em grande parte de data posterior ao início da mora.

Existem, ainda, documentos que em nada servem para elucidar quaisquer questões dos autos, já que se tratam de notas fiscais em nome e endereço de terceiro que não compõe a lide (f. 70,74,79) mero orçamento que não afirma ter havido a compra de material (f. 71), além de reproduções que foram juntadas em dobro (f. 72, 77).

Quanto aos demais documentos, cujas datas são anteriores a dezembro de 1998 e estão no nome do apelante (f. 69, 70, 73, 75, 76, 78, 80) reafirmo não comprovarem a realização de benfeitorias, já que são, em sua maioria, de valores irrisórios ou que não possuem relação com as benfeitorias supostamente realizadas. Cito, como exemplo, a nota fiscal de f. 76 que contém a informação de compra de ducha, espelho e acessórios para banheiro, objetos esses que certamente não se caracterizam como benfeitorias, por faltar-lhes a característica básica dos bens reciprocamente considerados, qual seja, a acessoriedade.

Como as invocadas benfeitorias de boa-fé seriam provadas pelos documentos rechaçados, restam-nas apenas no campo de meras alegações, mostrando-se prescindível a dilação da fase processual, pois a perícia somente seria necessária para a comprovação da valorização do imóvel e não para provar a realização de benfeitorias que deveriam ter sido especificadas nos próprios embargos, conforme disposição do artigo 744 do Código de Processo Civil.

Demonstrada a impertinência do direito de retenção e ressarcimento por supostas benfeitorias, passo à análise do pedido de redução da multa contratual fixada pelo douto juiz singular em 20% sobre o valor das parcelas pagas.

Apesar de a rescisão estar calcada na inadimplência dos adquirentes e em que pese seja lícita a cláusula de decaimento, o art. 413 do Código Civil de 2002 (anterior art. 924 do CC/1916) permite temperamento por parte do julgador sempre que a aplicação deste tipo de cláusula represente penalização excessiva ao adquirente, geradora de enriquecimento indevido.

Ora, o desfazimento do negócio, a sua rescisão ou resolução, enseja a devolução dos valores já pagos, ressalvado um percentual retido a título de encargos administrativos. A denominada cláusula penal serve como indenização pelo negócio desfeito e seu percentual deve observar as particularidades de cada contrato pactuado.

No caso dos autos, tenho que a porcentagem de 10% basta para a satisfação destas despesas, bem como para ressarcir a promitente-vendedora pela rescisão havida em face da inadimplência do apelante. Até porque não há nos autos comprovação de maiores prejuízos pela promitente-vendedora com a não-consumação do negócio.

Assim, à luz da disciplina consumerista, impede readequar o percentual de retenção cabível a apelada pela rescisão contratual, o qual vai fixado em 10% dos valores pagos.

Com relação ao percentual de retenção pela inadimplência, Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS. PROPORCIONALIDADE. CC, ART. 924.

I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça está hoje pacificada no sentido de que, em caso de extinção de contrato de promessa de compra e venda, inclusive por inadimplência justificada do devedor, o contrato pode prever a perda de parte das prestações pagas, a título de indenização da promitente vendedora com as despesas decorrentes do próprio negócio, tendo sido estipulado, para a maioria dos casos, o quantitativo de 10% (dez por cento) das prestações pagas como sendo o percentual adequado para esse fim.

II - É tranqüilo, também, o entendimento no sentido de que, se o contrato estipula quantia maior, cabe ao juiz, no uso do permissivo do art. 924 do Código Civil, fazer a necessária adequação. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 244625/SP, no Resp n. 2000/0000698-0, Terceira Turma, Min. Castro Filho, julgado em 09.10.01, DJ 25.02.02, p. 376).

CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CLÁUSULA DE DECAIMENTO. PRECEDENTES DA CORTE.

1. O contrato de compra e venda de bem imóvel não pode ser transformado em verdadeira poupança, sendo imperativo, uma vez considerada abusiva a cláusula de decaimento, a aplicação do art. 924 do Código Civil, admitida a retenção, no caso, do sinal e de 10% das prestações pagas.

2. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (Resp n. 206809/AL, Resp n. 1999/0020495-6, Terceira Turma, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 13.12.99, p. 143).

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. EXTINÇÃO. RESTITUIÇÃO. CLAUSULA DE DECAIMENTO.

Aplicação do art. 924 do c. civil para a redução da perda em favor da promitente vendedora a 10% dos valores pagos durante a execução do contrato. precedentes. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (REsp n. 162510/SP, REsp n. 1998/0005917-2, Quarta Turma, Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 05.05.98, DJ 29.06.98, p. 216).

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESTITUIÇÃO. CODECON. CLAUSULA DE DECAIMENTO. EFEITO.

Reconhecida a nulidade da cláusula que preve a perda total ou quase total das prestações pagas, em favor da promitente vendedora, nem por isso esta o juiz inibido de reduzir o montante a ser devolvido, a fim de assegurar a vendedora o ressarcimento das despesas que teve com o contrato. recurso conhecido em parte e provido para, assegurado o direito de retenção, reduzir seu montante a 10% das prestações pagas.(REsp n. 134629/RJ, REsp n. 1997/0038489-6, Quarta Turma, Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 18.12.97, DJ 16.03.98, p. 144).

No que tange ao pedido de restituição dos valores pagos feito em contestação, tenho que ele deve ser, em parte, acolhido.

Com efeito, o julgador singular não negou esse direito ao apelante, pois determinou tão somente a retenção da multa contratual fixada por ele em 20%, hora reduzida a 10%. Entretanto, a sentença não determinou a devolução-compensação do restante, sob o fundamento de que o pedido deveria ter sido feito em reconvenção.

Assim sendo, o restante dos valores pagos, ou seja, os demais 90% das parcelas quitadas, deverá ser corrigido pelo IGPM-FGV – índice que melhor espelha a perda de valor da moeda – e acrescido de juros de mora a partir da citação, nos termos da decisão do julgado emanado do extinto Colendo TAMG, que trago à colação, *verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL  
– RESCISÃO CONTRATUAL – RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS, CORRIGIDAS  
– DIREITO DO CONSUMIDOR – CONTRATO DE ADESÃO – MULTA CONTRATUAL  
– REDUÇÃO – ART. 924, DO CÓDIGO CIVIL – DESCARACTERIZAÇÃO DAS ARRAS  
A TÍTULO DE SINAL.

[...]

Nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis em construção ainda que haja a rescisão do contrato por mora do promitente-comprador tem ele o direito de restituição das parcelas já pagas, acrescidas de correção monetária e de juros de mora, sob pena de enriquecimento ilícito da empresa construtora[...] TAMG, n. 2618835, Uberlândia, Rel. Juíza Maria Elza, julgado em 09.09.98.

Por outro lado, tais valores deverão ser compensados dos valores devidos à apelada pelo uso do imóvel por um período de quase quatro anos sem a devida contraprestação, nos exatos termos da sentença, quais sejam, o equivalente aos aluguéis do imóvel desde a data do inadimplemento até a data da efetiva entrega do imóvel a ser alcançado em liquidação por arbitramento.

Portanto, como o valor das perdas e danos devidos será auferido em liquidação de sentença, não há falar em indeferimento do pedido por não ter trazido a apelada o valor atualizado do bem, nem tampouco em ter se baseado a sentença em cláusula abusiva, visto que o artigo 1.059 do Código Civil de 1916 (art.402 do CC-02) preconiza que as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Quanto à condenação honorária, tenho que o valor fixado pelo magistrado, 10% sobre o valor da causa, é justo e condiz com o trabalho realizado pelos patronos da apelada, visto que decaiu de parte mínima do pedido.

Em face do exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para reformar a sentença, determinando a redução da multa contratual de 20% para 10% das parcelas pagas, devendo o restante das

parcelas, depois de corrigido pelo IGPM-FGV e acrescido de juros de 6% ao ano desde a citação, ser compensado dos valores devidos a título de perdas e danos a serem apurados em liquidação por arbitramento.

## 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. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Sérgio Fernandes Martins e Josué de Oliveira.

Campo Grande, 25 de novembro de 2008.

\*\*\*



**Agravo Regimental em Agravo n. 2008.033426-6/0001-00 - Dourados**  
**Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. João Maria Lós**

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – PENHORA *ON-LINE* E BLOQUEIO DE NUMERÁRIO – MEDIDAS EXTREMAS – ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA LOCALIZAÇÃO DE OUTROS BENS – NÃO VERIFICADO – OBSERVÂNCIA DO ART. 620 DO CPC – NÃO PROVIDO.

Mesmo com o advento da Lei n. 11.382/06, que inseriu a norma do art. 655-A no CPC, permitindo a penhora *on-line* e o bloqueio de numerários em contas bancárias do executado, tais medidas revelaram-se excepcionais, permitidas tão-somente depois da demonstração de haver o credor exaurido todos os meios à sua disposição para localizar bens do devedor suscetíveis de penhora.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de dezembro de 2008.

Des. João Maria Lós – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Banco Bradesco S.a. interpõe o presente agravo regimental contra a decisão na qual se negou seguimento ao Agravo de Instrumento, ratificando os termos da decisão de primeira instância proferida nos autos da execução de título extrajudicial proposta em face de Valesa de Oliveira Souza Reh Doubar - ME, que culminou no indeferimento do requerimento do exequente quanto à realização da penhora de dinheiro com bloqueio de contas bancárias da executada.

Sustenta o agravante que a decisão agravada não se levou em consideração as recentes modificações introduzidas pela Lei n. 11.382/2006. Sustenta que em ação de execução, a penhora deve recair, preferencialmente, em dinheiro, em espécie ou em depósitos em contas bancárias, estando equivocada a exigência feita pela decisão agravada sobre o esgotamento dos meios para localização de outros bens para penhora. Ressalta que o art. 620 do CPC deve ser interpretado com o art. 655, I, do CPC.

Afirma que a palavra preferencialmente do art. 655 do CPC refere-se à penhora *on line* e não ao dever do juiz de determinar o bloqueio do numerário existente em contas bancárias para satisfação do credor.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso a fim de que se determine o bloqueio de numerário em contas bancárias da agravada.

## VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão em que se negou seguimento ao agravo de instrumento.

Como o agravante, por meio do presente regimental, não apresentou razões novas senão aquelas expostas na inicial do agravo de instrumento, insuficientes, pois, a ensejar a reconsideração da decisão agravada, valho-me dos mesmos fundamentos que culminaram na negativa de seguimento daquele recurso, *verbis*:

O presente recurso revela-se manifestamente inadmissível, razão pela qual passo a analisá-lo por decisão monocrática, na forma *caput* do artigo 557, do Código de Processo Civil, visando à instrumentalidade, celeridade e economia processuais, e em especial em atendimento à garantia fundamental da duração razoável do processo, inserido pela EC n. 45/04 no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Tenho entendimento firmado no sentido da excepcionalidade do deferimento da penhora *on-line* ou bloqueio de numerário em contas bancárias do devedor, de modo que sua utilização está condicionada ao esgotamento pelo credor das tentativas dirigidas à localização de bens em nome do executado.

Impende consignar que embora este Tribunal tenha realizado convênio com o Bacen, tal fato não implica na automática e irrestrita realização da chamada penhora *on-line*, devendo-se averiguar, para o deferimento de referida medida, a excepcionalidade do caso.

Dessa forma, a penhora *on-line* e o bloqueio de numerários somente terão cabimento nos casos em que não pairarem dúvidas acerca do esgotamento dos procedimentos hábeis a visualizar a existência de bens em nome do devedor, o que não restou demonstrado no caso em exame.

Este Tribunal, a respeito, assim já se manifestou, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PENHORA ON LINE – MEDIDA EXCEPCIONAL – DEFERIMENTO CONDICIONADO AO ESGOTAMENTO DE TODOS OS MEIOS POSSÍVEIS E LÍCITOS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS DA EMPRESA DEVEDORA – MANUTENÇÃO DA DECISÃO COMBATIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A penhora on line é medida de extrema excepcionalidade, sendo permitida tão-somente após demonstração de haver o credor exaurido todos os meios à sua disposição para localizar bens penhoráveis da empresa devedora. (AgRg em Ag n. 2008.009123-2/0001-00, Campo Grande, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 21.07.08).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PENHORA ON LINE – ART. 655-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA – AUSÊNCIA DE PROVA CABAL DO ESGOTAMENTO DOS MEIOS DE LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A penhora on line somente é possível em casos em que há prova cabal de que a parte esgotou todos os meios de localização de bens passíveis de penhora. (Ag n. 2008.017508-8/0000-00, Aparecida do Taboado, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 13.09.08).

AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – PENHORA ON LINE E BLOQUEIO DE NUMERÁRIO – MEDIDAS EXTREMAS – ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA LOCALIZAÇÃO DE OUTROS BENS – NÃO VERIFICADO – OBSERVÂNCIA DO ART. 620 DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Mesmo com o advento da Lei n. 11.382/06 que inseriu a norma do art. 655-A no CPC, permitindo a penhora on line e o bloqueio de numerários em contas bancárias dos executados, tais medidas continuam a ser de extrema excepcionalidade, sendo permitidas tão-somente depois da demonstração de haver o credor exaurido todos os meios à sua disposição para localizar bens penhoráveis do devedor. Recurso conhecido e não provido. (AgRg em Ag n.. 2008.015044-0/0001-00, Dourados, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, 17.06.08).

Não se pode perder de vista que o art. 620 do CPC consagra o princípio da menor onerosidade, de modo que a execução deve ser processada da forma menos gravosa ao devedor. Há vários precedentes no sentido de que se trata de excepcionalidade a penhora sobre saldo de contas bancárias do executado, permissível quando for a única forma de satisfação do crédito e desde que demonstrado o esgotamento de todos os meios para a localização de bens passíveis de constrição.

Tenho que o teor da certidão judicial de f. 35 não exige o credor de empenhar-se no sentido de localizar bens em nome da devedora, sendo certo que tais diligências não devem ficar a cargo apenas do Poder Judiciário, recaindo o ônus também ao credor.

Por tais razões, com fundamento no *caput* do artigo 557, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Com efeito, não vislumbrando razões para modificar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a com supedâneo na impossibilidade de bloqueio de numerários em conta bancárias da agravada, por se tratar de medida excepcional, incidente utilizado somente após o esgotamento de todos os meios à disposição do autor para a localização de bens penhoráveis do devedor.

Nego provimento ao Agravo Regimental, em razão do exposto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Josué de Oliveira e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Agravo Regimental em Agravo n. 2008.036358-0/0001-00**  
**Campo Grande - Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. João Maria Lós**

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO CONTRA FAZENDA PÚBLICA – CRÉDITO PRINCIPAL E HONORÁRIOS – PRECATÓRIO – DESMEMBRAMENTO – POSSIBILIDADE – TITULARIDADES DIVERSAS – OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR – DISPENSA DE PRECATÓRIO – ART. 100, § 3º, DA CF – REQUISIÇÃO PARA PRONTO PAGAMENTO ADMITIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Por constituir a verba honorária direito, autônomo do advogado, de caráter alimentar, é possível o desmembramento do crédito do causídico em relação ao crédito principal da parte exequente, e, perfazendo o limite da obrigação caracterizada como de pequeno valor, a prestação far-se-á independentemente da expedição de precatório, nos termos § 3º do art. 100 da CF. O pagamento de obrigações de pequeno valor pelo Poder Público deve ser feito independentemente de precatório, razão pela qual o magistrado *a quo* pode requisitar o seu pronto pagamento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2009.

Des. João Maria Lós – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe o presente Agravo Regimental contra a decisão na qual se negou seguimento ao recurso interposto em face da decisão proferida nos autos da ação de execução de honorários advocatícios proposta por Renata Barbosa Lacerda Oliva, em que foi promovido o desmembramento dos honorários advocatícios considerados em si obrigação de pequeno valor desvinculada do débito principal, requisitando o respectivo pagamento.

Sustenta que a decisão merece reforma, pois no agravo não se discute a titularidade do crédito e sim a necessidade de se considerar o somatório do débito principal, dos honorários advocatícios e de eventuais custas processuais, a fim de se determinar sua forma de pagamento, não se permitindo o desmembramento do montante da condenação principal para que o pagamento se faça em parte mediante precatório e em parte mediante requisição de pequeno valor (RPV).

Afirma que o crédito principal executado somado ao valor dos honorários perfazem quantia superior ao limite definido para as obrigações de pequeno valor (515 UFERMS), impondo-se, assim, o pagamento de todo o débito por precatório, sem a admissibilidade do fracionamento.

Impugna o agravante a requisição de pequeno valor feita diretamente pelo juízo singular, sustentando que o pagamento deve ser requisitado por intermédio do presidente do Tribunal de Justiça.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão monocrática na qual se reconheceu a titularidade diversa dos créditos que envolvem o principal e os honorários advocatícios, permitindo, assim, que a execução dos honorários se faça mediante requisição de pequeno valor, por perfazer direito autônomo do causídico cujo recebimento independe da expedição de precatório.

Segundo o agravante, o pagamento do valor principal e dos honorários advocatícios deve realizar-se em conjunto na medida em que ultrapassam o limite de 515 UFERMS estipulado para as obrigações de pequeno valor, devendo ser requisitado mediante expedição de precatório.

Não merece prosperar a pretensão do agravante.

A matéria versada nos autos já foi objeto de inúmeros julgamentos no âmbito deste Tribunal.

Em diversas ocasiões reiterei meu posicionamento acerca da inaplicabilidade da vedação imposta pelo art. 100, § 4º, da Constituição Federal, quando os créditos decorrentes de condenação imposta à Fazenda Pública pertencerem a titulares diversos, correspondendo ao direito de cada qual individualmente. Em casos idênticos ao versado nestes autos, sustentei a tese de não haver fracionamento do valor da execução a fim de que o pagamento se faça em parte (crédito principal) mediante a expedição de precatório e a outra (honorários) por pagamento imediato, sem a expedição de precatório, por representar obrigação de pequeno valor. Firmei entendimento de se tratar de créditos distintos e independentes, passíveis de execuções diversas, uma em relação ao crédito principal e outra relativa aos honorários pertencentes ao causídico.

Em conclusão, o impedimento da reunião de execuções distintas e o enquadramento da verba honorária ao rito específico das obrigações de pequeno valor tornou-se imperativo sobretudo diante do reconhecimento jurisprudencial em torno da natureza alimentar dos honorários do advogado (STJ, REsp 608028/MS, DJ 12.9.05, p. 320).

Sob o ângulo da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a importância da matéria cuja controvérsia envolva a possibilidade ou não de fracionamento do valor da execução proposta contra a Fazenda Pública para pagamento de honorários advocatícios (RE n. 564132RG/RS, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 13.12.07). O Supremo identificou a repercussão da matéria diante da existência de questões constitucionais relevantes tanto do ponto de vista sócio-econômico como jurídico, assentando a necessidade de se firmar orientação a nortear o julgamento de diversos processos semelhantes, *verbis*:

## Despacho

A hipótese dos autos versa sobre a discussão quanto à possibilidade do fracionamento do valor da execução para pagamento de honorários advocatícios independentemente de precatório. 2. Esta Corte reconheceu a existência de repercussão geral da matéria no RE n. 564.132, Rel. Min. Eros Grau, DJE 27.03.2008. 3. No julgamento do RE n. 540.410-QO, Rel. Min. Cezar Peluso, sessão plenária de 20.08.2008, e do AI n. 715.423-QO, de minha relatoria, sessão plenária de 11.06.08, esta Corte decidiu que, nos casos de matérias com repercussão geral reconhecida, é possível a devolução dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento aos Tribunais de origem, para os fins previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC. 4. Dessa forma, dou provimento ao agravo de instrumento para admitir o recurso extraordinário, e, nos termos do art. 328 do RISTF, determino a devolução dos presentes autos ao Tribunal de origem, bem como a observância, no tocante ao apelo extremo interposto, das disposições do art. 543-B do Código de Processo Civil. Publique-se. Brasília, 29 de outubro de 2008. Ministra Ellen Gracie Relatora (AI 700816/MS - Mato Grosso do Sul, Ag, Relª Minª. Ellen Gracie, Julgado em 29.10.08).

Conforme notícia divulgada no dia 3.12.08 no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>, a pedido de vista da Ministra Ellen Gracie foi suspenso o julgamento do RE n. 564132/RS interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, o qual defende a impossibilidade de divisão de precatórios para pagamento de honorários advocatícios. Segundo o informe, antes do pedido de vista, os ministros Eros Grau (relator), Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto negaram provimento ao recurso do Estado e concordaram que os honorários advocatícios são autônomos, ou seja, não têm a mesma natureza do pagamento principal da ação e não precisam ser vinculados a ele.

Com efeito, o julgamento ainda não está encerrado, o que pressupõe a inexistência de entendimento jurisprudencial solidificado no âmbito da instância suprema, acerca do matéria em enfoque.

Desse modo, a questão não se encontra pacificada, razão pela qual reitero meu entendimento sustentado até então pelos fundamentos expostos a seguir.

A vedação imposta pelo art. 100, § 4º, da Constituição Federal, quanto ao fracionamento do valor da execução, não se aplica no caso dos autos, porquanto os créditos que a Fazenda Pública está condenada a pagar pertencem a titulares diversos, correspondente ao direito de cada qual individualmente. Logo, o valor relativo ao crédito principal destina-se ao exequente e independe da parcela referente aos honorários, sendo estes devidos ao advogado, perfazendo, assim, execuções diversas.

O caso não se subsume ao fracionamento do valor da execução, a fim de que o pagamento se faça em parte mediante a expedição de precatório, e a outra por pagamento imediato, sem a expedição de precatório, por representar obrigação de pequeno valor. Trata-se, pois, de créditos distintos e independentes, passíveis de execuções diversas, uma em relação ao crédito principal e outra relativa aos honorários pertencente ao causídico.

A vedação imposta no § 4º do art. 100 da Constituição Federal recai sobre a divisão da execução relativa ao crédito de um mesmo titular. Com efeito, não pode o exequente, enquanto titular único do crédito, pretender fracionar o valor a ser executado, visando o recebimento da pequena porção correspondente ao limite de 515 UFERMS, e o excedente por meio da expedição de precatório.

Como é cediço, o art. 23<sup>2</sup> da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia do Brasil – OAB), reconhece o direito autônomo do advogado de executar a sentença na parte em que impõe a condenação aos honorários, seja por arbitramento ou por sucumbência, facultando-lhe requerer a expedição do precatório em seu favor.

<sup>1</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100263>

<sup>2</sup> Art. 23 da Lei 8.906/94: “Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”.



Assim, por pertencerem os honorários ao advogado, tem ele a prerrogativa de escolher que a execução se faça por ação própria – autônoma – ou nos próprios autos da execução da obrigação principal. Faculta-lhe a lei requerer a expedição do precatório em seu favor, razão pela qual não há falar em quebra do valor da execução, ao arrepio da regra encartada no art. 100, § 4º, da Constituição Federal.

A propósito, é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – – PAGAMENTO IMEDIATO DE DÍVIDA DE PEQUENO VALOR – – POSSIBILIDADE – DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA MANTIDA POR DECISÃO SINGULAR DO RELATOR – ATO REANALISADO – IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DEDUZIDA NO RECURSO INTERNO – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Sendo o causídico titular de um direito próprio, perfeitamente individualizado, não é correto falar que a condenação em honorários estaria abrangida pela dívida total executada, razão pela qual o crédito do exequente e os honorários devidos à advogada que o representa não de ser considerados distintamente, podendo ser desmembrados da execução para efeito de pagamento independente de, em caso de dívida de pequeno valor.

Confirma-se a decisão singular do relator na parte que deixou de acolher recurso de agravo de instrumento, se as razões deduzidas no agravo interno não são convincentes acerca da necessidade de modificar o ato impugnado. (AgRg em Ag n. 2007.006859-1/0001-00, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, julgado em 08.05.07).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL – DO PAGAMENTO – PRINCIPAL E ADVOCATÍCIOS – VERBA ALIMENTAR – PEQUENO VALOR – PAGAMENTO INDEPENDENTEMENTE DE EXPEDIÇÃO DE – NÃO-VIOLAÇÃO AO PARÁGRAFO TERCEIRO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECURSO IMPROVIDO.

O advogado é titular da verba honorária estabelecida em sentença com trânsito em julgado e possui autonomia para executá-la, nos termos da Lei n. 8.906/94.

Não há como se falar em violação ao §3º do artigo 100 da Constituição Federal, em face do do total do débito da Fazenda Pública entre o credor principal e seu advogado, pois o dispositivo legal somente veda a cisão de débitos da mesma titularidade.

Os advocatícios constituem dívida de natureza alimentar e, sendo de pequeno valor, independem da expedição de para obtenção do pagamento. (AgRg em Ag n. 2007.001438-5/0001-00, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan, julgado em 27.2.07).

O Superior Tribunal de Justiça traz a seguinte orientação:

[...] O prosseguimento da execução, assim autonomizada, há de fazer-se na forma da Constituição da República, que preceitua a expedição de precatório como regra geral (artigo 100, *caput*) ou de execução direta, sem a expedição de precatório, para os pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer, em virtude de sentença judicial transitada em julgado (artigo 100,

parágrafo 3º). [...] A finalidade da norma acrescentada pela Emenda Constitucional nº 37/2002 (artigo 100, parágrafo 4º) é a de evitar que o exequente, intencionalmente, se valha da utilização simultânea dos dois sistemas de satisfação do seu crédito, quais sejam, o do precatório para uma parte da dívida e o do pagamento imediato (sem expedição de precatório) para outra parte, mediante o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da dívida, não incidindo sobre a execução da parte incontroversa da dívida, autorizada pelo artigo 739, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil. (REsp. n. 437912-RS, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 26.5.04, DJ 2.8.04, p. 580).

Com efeito, por constituir a verba honorária direito autônomo do advogado, de caráter alimentar, é possível a cisão do crédito do causídico em relação ao crédito principal da parte exequente, de modo que, perfazendo o limite da obrigação caracterizada como de pequeno valor, a prestação far-se-á independentemente da expedição de precatório, nos termos do art. 100, § 3º, da Constituição Federal.

Noutro aspecto, sustenta o agravante a impossibilidade de ser requisitada diretamente pelo juiz de primeiro grau a importância atribuída como de pequeno valor, aduzindo que tal providência deverá ser adotada pelo Presidente do Tribunal.

É o que dispõe o § 3º do artigo 100 da Constituição Federal dispõe:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§3º. O disposto no ‘caput’ deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

Em seguida é o que estabelece o artigo 128 da Lei n. 8.213/91:

Art. 128. As demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios regulados nesta Lei cujos valores de execução não forem superiores a R\$ 5.180,25 (cinco mil, cento e oitenta reais e vinte e cinco centavos) por autor poderão, por opção de cada um dos exequentes, ser quitadas no prazo de até sessenta dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão, sem necessidade da expedição de precatório.

No âmbito estadual, o § 4º do artigo 2º. do Decreto n. 10.412 (2-7-2001) registra: “§ 4º. Para os fins do disposto no § 3º. do art. 100 da Constituição Federal, considera-se obrigação de pequeno valor aquela que, na data da requisição do precatório, tenha valor igual ou inferior a 515 (quinhentas e quinze) Unidades Fiscais de Referência de Mato Grosso do Sul – UFERMS.”

Dessa forma, é evidente que o crédito considerado de pequeno valor não está sujeito à expedição de precatório, pairando dúvidas tão somente quanto à necessidade ou não de estrita observância ao artigo 730 do Código de Processo Civil.

Nesse aspecto, após uma interpretação sistemática da Constituição Federal e dos demais diplomas aplicáveis, tem-se que o juiz não precisa requisitar o pagamento por intermédio do presidente do respectivo Tribunal, já que se trata de mera formalidade, bastando simples expedição de ofício para o devido adimplemento do pequeno valor. Essa posição é coerente com o aspecto substancial do Princípio do Devido Processo Legal e com

as manifestações modernas do Princípio da Efetividade do Processo em benefício do jurisdicionado, contra um formalismo exacerbado, mesmo porque o crédito de pequeno valor não obedece a qualquer ordem cronológica.

Sobre o assunto:

AGRAVO REGIMENTAL – NEGATIVA DE SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO CONTRA O ESTADO – DÍVIDA DE PEQUENO VALOR – DESNECESSIDADE DE PRECATÓRIO – REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO QUE PODE SER REALIZADA PELO JUIZ DA CAUSA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Nos termos do § 3º do art. 100 da CF, o pagamento de obrigações de pequeno valor pelo Poder Público deve ser feito independentemente de precatório, razão pela qual o magistrado *a quo* pode requisitar o seu pronto pagamento ou determinar o seqüestro de numerário, por aplicação analógica do § 2º do art. 17 da Lei n. 10.259/2001. (AgRg em Ag n. 2007.008047-0, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 15.5.07).

Anote-se que esse entendimento não significa desrespeito à ordem cronológica de pagamento, muito menos que redundaria em preterição de outras requisições mais antigas, pois é facultado ao Juiz analisar a ordem de pagamento à luz do Princípio da Isonomia e do Princípio da Impessoalidade. Portanto, sendo o crédito considerado de pequeno valor (inferior ao limite legal), na espécie, torna-se indubitoso que o juiz não precisa requisitar o pagamento por intermédio do presidente do respectivo Tribunal, visto que essa providência configura mera formalidade, de modo que atuou acertadamente o magistrado da instância singular.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (1º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (2º Vogal)

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a decisão que negou seguimento ao recurso interposto em face da decisão proferida nos autos da ação de execução de honorários advocatícios proposta por Renata Barbosa Lacerda, que promoveu o desmembramento dos honorários considerados em si obrigação de pequeno valor desvinculada do débito principal, interpõe o presente agravo interno.

Dou provimento ao recurso.

A decisão recorrida merece reforma, porquanto o valor total do crédito exequendo de R\$ 22.248,66 atualizados até 09/09/2008<sup>3</sup> ultrapassa o limite de 515 UFERMS, previsto no art. 1º da Lei Estadual n. 2.586/02<sup>4</sup>. Com efeito, no caso, o valor da execução supera o limite instituído por lei para pagamento sem a expedição de precatório, não podendo, portanto, ser fracionado para fins de pagamento privilegiado da parcela relativa aos honorários advocatícios, ainda que, levando-se em conta somente o valor dos honorários, o mesmo se enquadre no limite constitucional.

<sup>3</sup> [www.tjms.jus.br](http://www.tjms.jus.br) – Consulta processo n. 001.04.074728-0/001

<sup>4</sup> “Art. 1º Para os fins do disposto nos §§ 3º e 4º do art. 100 da Constituição Federal e no caput do art. 78 e inciso I do art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, considera-se obrigação de pequeno valor, no âmbito do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul, aquela que na data da requisição do precatório, tenha valor igual ou inferior a 515 (quinhentas e quinze) Unidades Fiscais de Referência de Mato Grosso do Sul - UFERMS.”

Eis o que dispõe o art. 100, § 4º, da Constituição Federal:

São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

Nota-se que a pretendida cisão do montante a que o Estado de Mato Grosso do Sul foi condenado a pagar é expressamente vedada pelo dispositivo constitucional supratranscrito, isto porque “a verba honorária, para fins de pagamento, segue a sorte da obrigação principal, sendo vedado o seu fracionamento para fins de configuração de execução de pequena monta, em que se figura desnecessária a expedição de precatório”<sup>5</sup>.

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

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO SEM A NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. LIMITE PREVISTO NO ARTIGO 17, PARÁGRAFO 1º, COMBINADO COM O ARTIGO 3º DA LEI Nº 10.259/01. EXCLUSÃO DA VERBA HONORÁRIA E DAS CUSTAS PROCESSUAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os créditos em demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios previdenciários, cujos valores de execução não excederem a 60 salários mínimos por autor, poderão, por opção de cada um dos exeqüentes, ser pagos no prazo de até 60 dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão, sem necessidade da expedição de precatório.

2. O limite de 60 salários mínimos tem incidência sobre os valores de execução que, por certo, compreendem não só o valor efetivamente devido ao segurado, mas também os valores a serem suportados pela autarquia previdenciária, a título de honorários advocatícios e de custas processuais. Precedente.

3. A dispensa do precatório só será possível quando os valores da execução, incluídos os honorários advocatícios, não excederem o limite de 60 salários mínimos, sendo vedado o seu fracionamento.

4. Recurso provido.<sup>6</sup>

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou nesse sentido:

Honorários advocatícios. Expedição de novo precatório. Acessório segue a sorte do principal. Deve-se afastar o fracionamento de precatório para pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência quando a execução não for específica de honorários, seguindo, como acessório, a sorte do principal.<sup>7</sup>

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PAGAMENTO DIRETO INDEPENDENTE DE PRECATÓRIO. FRACIONAMENTO DO VALOR DA EXECUÇÃO.

5 AgRg no REsp n. 720.744/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 31.5.2005, DJ 20.6.2005, p. 393.

6 REsp n. 736444/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, publicado no DJU de 19.12.2005, p. 495.

7 RE 527.971-AgR-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 25.9.07, DJU de 19.10.2007.

O fracionamento, a repartição e a quebra do valor da execução são vedados pela Constituição do Brasil, de acordo com o artigo 100, § 4º. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>8</sup> (grifei)

A Corte Suprema, aliás, reformando decisão deste Tribunal de Justiça que admitia o desmembramento, deferiu efeito suspensivo em recurso extraordinário, com os seguintes fundamentos:

Já decidiu esta Corte que os honorários advocatícios têm natureza alimentar, o que impede a forma de pagamento parcelada prevista no art. 78, do ADCT, conforme precedente desta Corte (RE n. 146.318, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 04.04.97). Entretanto, como a hipótese dos autos não é de execução específica de crédito relativo a honorários, esta parcela não pode ser desconsiderada, pois não se permite a quebra do valor da execução para burlar o sistema de precatórios. E é esta a lição que se extrai do RE n. 141.639, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 13.12.96, no qual se decidiu da seguinte forma: “Nesse conceito amplo de créditos alimentícios, no âmbito do direito público, podem incluir-se os honorários de advogado quando devidos pela Fazenda Pública. Sucede, porém, que a execução com relação a créditos dessa natureza ou se faz por serem eles o objeto da ação de cobrança específica (ação de cobrança de honorários de advogado) por parte do advogado a que eles são devidos, ou como acessório de condenação (e isso ocorre em se tratando de honorários advocatícios resultantes da sucumbência) que dá margem a execução por precatório relativo a créditos sem natureza alimentícia. Ora, quando a Constituição excepciona do precatório para a execução de créditos de natureza outra que não a alimentícia os créditos que tenham tal natureza, a exceção só abarca a execução da condenação em ação que tenha por objeto cobrança específica desses créditos, inclusive, portanto, dos honorários de advogado, e não a execução de condenação a pagamentos que não decorrem de créditos alimentares, ainda que nessa condenação haja uma parcela de honorários de advogado a título de sucumbência, e, portanto, a título de acessório da condenação principal. Neste caso, o acessório segue a sorte do principal.”<sup>9</sup>

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, para indeferir o desmembramento da execução, devendo o crédito principal e os honorários advocatícios serem pagos mediante um único precatório, pois somados ultrapassam 515 UFERMS e não enquadram-se na definição de crédito de pequeno valor.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 2º VOGAL.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

8 AI-AgR n. 537733/RS, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 18.10.2005.

9 Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 1750 MC/MS. Relator Ministro Cesar Peluso.

**Agravo n. 2008.023443-0 - Campo Grande**  
**Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves**

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE POR INTERMÉDIO DE INTERPOSTA PESSOA – SIMULAÇÃO – ATO ANULÁVEL – PRESCRIÇÃO DE QUATRO ANOS - ART. 178, ALÍNEA “B”, INCISO “V”, §9º, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – TERMO INICIAL PARA CONTAGEM – DATA DA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO QUE SE PRETENDE INVALIDAR – IMPUGNAÇÃO À CONTESTAÇÃO AVIADA POR INTERMÉDIO DOS CORREIOS – AFERIÇÃO DO PRAZO – ART. 306 DO REGIMENTO INTERNO – INAPLICABILIDADE – DATA DO PROTOCOLO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A venda feita de ascendente a descendente por via de interposta pessoa é anulável e a pretensão contra ela dirigida prescreve em 04 (quatro) anos, nos termos do art. 178, alínea “b”, inciso “V”, §9º, do Código Civil de 1916, contados da data da celebração do negócio que se pretende invalidar.

A data da postagem pelo correio é inapta para aferir a tempestividade de feito encaminhado às secretarias da primeira instância, devendo-se considerar, para todos os efeitos legais, a data do protocolo.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2009.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Maurício Ribeiro Cardoso, não se conformando com a decisão trasladada às f. 24/28 que, nos autos da ação ordinária com pedido de tutela antecipada proposta em desfavor da Pax Nacional – Serviços Póstumos Ltda. e outros, acolheu a prejudicial de prescrição relativa à anulação da transferência de 50% da empresa Pax Nacional a Stefani de Carvalho, bem como determinou a entrega ao subscritor da peça de impugnação apresentada à contestação em razão de sua intempestividade, interpõe o presente recurso, objetivando a sua reforma.

Alega o recorrente que embora em um primeiro momento a alienação das quotas tenha sido feita a terceiro, elas retornaram ao patrimônio da sua mãe, o que faz eliminar a hipótese de venda realizada por interposta pessoa e, por consequência, a aplicação do prazo prescricional de quatro anos.



Sustenta que mesmo se tratando de venda por interposta pessoa, a prescrição é vintenária, uma vez que o que se busca é a nulidade do negócio, e não a anulação. Também, acrescenta que no caso de se considerar o prazo como sendo o de quatro anos, este ainda não transcorreu, pois somente tem início com a abertura da sucessão do ascendente.

Ainda, diz que a decisão agravada igualmente deve ser reformada no que se refere ao desentranhamento da petição de impugnação à contestação apresentada pelo autor, eis que esta foi postada no correio no prazo assinalado para o ato.

Bate-se pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, e, ao final, pelo seu conhecimento e provimento para que seja a decisão de primeiro grau reformada no que se refere à prescrição pronunciada, bem como no que tange ao conhecimento das impugnações anexadas à contra-capa dos autos, julgando regular a apresentação feita via correio.

O recurso foi recebido em seu efeito devolutivo (f. 325-326).

Os apelados, intimados, apresentaram contraminuta às f. 328-341.

## VOTO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maurício Ribeiro Cardoso, com pedido de efeito suspensivo, contra a decisão proferida nos autos da ação ordinária com pedido de tutela antecipada que move em desfavor da Pax Nacional – Serviços Póstumos Ltda e Outros.

A insurgência esboçada pelo agravante, em primeiro plano, diz respeito ao tópico do decisum que acolheu a prejudicial de prescrição, fundamentado nos seguintes termos:

### PRESCRIÇÃO

Diante das circunstâncias peculiares que o caso revela, necessário cindir os fatos oriundos da transferência das quotas da empresa PAX Nacional em duas situações, eis que, a venda ocorrida em 1988 a que se refere a inicial e que resultou nos demais fatos subsequentes alegados pelo autor, se deu da seguinte forma: 50% do patrimônio foi adquirido por Stefani de Carvalho e os outros 50% restantes pela ré Nilma Ribeiro Cardoso, sendo que cada uma das hipóteses deve ser analisada separadamente.

#### 4.1) Quanto à transferência a Stefani de Carvalho

Acolho a preliminar de prescrição argüida pelos réus no que se refere à pretensão do autor relativa à anulação da transferência de 50% da PAX Nacional a Stefani de Carvalho.

[...]

No caso em análise, extrai-se da inicial, f. 05, que a parte autora sustenta que em 6.5.88 seus pais transferiram suas quotas da empresa PAX Nacional a uma de suas irmãs Nilma Ribeiro Cardoso e à pessoa de Stefani de Carvalho, ficando cada um desses com 50% das quotas societárias, acrescentando a parte autora que a pessoa de Stefani de Carvalho somente compareceu no contrato social, simuladamente, posto que jamais figurou como sócio da empresa.(grifei)



A tese defendida pela parte autora é a de que a transferência da empresa PAX Nacional a uma de suas irmãs se deu sem a sua anuência e que os 50% que se referiram a Stefani de Carvalho foi realizado de forma que, posteriormente, pudesse integrar o patrimônio de Nilma Ribeiro Cardoso.

Ocorre que a anulação da compra e venda feita por ascendente a descendente sem que haja eventual anuência por parte dos demais descendentes, quando realizada por interposta pessoa, no caso Stefani de Carvalho, configuraria simulação, cujo prazo prescricional é de 4 anos a contar do dia em que se realizou o ato ou o contrato, segundo norma disposta no artigo 178, § 9º, inciso V, alínea 'b' do Código Civil de 1916, vigente à época do fato.

Sendo assim, conforme documento de f. 36-38, a transferência a que o autor pretende anular referente aos 50% relativo a Stefani de Carvalho se deu em 06 de maio de 1988, tendo prescrita, portando, sua pretensão no ano de 1992.

Ante o exposto, acolho a preliminar argüida pela ré, devendo o feito prosseguir-se apenas com relação à transferência dos 50% da empresa PAX NACIONAL à ré Nilma Ribeiro Cardoso.

Fazendo um breve retrospecto dos fatos para uma melhor compreensão da controvérsia instaurada, extrai-se que em 31 de julho de 1981, Mário Pereira Cardoso (pai do autor) e Neudes Ribeiro Cardoso (irmão do autor) constituíram a empresa PAX Nacional Serviços Póstumos Ltda, sendo que em 4 de agosto de 1986, retirou-se da sociedade Neudes Ribeiro Cardoso e foi admitida Leonor Ribeiro Cardoso (mãe do autor).

Posteriormente (06 de maio de 1988), os sócios Mário Pereira Cardoso e Leonor Ribeiro Cardoso transferiram suas quotas para Stefani de Carvalho e Nilma Ribeiro Cardoso (irmã do autor), na proporção de 50% para cada um, respectivamente.

Por intermédio da 3ª alteração contratual ocorrida em 7 de agosto de 1990, Leonor Ribeiro Cardoso retornou à sociedade, retirando-se dela Stefani de Carvalho, ficando o capital social distribuído na proporção de 380.000 quotas para Nilma Ribeiro Cardoso e 20.000 quotas para a sócia readmitida.

Depois, em alteração contratual datada de 03 de outubro de 1995, aumentou-se o capital social da empresa e Leonor Ribeiro Cardoso transferiu suas quotas para sua neta Alessandra Ribeiro Fernandes, ficando o capital social distribuído no montante de 7.857 quotas para Nilma Ribeiro Cardoso e 413 quotas para a sócia admitida.

Em 28 de abril de 1997, Nilma Ribeiro Cardoso doou, como antecipação de legítima, parte das quotas que possuía aos filhos Carlos Augusto Ribeiro Fernandes, Rafael Ribeiro Fernandes e Alessandra Ribeiro Fernandes, sobejando-lhe apenas 62 quotas, que, em 18 de dezembro de 1997, foram transferidas para a filha Alessandra.

Inicialmente, argumenta o agravante que apesar da alienação das quotas ter sido feita em um primeiro momento a terceiro (Stefani de Carvalho), elas retornaram ao patrimônio da mãe do autor (Leonor Ribeiro Cardoso) por intermédio da 3ª alteração contratual, não havendo falar em venda por "interposta pessoa".

A meu sentir, razão não socorre ao autor, pois se ele objetiva invalidar a transferência das quotas da empresa Pax Nacional Serviços Póstumos Ltda, deve-se levar em consideração, no que tange a 50% delas, o fato gerador da suposta simulação, ou seja, o negócio jurídico ocorrido em 1988 e que resultou nos demais fatos subseqüentes alegados.

Ainda que por intermédio da alteração contratual ocorrida em 07 de agosto de 1990 tenha havido transferência das quotas de Stefani de Carvalho para a mãe do autor, a distribuição do capital no que tange a esta foi bastante pequena, já que a ela foram repassadas 20.000 quotas, ao passo que Nilma Ribeiro Cardoso ficou com 380.000 quotas, ou seja, 95% do capital social.

Assim, apesar de o agravante sustentar que almeja na verdade a nulidade do negócio, e não a sua anulação, o fato é que existindo interposta pessoa entre a venda do ascendente e a compra pelo descendente, a eventual desconstituição do negócio passa pelo crivo de sua simulação.

A respeito do assunto, leciona Carvalho Santos o seguinte:

Quando a venda é feita por interposta pessoa, não ha duvida que não se trata de um acto nullo, mas apenas annullavel, por ser simulado, sendo a nullidade relativa, no sentido de poder somente ser allegada pelos descendentes prejudicados (J. M. Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, ed. Freitas Bastos, 2ª edição, vol. 16, 1938, p. 64).

Também sobre o tema, anota o Prof. Roberto Rosas que:

O STF firmou a sua jurisprudência, considerando nula a venda de ascendente a descendente sem o consentimento expresso dos demais descendentes, desde que esta venda se realize diretamente, e anulável se realizada indiretamente, com interposta pessoa. Será nula a venda realizada diretamente sem o consentimento expresso dos demais descendentes, pois, desta maneira, o ato não se reveste de forma prescrita em lei (art. 145, III). Realizada indiretamente, a venda será anulável, pois haverá simulação, causa que provoca a anulabilidade do ato (art. 147, II). (RE n. 51.523, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 39/655) (Direito sumular, 7. Ed., p. 214).

Diante de tais fundamentos, ou seja, partindo da premissa de que a venda de bem de ascendente a descendente, por via de interposta pessoa, é ato anulável e não nulo, por ser necessária a prova da simulação no contrato de compra e venda celebrado entre o ascendente e o terceiro, é de se aplicar a prescrição de quatro anos a que fazia alusão o então art. 178, alínea “b”, inciso “V”, §9º, do Código Civil de 1916.

Neste sentido, diverso não é o entendimento da jurisprudência:

VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE POR INTERPOSTA PESSOA. ATO JURÍDICO ANULÁVEL. PRESCRIÇÃO DE QUATRO ANOS, NA FORMA DO ART. 178, § 9º, V, “B”, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. PRECEDENTES DA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A anulação da venda de ascendente para descendente por interposta pessoa, sob o regime do Código Civil anterior, prescreve em quatro anos. [...]. 2. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp n. 771736/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 15.05.06, p. 212).

APELAÇÃO CÍVEL. VENDA DE ASCENDENTE A DESCEDENTE. ART. 1.132 DO CCB. INTERVENIÊNCIA DE INTERPOSTA PESSOA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 494 DO STF. Inaplicável a Súmula 494 do STF (prazo vintenário) aos casos em que se pleiteia a desconstituição de venda de ascendente a descendente, quando esta se tenha dado por interpostas pessoas. E tal fato decorre da ínsita alegação de simulação. Neste caso, remete-se ao art. 178, alínea “b”, inciso “V”, § 9.º, do CCB, cujo qual prevê o prazo prescricional de quatro anos. Agravo retido provido, prejudicada a apelação (TJRS, AC n. 70001769322, Décima Nona Câmara Cível, Rel. Guinther Spode, julgado em 29.5.01).

Quanto ao início da contagem do prazo prescricional, não obstante reconheça a existência de corrente jurisprudencial no sentido de que tal conta-se da abertura da sucessão, ousou divergir deste posicionamento por considerar que os descendentes poderão ajuizar a ação visando a desconstituição do negócio simulado para burlar os ditames do art. 1.132 do Código Civil de 1916 logo após realizado o ato ou contrato.

A este respeito, ensina Pontes de Miranda que:

[...] descendente tem a ação de nulidade, com base no art. 1.132 do Código Civil (art. 1.164, II), quer após a morte do ascendente que violou a regra jurídica, quer antes. [...] A asseveração de que a ação de nulidade, com base no art. 1.132 ou no art. 1.164, II, só se pode propor (ou só nasce) após a morte do ascendente, é, pois, errada [...] (Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XXXIX, 3ª ed., Borsoi, 1972, p. 86).

Aliás, a conclusão que por ora se faz é corroborada pela dicção da alínea “b” do inciso “V” do §9º do art. 178 do Código Civil de 1916, segundo o qual o prazo prescricional de quatro anos começará a fluir a partir do “dia em que se realizar o ato ou o contrato”.

Nesta seara, trago à colação arestos do Supremo Tribunal Federal e do então Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, respectivamente:

VENDA FEITA POR ASCENDENTE A UM DESCENDENTE, SEM CONSENTIMENTO DOS DE MAIS - A ação anulatória da venda pode ser proposta, quando ainda vivo o ascendente (art. 1.132 do Código Civil e RE n. 59.417, RTJ-52/829). Recurso de que se conhece, por divergência com a súmula n. 494, e a que se dá provimento, para que, afastada a carência decretada, prossiga o julgamento das apelações” (STJ, REsp n. 115.105, PB, Primeira Turma, Rel. Min. Octávio Gallotti - DJU 3.6.88).

AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. ALIENAÇÃO REALIZADA POR INTERPOSTA PESSOA. SIMULAÇÃO. ATO ANULÁVEL. PRESCRIÇÃO. 4 ANOS. A venda de bens de ascendente a descendente, quando levada a efeito através de interposta pessoa, é ato anulável e não nulo. Existindo interposta pessoa entre a venda do ascendente e a compra pelo descendente, a eventual desconstituição do negócio passa pela análise de sua simulação, incidindo sobre a respectiva ação o prazo prescricional ordinário previsto no art. 178, § 9º, V, “b” do Código Civil, de 4 (quatro) anos. O prazo de prescrição inicia-se da data da celebração do negócio que se pretende invalidar (TAMG, AC n. 378.613-6, Quarta Câmara Cível, Rel. Juiz Domingos Coelho, julgado em 2.4.03). (grifo não original).

De bom alvitre ressaltar que o acolhimento da tese recursal de que a prescrição ainda não ocorreu porque somente teria início com a abertura da sucessão importaria em reconhecer a carência do autor para litigar, eis que os seus ascendentes ainda estão vivos.

Portanto, percebe-se inarredavelmente que a pretensão autoral está parcialmente prescrita como reconhecido na bem lançada decisão agravada, já que os negócios celebrados por intermédio de interpostas pessoas datam de 1988 e 1990.

Outro ponto objeto de insurgência pelo agravante diz respeito à determinação de entrega ao subscritor da peça de impugnação apresentada à contestação, ante a sua intempestividade.

Neste aspecto, a decisão recorrida encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

Com relação à petição de f. 2.975 da parte autora, tenho que a impugnação à contestação apresentada e que se encontra na contra-capa dos autos deve ser entregue ao seu subscritor, no prazo de 5 (cinco) dias, eis que a norma relativa à remessa de petição por correio utilizada como fundamento à f. 2.976 refere-se à remessa e apresentação dos feitos no Tribunal de Justiça e não perante a primeira instância, conforme artigos 307 e seguintes do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, portanto, dela não conheço.

De fato, não se equivocou a magistrada *a quo* ao preconizar que o disposto no art. 306 do Regimento Interno tão-somente tem sua aplicação restrita aos feitos remetidos ao Tribunal e que pelas leis processuais admitam o envio por intermédio do correio, bem como a data da postagem como critério para aferição da tempestividade, a exemplo do recurso de agravo de instrumento (art. 525, §2º, do CPC).

Com efeito, ante a inexistência de disposição expressa em sentido contrário, deve prevalecer o entendimento jurisprudencial firmado para que a data da verificação da tempestividade é à do protocolo na secretaria e não a data em que postado o documento na empresa brasileira de correios e telégrafos.

A propósito, valho-me, por analogia, dos seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – INTERPOSIÇÃO DO RECURSO POR CORREIO ELETRÔNICO – PETIÇÃO ORIGINAL PROTOCOLADA APÓS O PRAZO – INTEMPESTIVIDADE – AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGOU PROVIMENTO – 1- A jurisprudência deste supremo tribunal federal firmou-se no sentido de que a data para verificação da tempestividade do recurso é a de protocolo na secretaria deste tribunal e não a data em que postado na empresa brasileira de correios e telégrafos. Ect. Precedentes (STF, AgRg Edcl RE n. 456.556-1, Relª Minª. Cármen Lúcia, DJ 4.4.08, p. 95).

PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL – AFERIÇÃO DO PRAZO RECURSAL – DATA DO PROTOCOLO PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM – APLICAÇÃO DA SÚMULA 216/STJ – 1. A data da postagem do Recurso Especial pelo correio é inapta à aferição de sua tempestividade. O critério prevalente é a data em que for comprovado o ingresso da petição na secretaria do tribunal de origem. 2. A tempestividade do recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria, e não pela data da entrega na agência do correio (Súmula 216/STJ). 3. Agravo regimental não provido (STJ, AGA n. 200702244913 – (951748), SC, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU 18.12.07, p. 00263).

Feitas essas considerações, é de se concluir que a postagem no correio, ainda que efetivada dentro do prazo estabelecido por lei, não tem eficácia alguma, pois não substitui o protocolo.

Em face do exposto, conheço do presente recurso e a ele nego provimento.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Agravo n. 2008.031595-0 - Iguatemi**  
**Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves**

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – VALOR DEPOSITADO EM CADERNETA DE POUPANÇA – BLOQUEIO DE MONTANTE INFERIOR A 40 (QUARENTA) SALÁRIOS-MÍNIMOS – IMPOSSIBILIDADE – ART. 649, X, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO PROVIDO.

A norma inserta no art. 649, X, do Código de Processo Civil, é taxativa ao estabelecer a impenhorabilidade das quantias depositadas em cadernetas de poupanças até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos, independentemente da natureza do crédito depositado.

Comprovada a realização de bloqueio de saldo inferior a 40 (quarenta) salários-mínimos existente em conta poupança, a liberação da constrição judicial é medida que se impõe.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2009.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Sérgio Dallarosa interpõe agravo de instrumento contra a decisão que, em ação de execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, indeferiu o pedido de desbloqueio e conseqüente liberação dos depósitos existentes em conta-poupança de sua titularidade.

Sustenta o recorrente, em suas razões recursais, que o art. 649, X, do Código de Processo Civil, prevê com meridiana clareza e sem exceções a impenhorabilidade absoluta de quantias depositadas em cadernetas de poupança até o limite de 40 salários-mínimos. Pugna, portanto, pelo conhecimento e provimento do recurso para que seja reformada a decisão agravada para declarar impenhorável o valor de R\$ 10.802,63 (dez mil, oitocentos e dois reais e sessenta e três centavos), determinando, conseqüentemente, o desbloqueio de tal numerário na conta-poupança n. 213.670-8.

O agravo foi recebido no efeito devolutivo (f. 307).

O agravado, intimado, contraminutou o recurso às f. 313/326, sendo que, às f. 347-348, foram prestadas informações pelo juiz prolator da decisão recorrida.

**VOTO**

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

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Sérgio Dallarosa contra a decisão proferida nos autos da execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, fundamentada nos seguintes termos:

Os pedidos de fls. 122 e 280 devem ser indeferidos, uma vez que ao contrário do alegado pelo executado, não foi efetivada qualquer penhora nos autos de execução de n. 035.07.000216-3, estando os embargos, portanto, suspensos até futura garantia do Juízo.

E mais, a alegada impenhorabilidade de valores até 40 salários mínimos depositados em conta poupança, também não prospera, já que a finalidade do mandamento contido no art. 649, X, do CPC, é, segundo nos ensina Araken de Assis (*in* Manual da Execução, São Paulo, RT, 2007, p. 225), ‘a de proteger a população de baixa renda’, e, pelo que se infere do caso em epígrafe, não se amolda ao executado Sergio Dallarosa, mormente se considerado suas declarações junto à Secretaria da Receita Federal, como aquela, verbia gratia, que doou para seu genro (Andre A. Angeli) o valor de R\$ 30.000,00 fls. 107, dos autos 035.07.000216-3). Será que uma pessoa tida como de baixa renda faria tal doação Dúvida não paira em responder que não!

Dito isto, estou convencido de que no presente caso não há que se falar em impenhorabilidade ou desbloqueio de valores, muito menos em suspensão de novas constrições.

Ante o exposto, indefiro os pedidos de fls. 122 e 280 (f. 292).

Cinge-se o mérito do presente recurso à possibilidade ou não da constrição judicial recair sobre montante inferior a 40 salários mínimos depositados em conta-poupança do executado.

Como é cediço, o inc. X do art. 649, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.382/2006, tornou absolutamente impenhorável a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos.

Segundo exegese doutrinária, a norma “*contempla hipótese de impenhorabilidade absoluta. Até o limite fixado, o dinheiro se mostra impenhorável, seja qual for a natureza do crédito*” (ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 225).

*In casu*, o documento acostado às f. 131 não enseja dúvida de que a conta bancária de nº “213.670-8”, sobre a qual recaiu o bloqueio do montante de R\$ 10.802,63 (dez mil, oitocentos e dois reais e sessenta e três centavos), possui natureza de caderneta de poupança.

Dessa forma, não se pode ignorar que a hipótese dos autos adapta-se perfeitamente à regra do aludido art. 649, X, do Código de Processo Civil, devendo ser, portanto, desbloqueada a importância depositada na conta-poupança de titularidade do executado, ora agravante.

A propósito da norma processual em exame, assim já decidiram os tribunais pátrios:



TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IMPENHORABILIDADE. CRÉDITO. CADERNETA DE POUPANÇA. LIMITE. COMPREENSÃO. Segundo resulta do art. 649, X, do CPC (com a redação conferida pela Lei n. 11.382/2006), revela-se absolutamente impenhorável o crédito inferior a 40 salários-mínimos depositado em caderneta de poupança. AGRADO PROVIDO” (TJRS, Ag n 70025565987, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relª Mara Larsen Chechi, Julgado em 25.9.08).

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA ON LINE. CADERNETA DE POUPANÇA. VALOR SUPERIOR A 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO. ART. 649, X DO CPC. A teor do disposto no inciso X do artigo 649 do CPC, são absolutamente impenhoráveis os valores até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos depositados em caderneta de poupança, o que exceder, é passível de penhora (TJDFT, n. 20070111127977APC, Segunda Turma Cível, Relª. Desª. Carmelita Brasil, julgado em 0.12.08, DJ 15.12.08, p. 60).

“EMBARGOS À EXECUÇÃO - PENHORA - POUPANÇA - QUANTIA INFERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS - IMPENHORABILIDADE - INOVAÇÃO DA LEI 11.382/2006 - SALDO ORIUNDO DO RECEBIMENTO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA - IMPENHORABILIDADE - ART. 649, IV DO CPC. É absolutamente impenhorável a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, nos termos do artigo 649, inciso X, do CPC. O saldo em conta corrente proveniente de salário é impenhorável, a teor do que dispõe o art. 649, IV, do CPC” (TJMG, AC n. 1.0024.07.504132-7/001, Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Antônio de Pádua, julgado em 21.2.08).

Em face do exposto, dou provimento ao presente recurso para declarar a impenhorabilidade da quantia de R\$ 10.802,63 (dez mil, oitocentos e dois reais e sessenta e três centavos), existente na conta-poupança n. 213.670-8, e, via de consequência, determinar o desbloqueio desse valor.

## 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. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Agravo n. 2008.035652-3 - Campo Grande**  
**Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO PROLATADA EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO – NÃO OBRIGATORIEDADE DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO RETIDO – ART. 523, §3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO AFASTADA – INTERESSE RECURSAL – RECURSO INTERPOSTO PELO RÉU – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO FUNDADO NA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – PREFACIAL REJEITADA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – DUPLICATA - ENDOSSO-MANDATO - LEGITIMIDADE AD CAUSAM PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – RECURSO PROVIDO.

O art. 523, §3º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.187, de 19.10.05, tornou obrigatória a forma retida de interposição do agravo contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, não fazendo nenhuma menção à audiência de conciliação.

Evidenciando-se o interesse recursal da agravante, deve ser rejeitada preliminar de ausência de interesse recursal suscitada pelo agravado.

A instituição financeira que, na qualidade de endossatário-mandatário, envia duplicata para protesto, tem legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de março de 2009.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Videolar S.A. interpõe agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo Juiz da 3ª Vara Cível de Campo Grande que, nos autos da ação de reparação de dano material e moral que lhe move RD Vídeo Locadora Ltda., acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Banco Bradesco S.A.

Sustenta a recorrente, em suas razões recursais, que o suposto dano material e moral foram ocasionados pelo fato do sacado não ter sido avisado do envio a protesto do título, uma vez que o banco informou de maneira errônea o seu endereço. Acrescenta que é dever da instituição financeira, por ser ela a portadora do título,

informar ao favorecido (credor) os valores recebidos, portanto, quem age assumindo os riscos do negócio não pode se eximir da responsabilidade advinda dos atos por ele praticados. Ainda, diz que por ter agido de acordo com seus procedimentos sem atentar aos fatos e às necessidades da agravante, o banco agravado assumiu os riscos do negócio, descaracterizando, até mesmo, a prestação de serviços contratada. Também, alega que o agravado, além de ter recebido título já enviado a protesto, ao protestá-lo não informou o endereço correto do sacado.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar a decisão agravada a fim de que seja mantido o Banco Bradesco S.A. no polo passivo da demanda.

O agravo foi recebido no efeito suspensivo (f. 186-188).

Intimado, o agravado Banco Bradesco S.A. apresentou contraminuta às f. 191-214, alegando, preliminarmente, o não conhecimento do recurso por falta de previsão legal e a ausência de interesse recursal da agravante. No mérito, bate-se pela manutenção da decisão agravada.

O agravado RD Vídeo Locadora Ltda. não contraminutou o recurso.

Solicitadas informações ao juiz prolator da decisão recorrida, foram elas prestadas às f. 216-218.

## VOTO

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

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Videolar S.A. contra a decisão proferida pelo Juiz da 3ª Vara Cível de Campo Grande que, nos autos da ação de reparação de dano material e moral que lhe move RD Vídeo Locadora Ltda, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Banco Bradesco S.A.

Preliminares:

Suscita o agravado preliminar de não conhecimento do presente agravo de instrumento, sob o fundamento de que a decisão agravada foi proferida em audiência, devendo, no caso, ser manejado apenas agravo retido, nos termos do art. 523, §3º, do Código de Processo Civil.

O art. 523, §3º, do Código de Processo Civil, dispõe que:

Art. 523 – [...]

[...]

§ 3º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

Assim, verifica-se que com a nova redação dada ao mencionado dispositivo pela Lei n. 11.187, de 19.10.05, tornou-se obrigatória a forma retida de interposição do agravo contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, não fazendo nenhuma menção à audiência de conciliação.

A propósito do tema leciona o Prof. Carreira Alvim:

O novo §3º do art. 523 restringiu ainda mais a possibilidade de agravo retido, porquanto, anteriormente, todas as decisões interlocutórias proferidas em audiências - qualquer audiência, preliminar, de conciliação etc. - admitiam a interposição oral do agravo retido, agora, apenas as proferidas na audiência de instrução e julgamento estarão sujeitas à interposição pela forma oral. (Atualidades Nacionais, Agravo Retido e Agravo de Instrumento - Nova Mini-reforma do Código de Processo Civil, Revista de Processo, 130, p. 89/90).

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. FAMÍLIA REVISIONAL DE ALIMENTOS - DECISÃO PROLATADA EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - AGRAVO RETIDO - DESCABIMENTO - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO BANCO CENTRAL - POSSIBILIDADE - A decisão interlocutória proferida em audiência de conciliação expõe-se, também, a agravo de instrumento. [...]. (TJMG, Ag n. 1.0024.06.239240-2/001, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, julgado em 28.8.07).

Desse modo, não merece acolhida a preliminar levantada pelo agravado, uma vez que a decisão que desafiou o agravo de instrumento interposto foi proferida em audiência de conciliação, e não de instrução e julgamento.

Igualmente, vislumbro que deve ser rejeitada a prefacial levantada de ausência de interesse recursal sob o argumento de que a agravante é ré na demanda, cabendo a ela tão-somente a defesa dos fatos que lhe são imputados, não podendo buscar a constituição de direitos perante outro réu.

Acerca do assunto, ensina a doutrina que:

Afere-se, pois, o interesse em recorrer diante do possível resultado de seu recurso, isto é, se este é virtualmente capaz de conduzir o recorrente a uma situação, no plano do direito material ou apenas do processo, melhor do que aquela em que se encontra diante da decisão impugnada. (Manual dos Recursos Cíveis, Nelson Luiz Pinto, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 65).

Ora, na espécie, tratando-se de pleito fundado na condenação solidária dos réus ao ressarcimento de lucros cessantes e danos morais, a manutenção ou não do agravado Banco Bradesco S.A. no pólo passivo da lide deve sim ser tida como uma condição vantajosa para o agravante, mormente na hipótese de uma eventual procedência do pedido autoral.

Evidente, pois, o interesse em recorrer.

Mérito:

Inicialmente, é de bom alvitre ressaltar que não se está julgando o mérito da ação, apreciando a responsabilidade do banco agravado pelo envio do título a protesto, mas apenas e tão-somente uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade passiva.

A legitimidade para a causa, como cediço, consiste na qualidade da parte de demandar e ser demandada, ou seja, de estar em juízo. Sobre o tema doutrina Cândido Rangel Dinamarco, *in* Instituições de Direito Processual civil, 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, vol. II, p. 306:

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 da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa.

*In casu*, não obstante tratar-se a hipótese de endosso-mandato, segundo o qual ocorre quando é entregue à instituição financeira o título cambiário para simples cobrança, sem transferência do crédito ao endossatário, o fato é que o entendimento pacificado perante o Superior Tribunal de Justiça é o do que na ação de indenização devem figurar no pólo passivo tanto a empresa emitente da cártula como o banco que enviou o título a protesto.

A este respeito, trago à colação os seguintes arestos:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DUPLICATA. PROTESTO DE TÍTULO PAGO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DANOS MORAIS. VALOR. ALTERAÇÃO. I - A instituição financeira que desconta duplicata e a leva a protesto por falta de aceite ou de pagamento está legitimada passivamente à ação do sacado. Precedentes do STJ. [...]. Agravo improvido. (STJ, AgRg no Ag n. 585849/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ 7.3.05, p. 243).

DUPLICATA – PROTESTO – MANUTENÇÃO – ENDOSSO-MANDATO – DANO MORAL – LEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA AD CAUSAM DOS BANCOS ENDOSSATÁRIOS – No endosso-mandato, só responde o endossatário pelo protesto e pela sua manutenção quando o fez, a despeito de advertido da irregularidade havida, seja pela falta de higidez, seja pelo seu devido pagamento. – Hipótese em que os bancos endossatários não foram comunicados a respeito do pagamento dos títulos diretamente à sacadora endossante. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ, Resp n. 576174/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU 19.12.05, p. 00415).

Na mesma linha de raciocínio já decidiu esta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINARES – LEGITIMIDADE PASSIVA – BANCO – ENDOSSO-MANDATO – PARTE LEGÍTIMA – [...]. O banco endossatário que, na qualidade de mandatário responsável pela cobrança de duplicata, promove o seu protesto tem legitimidade passiva para ação de indenização. [...]. (TJMS, AC Ordinário n. 2002.006114-0/0000-00, Segunda Turma Cível, Naviraí, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 12.6.07).

Com efeito, patente é a legitimidade do agravado para figurar no pólo passivo da presente ação.

Em face do exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para reformar a decisão agravada mantendo o Banco Bradesco S.A. no pólo passivo da ação.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITAMOS A PRELIMINAR, NO MÉRITO, DERAMOS PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 3 de março de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.012859-1 - Campo Grande**  
**Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. Josué de Oliveira**

E M E N T A – REEXAME DE SENTENÇA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – FRANCHISING – PREVISÃO EM LEI MUNICIPAL DE COBRANÇA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS RELATIVOS ÀS ATIVIDADES REALIZADAS PELA FRANQUEADORA – ALEGADO CONFLITO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SOBRESTAMENTO DO RECURSO PARA EXAME DA QUESTÃO PELO ÓRGÃO ESPECIAL.

Porquanto a questão posta no conflito versar sobre dispositivo de lei ou norma municipal tida como violadora da Carta Magna, o recurso, cujo exame é feito por órgão fracionário do tribunal, deve ficar sobrestado até receber solução do Órgão Especial, competente para dirimir a ocorrência ou não de inconstitucionalidade.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar argüida e, no mérito, sobrestar os autos e determinar sua remessa ao Órgão Especial para análise da constitucionalidade da Lei Complementar n. 59/2003 do Município de Campo Grande, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de novembro de 2008.

Des. Josué de Oliveira – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Josué de Oliveira

A Juíza titular da 3ª vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande submete ao reexame desta Corte a sentença proferida nos autos da ação de mandado de segurança impetrado pela empresa Concentro Marcas Ltda., apontando como autoridade coatora o Secretário de Planejamento e Finanças da Prefeitura Municipal de Campo Grande.

A decisão posta para reexame consiste na concessão da ordem que proíbe a autoridade impetrada de exigir o pagamento do imposto sobre serviços relativos aos contratos de franquia firmados pela requerente com seus clientes, bem assim de aplicar medidas coercitivas contra ela e respectivos franqueados, em razão da não-retenção, recolhimento do tributo e obrigações acessórias.

A seu turno, o Município de Campo Grande interpõe recurso, pelos seguintes fundamentos:

a) Não existindo ato algum praticado pela autoridade tida por coatora, a segurança foi impetrada contra lei em tese, tão-somente pelo fato de se ter lei que prevê a tributação dos serviços de franquia;



b) Ao proibir a incidência do tributo sob comento às atividades da recorrida, a sentença negou vigência ao artigo 1º da Lei Complementar n. 116, de 31.7.2003, item 17.08 da lista de serviços, dispositivo legal este que lhe assegura o direito de tributar as empresas franqueadoras;

c) De igual forma, a decisão afronta o disposto no artigo 1º da Lei n. 1.533/51 (Lei do Mandado de Segurança), porque na espécie o direito líquido invocado pela requerente se refere apenas a uma suposta inconstitucionalidade de norma contida na Lei Complementar n. 116/2003, circunstância não declarada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo duvidoso o pleito reclamado.

Requer o provimento do apelo para que possa exercer do direito de tributar os serviços de franquia.

Não houve apresentação de contra razões por parte da recorrida.

A Procuradoria de Justiça defende a manutenção da sentença.

### **VOTO (7.10.2008)**

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

A empresa Concentro Marcas Ltda. impetrou mandado de segurança preventivo, apontando como autoridade coatora o Secretário de Planejamento e Finanças do município de Campo Grande, por receio de sofrer iminente ameaça de ser tributado como contribuinte do Imposto sobre Serviços, pelo exercício da atividade de franqueadora, uma vez que assim prevê a Lei Complementar municipal n. 59, de 2003.

Para tanto, pediu a concessão da ordem para declarar de modo incidental a inconstitucionalidade do item 17.08 da lista anexa à Lei Complementar n. 116/03 e o correspondente item 17.07 da lista anexa à Lei complementar municipal n. 59/03, por ofenderem os artigos 154, I, e 156, III, da Constituição Federal.

Após regular processamento sobreveio a sentença concessiva da segurança, ficando assinalado no ato decisório que “[...] a declaração de inconstitucionalidade das leis não é a finalidade do pedido, mas um requisito para que seja reconhecido o direito da impetrante, afastando a incidência do ISS sobre suas atividades de franquia”.

Analisa-se em conjunto o reexame necessário da sentença e a apelação voluntária interposta pelo município de Campo Grande.

a) impetração da segurança contra lei em tese

Esta prejudicial deve ser afastada porque claramente a impetrante pede na petição inicial que: “c)[...] seja este mandado de segurança julgado totalmente procedente, confirmando-se a liminar anteriormente concedida, reconhecendo-se incidentalmente a inconstitucionalidade do item 17.08 da Lista anexa à Lei Complementar n. 116/03, bem como do item 17.07 da Lista anexa à Lei Complementar Municipal n. 59/03, por ofensa aos artigos 156, inciso III e 154, inciso I, da Constituição Federal de 1988, e a decorrente inexigibilidade do ISS incidente sobre o franqueamento pela impetrante...”.

Considerando que efetivamente os diplomas mencionados (Lei Complementar Federal n. 116/2003 e Lei Complementar Municipal n. 59/2003) contêm previsão de incidência do Imposto sobre serviços de qualquer natureza para as atividades de franquia, tem-se que se trata de normas de efeito concreto, porque ao cumprimento de tais dispositivos estão sujeitos os administradores, sob pena de serem responsabilizados por omissão.

Neste rumo o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Mandado de segurança preventivo - Autoridade coatora: caracterização - Mandado de segurança - Caráter preventivo - Autoridade coatora.

O decreto ou a lei instituidores de tributos que o contribuinte considere inexigível constituem ameaça suficiente para a impetração de mandando de segurança preventivo, na medida em que devem ser obrigatoriamente aplicados pela autoridade fazendária (CTN, art. 142, parágrafo único; autoridade coatora, nesses casos, não é, todavia, quem editou o ato normativo, e sim aquela que tem o dever funcional de responder pelo seu cumprimento - sob pena de se utilizar o writ para atacar o decreto ou a lei em tese.

Recurso ordinário não provido. (ROMS n. 9.709, MT, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 6.4.99).

Referida orientação ainda prevalece, conforme outros precedentes da mesma Corte citados pela impetrante na inicial da segurança.

De modo que efetivamente a medida pleiteada é adequada ao objetivo pretendido.

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

Afasto a preliminar.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL, APÓS O RELATOR E O REVISOR REJEITAREM A PRELIMINAR ARGUIDA.

### **VOTO (14.10.2008)**

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Vogal)

De acordo com o relator.

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR ARGUIDA, NO MÉRITO, A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO FICOU ADIADA EM FACE DAS FÉRIAS DO REVISOR E RELATOR.

### **VOTO (25.11.2008)**

O Sr. Des. Josué de Oliveira

b) mérito

No tocante à concessão da segurança, não é possível escapar da apreciação de inconstitucionalidade dos dispositivos referidos na petição inicial (Lei Complementar Federal n. 116/03 e Lei Complementar Municipal n. 59/03), pois nela reside o cerne da questão versando sobre a alegada inexigibilidade da tributação do ISSQN sobre a atividade franqueadora exercida pela requerente.

Aliás, a impetrante instrui a inicial com cópias de pareceres elaborados por ilustres tributaristas (Paulo de Barros Carvalho e Aires F. Barreto), em cujas peças se pode ler:

[...] concludo que a Lei Complementar n 116/03, ao relacionar a franquia no item 17.08 da Lista de Serviços susceptíveis de tributação pelos Municípios, está em dissonância com importantes diretrizes do sistema jurídico brasileiro. O dispositivo apresenta vício de legalidade, por violar o art. 110 do Código Tributário Nacional, tendo em vista que define como serviço algo que não o é, alterando conceito de direito privado utilizado pelo contribuinte para delimitar o campo competencial dos entes políticos. E, o que é mais grave, viola o art. 156, III, da Carta Magna, afrontando a repartição constitucional das competências tributárias.” (tópico do parecer do Prof. Paulo de Barros Carvalho - f. 189).

“[...] os fiscos, de um modo geral tenderão a exigir ISS da franquia e de suas atividades-meio, calcados em singela e canhestra interpretação literal da Lei Complementar 116/03. Para eles, essa lei é, no feliz exemplo de Souto Borges, como o Rei Midas, que tudo o que tocava virava ouro. Na espécie, a Lei Complementar pretende que tudo o que for listado vire serviço. Nisso incorre em flagrante inconstitucionalidade.

[...]

1) A exigência de ISS sobre as prestações decorrentes dos contratos de franquia não encontra respaldo no art. 156, inciso III, da Constituição da República e Decreto-Lei n. 406/68, com as alterações perpetradas pela Lei Complementar n. 56/87).- trecho do parecer do Consultor Tributário Aires F. Barreto - f. 250).

Mesmo que se afirme, como o fez a sentença, que “os dispositivos legais questionados que tributam a atividade de franquia violam o art. 110 do CTN, alterando e expandindo o alcance do conceito de serviço, para incluir a franquia...”, tem-se que referidas normas são conflitantes com o disposto no artigo 156, inciso III, da Constituição Federal.

A essa conclusão chegou o Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o REsp. n. 885.530, do Rio de Janeiro, julgado em 12.8.08, deixando expreso na ementa que:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. FRANQUIA (FRANCHISING). NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA (PLEXO INDISSOCIÁVEL DE OBRIGAÇÕES DE DAR, DE FAZER E DE NÃO FAZER). PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONCEITO. PRESSUPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO QUE EXTRAVASA O ÂMBITO DE VIOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PARA INFIRMAR A PRÓPRIA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. O ISS na sua configuração constitucional incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna eclipsa *ad substantia obligatio in faciendo*, inconfundível com a denominada obrigação de dar.

2. Outrossim, a Constituição utiliza os conceitos de direito no seu sentido próprio, com que implícita a norma do artigo 110 do CTN, que interdita a alteração da categorização dos institutos.

3. Consectariamente, qualificar como serviço a atividade que não ostenta essa categoria jurídica implica em violação bifronte ao preceito constitucional, porquanto o texto maior a utiliza não só no sentido próprio, como também o faz para o fim de repartição tributária-constitucional (RE 116.121/SP).

[...]

14. A afirmação de inconstitucionalidade da inserção da franquia como serviço e a proposição recursal no sentido de que aquela incide em inequívoca inconstitucionalidade do Subitem 17.08, da relação anexa à Lei Complementar 116/2003, conjura a incompetência imediata do STJ para a análise de recurso que contenha essa antinomia como essência em face da repartição constitucional que fixa os lindes entre esta E. Corte e a Corte Suprema.

[...]

18. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 10, segundo a qual: 'Viola a cláusula de reserva de plenário (cf. art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.'

19. Recurso especial não conhecido.

Comungando dessa orientação – qual seja a de que as previsões de incidência do ISS nas atividades de franquia, na Lei Complementar Federal n. 116/03 e Lei Complementar Municipal n. 59/03, violam preceitos da Carta Magna –, e atento à advertência quanto à reserva de plenário, exposta na Súmula vinculante n. 10 do STF, entendo que o exame deste recurso deve ficar sobrestado até que a questão seja decidida pelo Órgão Especial, conforme estabelecido no art. 136, inciso I, alínea 'r', do Regimento Interno desta Corte.

Esta medida é adequada e necessária.

Adequada por que se trata de matéria a envolver lei municipal que se mostra incompatível com a Constituição Federal.

Porquanto não existe previsão de o interessado valer-se da ação direta de inconstitucionalidade, a questão deve receber solução pela via incidental, na forma como foi proposta pela recorrida, com possibilidade de chegar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal por meio de Recurso extraordinário, se for o caso.

O prof. Zeno Veloso ensina que:

A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, diante da Constituição Federal, só pode ser declarada no controle difuso, incidenter tantum, por qualquer órgão do Poder Judiciário, podendo a questão, neste caso, chegar ao STF através de recurso extraordinário, por implicar um juízo, uma decisão a respeito de constitucionalidade, tendo como parâmetro a própria Constituição Federal, cuja guarda, precipuamente, cabe ao Excelso Pretório (CF, art. 102, III, a e c). (Controle Jurisdicional de Constitucionalidade, editora Del Rey, 3ª edição 2003, p. 353-354.)

Por outro lado, a medida é também necessária para ser obedecida a regra contida no artigo 97 da Constituição Federal, segundo a qual somente mediante a reserva de plenário os tribunais poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Ante o exposto, voto para que seja sobrestado o exame do recurso, submetendo a questão ao Órgão Especial desta Corte, competente para, se for o caso, declarar a inconstitucionalidade da Lei complementar n. 59/2003 do município de Campo Grande, na parte em que estabeleceu a cobrança do Imposto sobre Serviços nas atividades de franquias.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR ARGÜIDA E, NO MÉRITO, SOBRESTARAM OS AUTOS E DETERMINARAM SUA REMESSA AO ÓRGÃO ESPECIAL PARA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N. 59/2003 DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 25 de novembro de 2008.

\*\*\*

**Agravo Regimental em Agravo n. 2008.030411-5/0001-00 – Caarapó**  
**Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. Josué de Oliveira**

**E M E N T A** – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA – ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE – DEFERIDO O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA-EXECUTADA – DECISÃO DO JUÍZO DA 1ª VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DA COMARCA DE SÃO PAULO, SP, QUE DETERMINA A SUSPENSÃO DE TODAS AS AÇÕES OU EXECUÇÕES CONTRA A EMPRESA-DEVEDORA – ATO DO JUIZ DA 2ª VARA DE CAARAPÓ A DETERMINAR A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO, PELO PRAZO MÁXIMO DE 180 DIAS, COM BASE NO ARTIGO 6º DA LEI N. 11.101/05 – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA – DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA MANTIDA POR DECISÃO SINGULAR DO RELATOR – ATO REANALISADO – FALTA DE IMPUGNAÇÃO DE PARTE DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO-CONHECIDO.

Se a decisão que nega seguimento a agravo de instrumento contém vários fundamentos e a parte não impugna alguns deles, deixa-se de conhecer do regimental, em decorrência de afronta ao princípio da dialeticidade.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 2 de dezembro de 2008.

Des. Josué de Oliveira – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Moreno e Arrais Ltda., devidamente qualificada na Ação de Execução por Quantia Certa<sup>1</sup> movida contra Agrenco Bioenergia Indústria e Comércio de Óleos Biodiesel Ltda., apresenta agravo regimental em face da decisão por mim proferida, pela qual neguei seguimento, por manifesta inadmissibilidade (ofensa ao princípio da dialeticidade), manifesta improcedência e recurso em confronto com a jurisprudência dominante dos tribunais superiores<sup>2</sup>, ao agravo interposto em face do ato judicial de 1ª instância que determinou a suspensão da ação de execução, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, com base no artigo 6º da Lei Federal n. 11.101/05<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Proc. n. 031.08.001690-2.

<sup>2</sup> F. 235-241 TJ-MS.

<sup>3</sup> Decisão proferida em 22 de setembro de 2008, pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Caarapó, MS (f. 221 TJ-MS).

Em suma, reprisa os mesmos argumentos sustentados em suas razões recursais.

Requer o provimento deste regimental.

## VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

A decisão impugnada neste recurso interno contém as seguintes justificativas:

Antevejo óbices intransponíveis ao processamento deste recurso.

Em primeiro lugar, noto que as razões recursais estão dissociadas dos fundamentos da decisão impugnada, o que implica em ofensa ao princípio da dialeticidade.

No ato impugnado, o magistrado limitou-se a atender a determinação do Juízo da 1ª Vara de Falência e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, SP<sup>4</sup>, suspendendo a ação de execução com base no artigo 6º da Lei n. 11.101/05.

Em vez de combater os fundamentos do ato impugnado, a agravante limitou-se a discutir matérias estranhas ao decidido, referentes à propriedade da madeira para lenha que a Empresa-agravada se obrigou a lhe entregar, mediante acordo homologado em juízo, ofensa à direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, assim como a aplicação do princípio da razoabilidade.

Sendo assim, conclui-se que as razões do agravo estão totalmente divorciadas da motivação da decisão recorrida.

Esta conduta é repugnada pela norma processual civil, uma vez que o art. 524, II, do Código de Processo Civil, impõe como requisito da petição recursal a apresentação das razões do pedido de reforma da decisão.

Consoante a jurisprudência desta Corte,

‘Incumbe ao recorrente, em obediência ao princípio da dialeticidade, demonstrar as razões pelas quais entende que a decisão contra a qual se insurge é ilegal, injusta ou desacertada, sob pena de não-conhecimento do recurso.’ (Ag Rg em Ag n. 2003.001611-2/0001-00, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto, DJMS de 2.4.03, p. 8).

‘A apresentação de razões dissociadas da decisão impede o conhecimento do recurso.’ (Ag n. 47.573-8 Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins DJMS de 22.8.96, p. 2).

Este entendimento reflete a orientação jurisprudencial das instâncias superiores, consoante se percebe do seguinte aresto:

<sup>4</sup> Que decidiu, nos termos do artigo 52 da Lei n. 11.101/2005, deferir o processamento da recuperação judicial da Empresa-agravada e determinar a suspensão de todas as ações ou execuções movidas contra esta, na forma do artigo 6º da Lei n. 11.101/05.



‘Fadado ao insucesso fica o recurso que não rebate o fundamento da decisão recorrida.’ (AgRg na Med Cautelar n. 449-MS, publicada no DJU de 2.9.96, p. 31.081).

Ainda que se adentre pelo exame do mérito recursal, enfrentando a ofensa ao princípio da dialeticidade, os indícios existentes nos autos apontam para a manifesta improcedência do recurso.

O artigo 6º da Lei n. 11.101/2005 determina que:

‘Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.’ Grifei.

É entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, decretada a recuperação judicial, é de ser suspenso o andamento de qualquer ação ou execução contra a empresa-devedora, conforme se verifica dos arestos a seguir:

‘CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. PRAZO DE CENTO E OITENTA DIAS. USO DAS ÁREAS OBJETO DA REINTEGRAÇÃO PARA O ÊXITO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO.

1. O *caput* do art. 6º, da Lei n. 11.101/05 dispõe que ‘a decretação da falência ou deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário’. Por seu turno, o § 4º desse dispositivo estabelece que essa suspensão ‘em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação’.

2. Deve-se interpretar o art. 6º desse diploma legal de modo sistemático com seus demais preceitos, especialmente à luz do princípio da preservação da empresa, insculpido no artigo 47, que preconiza: ‘A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica’.

3. No caso, o destino do patrimônio da empresa-ré em processo de recuperação judicial não pode ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso daquele da Recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei n. 11.101/05, sob pena de violar o princípio da continuidade da empresa.

4. Precedentes: CC 90.075/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 4.8.08, CC 88661/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 3.6.08.

5. Conflito positivo de competência conhecido para declarar o Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo competente para decidir acerca das medidas que venham a atingir o patrimônio ou negócios jurídicos da Viação Aérea São Paulo - VASP? (CC n. 79.170/SP, Primeira Seção, Rel. Min. CASTRO MEIRA, julgado em 10.9.08, DJ 19.9.08).

‘CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S.A - VASP. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DAS EXECUÇÕES INDIVIDUAIS. NECESSIDADE.

1. O conflito de competência não pode ser estendido de modo a alcançar juízos perante os quais este não foi instaurado.

2. Aprovado o plano de recuperação judicial, os créditos serão satisfeitos de acordo com as condições ali estipuladas. Nesse contexto, mostra-se incabível o prosseguimento das execuções individuais. Precedente.

3. Conflito parcialmente conhecido para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo - SP? (CC 88.661/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 28. 5.08, DJE 3.6.08). Destaquei.

A norma e as jurisprudências mencionadas são claras e se amoldam perfeitamente ao caso concreto em análise.

Desta forma, vê-se que, por razões de ordem legal, a suspensão da ação de execução movida contra a empresa-executada é medida que se impõe.

Por qualquer ângulo que se examine o pleito da recorrente, não encontro respaldo para modificar o ato impugnado, o que ressalta a manifesta improcedência do recurso, que também está em confronto com a jurisprudência dominante dos tribunais superiores.

Assim sendo, tenho que a decisão recorrida não ofendeu nenhum dos dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais expostos ao questionamento.

À luz de tais subsídios, com fulcro no art. 557, 1ª, 2ª e 5ª figuras do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso.

P. Intimem-se. (f 235-241 TJ-MS).

Ao tomar conhecimento da súplica da agravante, tive oportunidade de novamente analisar as questões postas no agravo originário, mas não me convenci da necessidade de modificar a decisão.

Os motivos que me levaram a negar seguimento ao recurso foram:

- a) manifesta inadmissibilidade do recurso, em razão da ofensa ao princípio da dialeticidade;
- b) manifesta improcedência do pedido de seguimento do feito executivo; e
- c) recurso em confronto com entendimento dominante deste Tribunal de Justiça e dos Tribunais Superiores.

Embora tenham sido essas as premissas para o indeferimento do recurso, observo que a agravante, nas razões do agravo regimental, limitou-se a reprisar os mesmos argumentos sustentados nas razões do agravo de instrumento.

Esse esforço, contudo, mostrou-se em vão, porquanto a agravante deixou de impugnar os demais

fundamentos da decisão de segunda instância, principalmente quanto à parte que negou seguimento ao recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade e quanto ao fato de que o recurso encontra-se em confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de justiça, circunstâncias que, novamente, atentam contra o princípio da dialeticidade.

Esta é uma conduta repugnada pelo art. 524, II, do Código de Processo Civil, que impõe como requisito essencial da petição do recurso a apresentação do pedido de reforma da decisão.

Em suma, a recorrente não impugnou todos os fundamentos utilizados para o indeferimento de plano do recurso e, quando o fez, abarcou-os de forma deficiente, sustentando seu próprio entendimento, totalmente desprovido de fundamento jurídico.

Ainda que fossem acolhidos os argumentos utilizados no regimental, permaneceram sem ataque os demais fundamentos que também motivaram o indeferimento do recurso.

Portanto, seria inócuo enfrentar os argumentos utilizados no regimental, quando as outras matérias não foram questionadas.

A respeito do tema, esta Corte já decidiu que:

Se a decisão que nega seguimento a agravo de instrumento contém diversos fundamentos e a parte deixa de impugnar o principal deles, relativamente à ofensa ao princípio da dialeticidade, deixa-se de conhecer do regimental, em decorrência da reiteração da afronta ao mencionado princípio.<sup>5</sup>

Consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que vem sendo adotado por esta Corte, “*Não se conhece de agravo de instrumento que não atende aos requisitos do art. 524 (RT 481/82, 492/107, JTA 141/269), especialmente o do n. II (RTJ 81/126, JTA 118/193, Lex-JTA 158/41, Bol. AASP 1.407/295).*”<sup>6</sup>

Pelo exposto, voto por não conhecer do presente recurso regimental.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2008.

\*\*\*

<sup>5</sup> Agravo Regimental em Agravo n. 2004.011498-2/0001-00, Rel. Des. Josué de Oliveira, julgado em 9.11.2004.

<sup>6</sup> NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 36. ed. atualizada até 10.1.2004. São Paulo: Saraiva, nota 6 ao art. 524, p. 614.

**Apelação Cível n. 2008.031567-5 - Campo Grande**  
**Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. Josué de Oliveira**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR DE ALIMENTOS PROVISIONAIS – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINAR AFASTADA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PRELIMINAR ACOLHIDA EM RELAÇÃO A ALGUNS REQUERIDOS – OBRIGAÇÃO EXIGIDA DOS HERDEIROS – PRETENSÃO DE ANTECIPAR A PARTILHA DE BENS – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Rejeita-se a alegação de ofensa ao princípio da dialeticidade quando a peça recursal, embora não se destaque pelo primor técnico-processual, ataca os fundamentos da sentença, é bem compreendida pela parte recorrida e lhe permite promover, sem maior dificuldade, a defesa do mérito recursal.

2. O pedido de alimentos provisionais não está sendo feito com base em vínculo de parentesco à luz dos artigos 1595, 1694 e 1696 do Código Civil, mas com fundamento na obrigatoriedade de pagar alimentos provisionais quando se reconhecer a paternidade na sentença de primeiro grau. Caso seja acolhida a tese da autora apelante, qualquer dos requeridos que esteja na posse de alguma parcela do quinhão hereditário que lhe é devido poderá ser condenado a pagar-lhe alimentos provisionais. Nesse contexto, apenas não possuem legitimidade passiva na demanda os cônjuges dos herdeiros e respectivos descendentes do de cujus que não hajam se consorciado pelo regime universal de bens.

3. Os alimentos provisionais são concedidos para assegurar condição econômica ao requerente que não dispõe de recursos materiais para garantir a sua subsistência e o pagamento das despesas da demanda. Por isso, é incabível sua concessão para antecipar a legítima a que a herdeira, reconhecida em ação de paternidade, tem direito.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, homologar a desistência do recurso em relação à Margarete Dibo Nacer Lani e Dicélio Paulo Lani, afastar a preliminar e no mérito, dar provimento parcial apenas para reconhecer a legitimidade passiva de Naim Dibo, Cláudio Dibo e Cláudia Dibo, Adriana Dibo, Soraia Dibo de Faria e Andréa Dibo e ainda decretar a ilegitimidade passiva de Dicélio Paulo Lani, Júlio César Victoriano, Isolina Garcia Dibo, Ibrahim Calil Zaia, Eduardo Luís e Regina Dibo Nacer, mantendo no mais a sentença. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2008.

Des. Josué de Oliveira – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Márcia Morelli Dibo, qualificada nos autos da ação cautelar inominada<sup>1</sup> que ajuizou em face de Jalile Dibo Zaher e esposo Ibrahi Khalil Zaher, Elizabeth Jamile Dibo Nacer Hindo e esposo Eduardo Luiz Hindo, Alexandre Dibo Nacer Junior e esposa Regina H. Dibo Nacer, Margarete Dibo Nacer Lani e esposo Dicélio Paulo Lani, Joel Dibo Filho, Joelma Dibo Victoriano e esposo Júlio César Victoriano, Izolina Garcia da Silva Dibo, Naim Dibo Neto, Cláudia Dibo de Almeida, Cláudio Marcos Dibo, Soraia Dibo de Faria, Andréa Dibo e Adriana Dibo, herdeiros do falecido Naim Dibo, na qual postulou alimentos provisionais de pelo menos 60 salários-mínimos mensais, apela contra a sentença que: a) determinou a exclusão do polo passivo, por ilegitimidade, os requeridos Naim Dibo Neto, Cláudia Dibo de Almeida, Cláudio Dibo, Adriana Dibo, Soraia Dibo de Faria e Andréa Dibo; b) julgou improcedente o pedido inicial, por não ser possível, na espécie, transmitir a obrigação alimentar do de cujus aos herdeiros.

Alega que, com os depoimentos colhidos e documentos juntados aos autos, fez prova de seu estado de penúria, havendo demonstrado que em sua casa houve corte de energia por falta de pagamento e que mora na casa do patrão do marido, porque não teve condições de arcar com aluguel.

Salienta que, de acordo com o artigo 7º da Lei n. 8.560/1992, sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela serão fixados os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite, e que a medida encontra apoio também nos artigos 1.700 do Código Civil e 5º da Lei n. 883/1949.

Assevera que não há base jurídica para acolher a alegação de ilegitimidade passiva dos requeridos Naim Dibo Neto, Cláudia Dibo de Almeida, Cláudio Dibo, Adriana Dibo, Soraia Dibo de Faria e Andréa Dibo simplesmente porque não fizeram parte do inventário, uma vez que são sucessores naturais de José Dibo, que participou do inventário, são partes na ação principal, na qual a apelante busca seu quinhão, e estão em poder do quinhão da apelante.

Requer seja reformada a sentença para afastar o fundamento de ilegitimidade passiva em relação aos requeridos mencionados e para condenar os apelados a pagar alimentos provisionais à apelante.

Elizabeth Jamile Dibo Nacer Hindo e esposo Eduardo Luiz Hindo, e Jalile Dibo Zaher e esposo Ibrahim Khalil Zaher oferecem contra-razões ao recurso de apelação, pugnando pela confirmação da sentença.

Joel Dibo Filho, Joelma Dibo Victoriano e esposo Júlio César Victoriano, Margarete Dibo Nacer Lani e esposo Dicélio Paulo Lani, Alexandre Dibo Nacer, Naim Dibo Neto, Cláudia Dibo de Almeida, Cláudio Dibo, Adriana Dibo, Soraia Dibo de Faria, Andréa Dibo e Izolina Garcia da Silva Dibo também apresentam contra-razões, suscitando preliminar de ausência de pressuposto de admissibilidade recursal (regularidade formal) em ofensa ao princípio da dialeticidade e preliminar de ilegitimidade passiva.

No mérito, batem-se pelo improvimento do recurso.

O Ministério Público, em primeira e segunda instâncias, opina pela reforma da sentença e pela concessão de alimentos provisionais à apelante no importe de dois salários-mínimos.

1 Cautelar Inominada n. 001.06.014855-2, distribuída em 16.9.2006 à 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande.

## VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

1. Alegam os recorridos que a apelante deixou de atacar os fundamentos da sentença contra a qual se voltou, estando ausente um dos pressupostos de admissibilidade recursal, qual seja, o da dialeticidade.

A meu sentir, não lhes cabe razão.

A sentença recorrida pautou-se nos seguintes fundamentos: a) “a presente ação de alimentos provisionais destina-se a permitir que a parte possa se manter durante o curso do processo principal, sendo que a autora, na verdade [não] pretende outra coisa senão antecipar a partilha ou os rendimentos dela, a qual vem se arrastando por anos”; b) “a presente ação não pode ter como objeto reduzir o desequilíbrio financeiro entre a autora e os requeridos ou assegurar o adiantamento da herança, sendo que os alimentos provisionais são concedidos para assegurar condição básica de subsistência daquele que os requer e que não dispõe de recursos materiais para sua manutenção”; c) “os alimentos propostos nesta ação não podem ser objeto de desconto do quinhão da herança, conforme proposto pela autora, pois, como se sabe, as verbas alimentares são irrepetíveis, eis que se trata de obrigação de caráter personalíssimo”; d) “na ação de investigação de paternidade proposta pela autora em nenhum momento foi fixado alimentos provisionais em seu favor, sendo que o inventário de seu genitor já se encerrou”; e) “a obrigação alimentar é personalíssima, transmitindo aos herdeiros do de cujus somente até a data do óbito, nos termos do art. 23 da Lei 6.515/77”; f) “não havendo, no caso em espécie, a possibilidade de se transmitir a obrigação alimentar aos herdeiros do de cujus”.

Embora a peça recursal não se destaque pelo primor técnico-processual, é certo que ataca os fundamentos da sentença, quando afirma que provou a necessidade da requerente e a possibilidade dos apelados; que está em situação de penúria; que sua pretensão encontra amparo no artigo 7º da Lei n. 8.560/1992, no artigo 1.700 do Código Civil e no artigo 5º da Lei n. 883/1949.

Tanto é assim que os apelados promoveram, sem maior dificuldade, a defesa do mérito recursal.

Impõe-se, por isso, rejeitar a preliminar.

2. A apelante insurge-se contra a decisão do juízo *a quo* que decretou a ilegitimidade passiva dos requeridos Naim Dibo Neto, Cláudia Dibo de Almeida, Cláudio Dibo, Adriana Dibo, Soraia Dibo de Faria e Andréa Dibo, pois não fizeram parte do inventário.

Os apelados Joel Dibo Filho e outros, a seu turno, alegaram na contestação e argumentam nas contra-razões ao recurso que a ilegitimidade passiva não alcança apenas os requeridos mencionados na sentença, mas também outros.

Argumentam que: a) segundo a apelante, a obrigação dos apelados no sentido de prestar-lhe alimentos decorreria, primeiramente, do vínculo de parentesco reconhecido em ação de investigação de paternidade, bem assim da transmissibilidade do dever alimentar aos herdeiros do devedor; b) ocorre que os apelados Júlio César Victoriano, Dicélio Paulo Lani e Izolina Garcia da Silva Dibo não são parentes da autora em qualquer grau ou natureza; c) Júlio César Victoriano e Dicélio Paulo Lani são casados, respectivamente, com Joelma Dibo Victoriano e Margarete Dibo Nacer Lani, estas sim netas do falecido Naim Dibo, reconhecido por sentença como pai da apelante; d) sendo assim, não possuem esses apelados nenhum vínculo de parentesco com a apelante que justifique pedido de alimentos; e) Izolina Garcia Dibo é viúva de José Dibo, filho do falecido Naim Dibo, e não possui nenhum laço de parentesco com a apelante; f) nem ao menos parentesco por afinidade estes apelados e a apelante possuem, pois, consoante o § 1º do artigo 1595 do Código Civil, tal vínculo “limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”; g) os artigos



1694 e 1696 do atual Código Civil prescrevem que podem “os parentes, cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem”, sendo que, “[n]a falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem da sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos, como unilaterais”; h) aos apelados, ora mencionados, não foi assegurada nenhuma espécie de participação na sucessão de Nain Dibo, simplesmente porque não eram, como não são, herdeiros ou sucessores do de cujus, razão também pela qual não contribuirão para conformação do novo quinhão; i) da mesma forma, figuram como partes ilegítimas para a causa os apelados Joel Dibo filho, Joelma Dibo Victoriano, Margarete Dibo Nacer Lani, Alexandre Dibo Nacer, que, assim como aqueles declarados partes ilegítimas, são todos netos de Nain Dibo; j) entre os netos de Nain Dibo e a apelante o vínculo de parentesco é de colateralidade em terceiro grau, vindo a ser aqueles sobrinhos desta; k) logo, a obrigação alimentar vindicada pela apelante jamais poderia se estender aos apelados, porquanto, conforme a indicação da lei civil, em rol taxativo, são apenas devidos alimentos, reciprocamente, pelos pais, filhos, ascendentes, descendentes e colaterais até segundo grau, não abarcando, portanto, tios e sobrinhos.

Os apelados Elizabeth Jamile Dibo Nacer Hindo e esposo sustentaram na contestação e aduzem nas contra-razões do recurso de apelação que os requeridos Elizabeth Jamile Dibo Nacer Hindo e seu esposo Eduardo Hindo não possuem legitimidade passiva na demanda, pois ela é filha de Jamile Dibo, esta sim filha – já falecida – de Nain Dibo, portanto, é sobrinha da apelante, e seu esposo nem sequer é parente da apelante.

Todavia, o pedido de alimentos provisionais formulado pela herdeira não está sendo feito com base em vínculo de parentesco à luz dos artigos 1595, 1694 e 1696 do Código Civil, mas com fundamento na obrigatoriedade de pagar alimentos provisionais quando se reconhecer a paternidade na sentença de primeiro grau.

Caso seja acolhida a tese da autora apelante, qualquer dos requeridos que esteja na posse de alguma parcela do quinhão hereditário que lhe é devido poderá ser condenado a pagar-lhe alimentos provisionais.

Nesse contexto, apenas não possuem legitimidade passiva na demanda os cônjuges dos herdeiros e respectivos descendentes de Nain Dibo que não hajam se consorciado pelo regime universal de bens.

É o caso dos requeridos: a) Dicélio Paulo Lani, casado com Margarete Dibo Nacer Lani em regime de comunhão parcial de bens (f. 244); b) Júlio César Victoriano, que se casou com Joelma Dibo Victoriano em regime de comunhão parcial de bens (f. 242); c) Izolina Garcia da Silva Dibo, consorciada com José Dibo em regime de separação de bens (f. 243).

No tocante aos requeridos Ibrahim Khalil Zaher e Eduardo Luiz Hindo, casados, respectivamente, com Jalile Dibo Zaher e Elizabeth Jamile Dibo Nacer Hindo, a autora apelante não fez prova de que estivessem casados pelo regime de comunhão universal.

Quanto à requerida Regina H. Dibo Nacer, embora tenha sido qualificada na petição inicial como esposa de Alexandre Dibo Nacer Júnior, posteriormente separou-se judicialmente deste, conforme se infere da petição apresentada pela autora, em primeira instância (f. 33).

Uma vez que a legitimidade passiva é uma das condições da ação e que constitui matéria de ordem pública, impõe-se reconhecer, em qualquer grau de jurisdição, e até mesmo de ofício, sua não ocorrência, como se dá no caso em apreço.

Logo, é mister acolher os argumentos dos apelados com relação à preliminar de ilegitimidade passiva, reconhecendo-a apenas para os requeridos Dicélio Paulo Lani, Júlio César Victoriano, Izolina Garcia da Silva Dibo, Ibrahim Khalil Zaher, Eduardo Luiz Hindo e Regina H. Dibo Nacer.



3. A apelante afirma que sua pretensão aos alimentos provisionais está embasada no artigo 7º da Lei n. 8.560, de 29.12.1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências, dispondo, *in verbis*:

Art. 7º Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

Alude também ao artigo 1.700 do Código Civil, segundo o qual:

Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Menciona ainda o artigo 5º da Lei n. 883/1949, que o juízo singular corretamente apontou como em desuso, em face do disposto no artigo 7º da Lei n. 8.560/1992, já transcrito. O mencionado texto legal dispunha que, “na hipótese de ação investigatória da paternidade, terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja, desta, interposto recurso”.

Sustenta, com base nesses textos legais, que tem direito aos alimentos provisionais pleiteados, uma vez que se sagrou vencedora em ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança que promoveu em face dos ora apelados, tendo obtido, também, a expedição de carta de sentença em seu favor.

Salienta que está autorizada a reclamar alimentos dos apelados, que são seus parentes, principalmente porque o nível social destes se encontra em distância assustadoramente desigual do seu, visto que estão fruindo de parcela de riqueza que lhe pertence por direito.

Insiste que a sua necessidade aos alimentos provisionais e a possibilidade dos agravados estão devidamente demonstradas e provadas por meio dos depoimentos testemunhais colhidos em audiência e dos documentos juntados aos autos.

Entendo que não há de vingar o presente recurso, por falta de amparo legal.

Pelo que se extrai das razões recursais, o que a recorrente pretende, na verdade, é o adiantamento da legítima, e não alimentos.

É o que se depreende de suas próprias palavras, *in verbis*:

Claro também está que há finalidade acautelatória no caso, pois a medida se deferida, importaria em permitir que a apelante vivesse de forma digna com sua família, além de eliminar, de certa forma, a perigosa desigualdade sócio-econômica das partes.

[...]

Os apelados estão em poder do quinhão da apelante.

Por isso, é sumamente injusto que ela, a apelante, assista nesta situação de penúria os apelados usufruírem do quinhão que é dela, enquanto não se resolve definitivamente a questão principal (entrega do quinhão). (f. 718).

Além do mais, não há provas suficientes que atestem a real necessidade dos alimentos, uma vez que, de acordo com a prova nos autos, a agravante tem vida conjugal estável e seu marido trabalha, além do que ela mesma decidiu não trabalhar para permanecer com os filhos pequenos.

No tocante às custas do processo que poderiam justificar a concessão dos alimentos provisionais, deve-se notar a apelante é beneficiária da justiça gratuita, de sorte que está diferida a cobrança dos valores devidos a esse título.

Nesse particular, encampo os fundamentos externados pelo Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, ao decidir o agravo de instrumento que a requerente interpôs contra a decisão do juízo *a quo* que indeferiu a concessão liminar dos alimentos provisionais postulados:

Trata-se, como relatado, de agravo tirado contra decisão que indeferiu pedido de alimentos provisionais.

A decisão recorrida anota que o direito da agravada de receber alimentos deveria ter sido reclamado anteriormente a seu atual pedido e estabelecido mediante convenção ou decisão judicial, ou seja, a agravante já deveria recebê-los em tempo anterior à morte de seu pai, sem o que não pode agora nada reclamar dos agravados.

Embora a decisão de 1º grau encontre seu fundamento no art. 1.700 do Código Civil, fato é que o art. 1.694, *caput*, do Código Civil prevê a possibilidade de se pleitearem alimentos de parentes, cônjuges ou companheiros. O professor Sílvio Rodrigues destaca: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre os parentes, cônjuges e companheiros assinalados na lei. Assim, o direito de exigir alimentos corresponde ao dever de prestá-los. Na obrigação decorrente do parentesco, são chamados a prestar alimentos, em primeiro lugar, os parentes em linha reta, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros. Assim, se por causa de idade ou moléstia a pessoa não pode prover a sua subsistência, deve reclamar alimentos de seu pai, avô, etc. (art. 1.696), ou de seus filhos (art. 1.697). A estes, desde que o possam, incumbe fornecer os alimentos, ainda que haja netos, ou bisnetos, com recursos muito mais amplos” (Direito Civil – Direito de Família – Rodrigues, Sílvio – 28ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2004, p. 380). Assim, tendo em conta o reconhecimento, por sentença (f. 257-282), de que a requerente é filha do Sr. Naim Dibo, pode recorrer, comprovada a necessidade, aos parentes para acudir sua carência.

Entretanto, o que ela reclama na presente ação são alimentos provisionais, que, como se sabe, destinam-se a permitir que a parte possa se manter durante o curso do processo principal. A lei estabelece alguns requisitos essenciais para a concessão de tal medida acautelatória. Ensina o professor Yussef Said Cahali: “Entende-se por alimentos provisionais aqueles concedidos provisoriamente ao alimentário, antes ou no curso da lide principal; no pressuposto de que são concedidos também para atender às despesas do processo, são chamados alimentos *in litem*, provisão *ad litem* ou *expensa litis*. A medida é provisional, no sentido de regulação provisória de uma situação processual vinculada ao objeto da própria demanda, de cognição sumária e incompleta, visando a preservação de um estado momentâneo de assistência” (Dos Alimentos – Cahali, Yussef Said – 4ª ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.840).

Assim, a provisão destina-se a permitir que a parte possa sobreviver durante a vida do processo, mas considerando que no processo principal ser-lhe-á concedido algo que

permitir-lhe-á suprir os alimentos definitivo. No caso, entretanto, o que a agravante quer não é outra coisa senão antecipar a partilha, ou os rendimentos dela, a qual vem-se arrastando por anos. Quer ela igualar a condição econômica dos herdeiros, mediante pensionamento que no processo principal não obterá. Como se vê, a medida reclamada não é acautelatória do processo principal.

Por mais justa que possa ser sua pretensão, por mais reprovável que possa ser a resistência dos irmãos em respeitar o direito da demandante na herança comum, o fato é que a medida intentada não encontra amparo legal.

Como disse, a agravante quer antecipar o recebimento de sua *quota* na herança deixada por seu pai, como se conclui pelo que ela afirma em alguns trechos da inicial do presente agravo, bem como na ação cautelar incidental de alimentos provisionais em que proferida a decisão recorrida. Às f. 32 (fotocópia da ação cautelar juntada para instruir o seu recurso), a agravante elenca os motivos que justificariam sua pretensão, nos seguintes termos: “ 21. Nesta linha de raciocínio, importa esclarecer que a requerente necessita, apenas para exemplificar, da concessão de alimentos provisionais para ter a possibilidade de: a) pagar aluguel de um imóvel, aonde possa viver de forma digna e compatível com a condição social deixada por NAIM DIBO, seu pai, aos demais herdeiros (habitação); b) pagar mensalidade de uma faculdade (educação); c) vestir-se de forma adequada à condição social que seu pai deixou a todos os demais herdeiros (vestuário); d) viajar, esporadicamente, com sua família e filhos (recreação); e) cobrir as despesas da demanda (alimentos)”. À f. 9 da inicial do recurso, destaca-se: ‘Durante esse tempo de disputa judicial, a agravante se viu e ainda se vê obrigada a assistir os filhos, netos e até os bisnetos de Naim Dibo desfilar pela sociedade ostentando a riqueza deixada pelo de cujus, enquanto ela, também filha, privada do seu quinhão, amargura a pobreza esperando uma resposta e uma atuação definitiva do Judiciário sobre a questão’. Conforme se observa, o que ela quer aqui é antecipar o que a futura partilha haverá de lhe conceder.

Entretanto, os alimentos provisionais são concedidos para assegurar condição básica de subsistência daquele que os requer e que não dispõe de recursos materiais para sua manutenção, no decurso do feito, bem como, para garantir o regular desenvolvimento deste. Não é próprio, portanto, como meio antecipatório de uma condição que ainda não foi totalmente definida. A agravante recorre a argumentos que se ligam intimamente aos efeitos práticos da causa principal, ou seja, ao comparar sua condição social em confronto com a de seus parentes, fica nítida sua intenção de, antes da liquidação da sentença que irá definir qual é sua *quota* na herança deixada por seu pai, começar a usufruir da condição sócio-econômica dos demais herdeiros.

Entre os elementos motivadores desse entendimento destacam-se o valor dos alimentos provisionais pretendidos pela agravante, consubstanciado em 60 salários mínimos, correspondente hoje ao montante de R\$ 21.000,00, bem como, o elenco de motivos, em que a agravante alega serem elementares para a concessão dos alimentos provisionais, em especial, os de f. 32 (fotocópia da ação cautelar).

A agravante tem, comprovadamente, direito de receber parte da herança deixada por seu pai. Entretanto, isso somente será possível após a liquidação da sentença, não através dos alimentos provisionais, que se destinam a atender necessidades existenciais primárias e urgentes do ser humano. A recorrente, como consta nos autos, informa não ser de todo desprovida de recursos financeiros, pois alega que seu marido percebe R\$ 500,00 para o sustento da família e que, apesar de alegar morar em bairro considerado de classe baixa, tem residência fixa (f. 8). Em relação às custas processuais, a agravante se socorre dos benefícios da assistência judiciária gratuita, conforme pedido feito às f. 36, sustentada na declaração de f. 39, pedido deferido a

f. 83. Assim, os alimentos pleiteados não se mostram necessários para fazer valer seus direitos no processo principal, onde se acha assistida por advogados particulares, que, se concordaram em assistir a necessitada, não podem reclamar honorários antecipadamente.

Em arremate cabe dizer que os alimentos provisionais estão sendo reclamados incidentalmente a processo de partilha, que é precedida de liquidação de sentença. Não existe, pois, finalidade acautelatória no caso, certo como é que a lei especifica as ações que dão ensejo a pedido provisional (art. 852, CPC) e, entre os casos previstos em lei (art. 852, III, CPC), acha-se o art. 5º da Lei Federal n. 883/49, entretanto já superado (o que aliás, justificou o indeferimento do pedido de primeiro grau).

Como se verifica, a agravante reclama medida que não encontra apoio na lei com a finalidade por ela perseguida. Não preenche, pois, os requisitos legais para obter o que aqui reclama.” (f. 627-629. Destaquei.).

Considerando todo o exposto, está correta a sentença no capítulo em que indeferiu o pedido de concessão dos alimentos provisionais.

4. Por todas essas razões, dou provimento em parte ao recurso de apelação apresentado por Márcia Morelli, apenas para reconhecer que possuem legitimidade passiva na demanda os requeridos Naim Dibo Neto, Cláudia Dibo de Almeida, Cláudio Dibo, Adriana Dibo, Soraia Dibo de Faria e Andréa Dibo.

Por outro lado, fica decretada a ilegitimidade passiva dos requeridos Dicélio Paulo Lani, Júlio César Victoriano, Izolina Garcia da Silva Dibo, Ibrahim Khalil Zaher, Eduardo Luiz Hindo e Regina H. Dibo Nacer, os quais deverão ser excluídos do pólo passivo.

Quanto ao mais, fica confirmada a sentença.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, HOMOLOGARAM A DESISTÊNCIA DO RECURSO EM RELAÇÃO À MARGARETE DIBO NACER LANI E DICÉLIO PAULO LANI, AFASTARAM A PRELIMINAR E NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL APENAS PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DE NAIM DIBO, CLÁUDIO DIBO E CLÁUDIA DIBO, ADRIANA DIBO, SORAIA DIBO DE FARIA E ANDRÉA DIBO E AINDA DECRETARAM A ILEGITIMIDADE PASSIVA DE DICÉLIO PAULO LANI, JÚLIO CÉSAR VICTORIANO, ISOLINA GARCIA DIBO, IBRAHIM CALIL ZAIA, EDUARDO LUÍS E REGINA DIBO NACER, MANTENDO NO MAIS A SENTENÇA. DECISÃO CONTRA O PARECER.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Agravo n. 2008.019657-0 - Campo Grande**  
**Segunda Turma Cível**  
**Relator Des. Julizar Barbosa Trindade**

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA – PLANO BRESSER – RECEBIMENTO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – LITISCONSÓRCIO ATIVO – LIMITAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE COMPROMETIMENTO À RÁPIDA SOLUÇÃO DO LITÍGIO E DIFICULDADE DE DEFESA – ART. 46, II E IV, DO CPC – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Não restando demonstrado que a manutenção de todos os autores em litisconsórcio irá comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa da parte contrária, resta evidente a impossibilidade de ser determinada a limitação no pólo ativo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, em votação unânime, prover o agravo.

Campo Grande, 13 de janeiro de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Espólio de Antônio Fantinato Sobrinho, André Janial Filho, Amélia Pecci de Oliveira, Acy Franco de Moraes, Elady Alves de Mello, Elisa Ramos, Floriano Marins Barbosa, Gildete Lopes Marques, Alailza Silvestre Oliveira Mendes, Abadio Marques Rezende interpõem o presente agravo contra decisão (f. 57-8) que, na ação de cobrança movida em face do Banco do Brasil S.A., indeferiu a formação de litisconsórcio ativo, bem como determinou emenda à inicial a fim de indicar qual dos requerentes será autor de forma individual, sob pena de indeferimento liminar da petição inicial.

Alegam (f. 2-15) ser possível litigar em conjunto no mesmo processo, já que nos termos do art. 46, inciso II, do CPC, encontram-se na mesma situação de fato e de direito, visto que na condição de poupadores tiveram seus saldos em conta de poupança corrigidos por índices inferiores ao devido. Anotam que, consoante o inciso III do mesmo dispositivo, há identidade de objeto e causa de pedir. Ademais, asseguram que o número de autores não é excessivo e o litisconsórcio ativo não compromete a solução do litígio.

O recurso foi recebido no efeito suspensivo (f. 70-1).

Contraminuta às f. 80-98.

Informações do magistrado de primeiro grau à f. 115.

**VOTO**

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

O presente recurso cinge-se em identificar o acerto da decisão prolatada em primeiro grau quanto à impossibilidade da formação do litisconsórcio ativo na ação de cobrança movida em face do Banco do Brasil, em que os requerentes pleiteiam a declaração da diferença sobre os saldos das respectivas poupanças existentes no período de janeiro/fevereiro de 1989, e condená-lo ao pagamento do valor apurado.

O recurso merece ser provido.

O artigo 46 do Código de Processo Civil estabelece algumas regras para a formação do litisconsorte:

Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;

IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.

No caso, a hipótese se enquadra nos incisos II e IV daquele dispositivo, sendo evidente a possibilidade da formação do litisconsórcio facultativo ativo entre os agravantes, ou seja, além de os direitos de todos os requerentes derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito, também se deve reconhecer uma afinidade das questões por um ponto comum.

Nem mesmo há falar na aplicação do parágrafo único acima citado, mormente considerando que a formação do litisconsórcio ativo, no presente caso em que se trata de dez postulantes, não irá comprometer a rápida solução do litígio, nem mesmo dificultar a defesa, principalmente por não se tratar de matéria complexa.

Por oportuno, pede-se venia para transcrever parte do voto proferido pelo ilustre Des. Rêmolo Letteriello (4ª Turma Cível), quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 2008.021042-3, em que se analisa caso semelhante:

Por conseguinte, o pronunciamento jurisdicional a ser proferido em 1º Grau se limitará a reconhecer ou não a violação cometida ao contrato, em virtude de uma eventual não-atualização monetária dos saldos das cadernetas de poupança e da não-incidência de juros contratuais.

Logo, determinados os parâmetros da condenação, cada um dos litigantes deverá adequá-los na sua realidade fática no momento em que vier a ser realizada a liquidação da sentença.

Por tal razão, a existência de 3 ou 8 autores em nada irá comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa, uma vez que o direito a ser resguardado será por todos ostentado, a quem cabe, em um momento posterior, aplicá-lo às peculiaridades da conjectura vivenciada.

No mesmo sentido, colhem-se as seguintes ementas:

AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA – PLANO BRESSER – RECEBIMENTO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – LITISCONSÓRCIO ATIVO – VIABILIDADE – AFINIDADES DAS PRETENSÕES DEDUZIDAS EM JUÍZO – PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 46, IV, DO CPC – ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO – RECURSO PROVIDO DE PLANO – INEXISTÊNCIA DE CONFRONTO COM O ART. 557, § 1º-A, DO CPC – REGIMENTAL IMPROVIDO.

Mantém-se a decisão que deu provimento de plano ao agravo de instrumento, para modificar a decisão singular, que inadmitiu o litisconsórcio ativo na ação de cobrança para recebimento dos expurgos inflacionários – Plano Bresser, quando ficou evidente a existência de afinidade quanto à questão de fato e de direito, na dicção do art. 46, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Inexiste o alegado prejuízo à defesa a formação de litisconsórcio ativo, quando fato esse não ficou demonstrado nos autos.

(AgRg em Ag n. 2007.021671-4/0001-00, Campo Grande, Terceira Turma Cível. Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 14.1.08).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECLARATÓRIA CUMULADA COM COBRANÇA – LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ATIVO – AFINIDADE DAS QUESTÕES, POSTAS EM DISCUSSÃO, POR UM PONTO COMUM DE FATO OU DE DIREITO – POSSIBILIDADE – PARTE DA DECISÃO QUE NÃO GERA PREJUÍZO – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

I – É possível a formação do litisconsórcio facultativo ativo, quando presentes os requisitos dos incisos II e IV do artigo 46 do Código de Processo Civil, mormente quando essa formação não acarreta nenhum comprometimento à rápida solução do litígio, nem mesmo alguma dificuldade à defesa, principalmente por não se tratar de matéria complexa.

II – Não se conhece de parte da decisão que não gera prejuízos aos agravantes. (Ag n. 2008.014858-6, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, julgado em 8.7.08).

Pelo exposto, voto por se dar provimento ao recurso para reconhecer a possibilidade e o cabimento da formação do litisconsórcio facultativo ativo, na forma pretendida pelos agravantes, com o prosseguimento regular da ação por eles ajuizada.



## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

EM VOTAÇÃO UNÂNIME, PROVERAM O AGRAVO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Hildebrando Coelho Neto e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 13 de janeiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.023072-4 - Campo Grande**  
**Segunda Turma Cível**  
**Relator Des. Julizar Barbosa Trindade**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS E MATERIAIS – SENTENÇA PARCIALMENTE MANTIDA – FETO NATIMORTO – GRAVIDEZ QUE TRANSCORREU TRANQUILAMENTE – PROTELAÇÃO INDEVIDA NA REALIZAÇÃO DO PARTO – PRÉ-ECLÂPSIA – NEGLIGÊNCIA DA EQUIPE MÉDICA – NEXO CAUSAL – RESPONSABILIDADE DA FUNSAU – DANO MORAL – VALOR MINORADO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – DANO MATERIAL – CONTRIBUIÇÃO ECONÔMICA – INEXISTÊNCIA DE PROVA – INCABÍVEL – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – HOSPITAL EMPRESA PÚBLICA.

Proteção indevida na realização do parto resultando na morte de feto saudável caracteriza negligência e imperícia do serviço médico-hospitalar prestado à parturiente, gerando o dever de indenizar.

Arbitramento de indenização que se mostra excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do fato danoso. Diante dos princípios de moderação e razoabilidade, o dano moral fixado deve ser reduzido.

Não é devida a indenização por danos materiais quando não for presumível a contribuição da vítima para o sustento econômico da genitora.

A responsabilidade da Administração Pública, quando se tratar de ato praticado por empresa pública, é subsidiária.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do relator, dar parcial provimento ao recurso de Marli Inês e da Funsau. Por unanimidade, deram provimento ao recurso do Estado. Quanto ao reexame, por maioria, retificaram em parte o julgado, nos termos do voto do relator, vencido o revisor que o retificava integralmente, julgando improcedente o pedido.

Campo Grande, 17 de fevereiro de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Marli Inês da Silva, Fundação Serviço de Saúde de Mato Grosso do Sul – FUNSAU e Estado de Mato Grosso do Sul interpõem apelações contra sentença (f. 333-344 e 358-361) que, na ação de indenização por danos materiais e morais, movida pela primeira apelante em face dos demais, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para:

Condenar a Funsau e o Estado de Mato Grosso do Sul, responsável subsidiário pelas ações de saúde, a pagar à autora 250 salários mínimos vigentes à época da sentença, o que equivale a R\$ 103.000,00 (cento e três mil reais), com incidência de correção monetária pelo INPC e juros legais de 0,5% ao mês a partir da citação;

E, ainda, arcar com os honorários advocatícios fixados em R\$ 700,00 (setecentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Ao fim, deixou de condenar ao pagamento das custas processuais já que os réus são isentos e a autora beneficiária da justiça gratuita.

A primeira recorrente, Marli Inêz da Silva, sustenta (f. 366-9) que não foram levados em consideração os danos materiais experimentados, os quais devem ser fixados de acordo com os parâmetros utilizados pela doutrina e jurisprudência dominantes. O valor dos honorários advocatícios determinados na sentença singular é ínfimo, especialmente se comparado com a natureza da causa e o valor da condenação, devendo ser arbitrados nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Por sua vez, a Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul – FUNSAU aduz (f. 374-395) que não restou comprovado o nexo de causalidade entre o óbito da criança e sua conduta, visto que, durante a internação da Srª Inêz, os médicos do Hospital Regional agiram diligentemente, conforme se verifica no prontuário da paciente.

Afirma que não havia necessidade de um parto de emergência, pois o quadro clínico da mãe havia se estabilizado e, como o nascituro era prematuro, acharam por bem aguardar um berçário especial na UTI neonatal, que estava lotada, a fim de que sua vida não corresse risco.

Pondera que não há falar em omissão uma vez que o nosocômio trabalha de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Ministério da Saúde, atendendo a população dentro das possibilidades estruturais existentes, não podendo ultrapassar o número de pacientes em detrimento da quantidade de leitos existentes. Por fim, requer o provimento do apelo, no sentido de afastar a condenação que lhe foi imposta.

O Estado de Mato Grosso do Sul diz não ter legitimidade para figurar no polo passivo desta ação, uma vez que os fatos ocorreram dentro do Hospital Regional, o qual é vinculado à FUNSAU, empresa estatal prestadora de serviço público com capital e autonomia própria, portanto, eventual responsável pelos supostos danos causados à autora.

Assevera que, se não for esse o entendimento, há de ser excluída a condenação imposta à Fundação e, por via reflexa a ele, porquanto não ocorreu negligência, imperícia ou omissão médica, tampouco falta de tratamento adequado. Ao final, pleiteia o provimento do apelo.

Contrarrazões às f. 416-426, 428-437 e 438-451.

## VOTO (10.2.2009)

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Passa-se à análise separada dos apelos.

1. Recurso da Sra. Marli Inêz da Silva.

Mantém-se o entendimento exarado na sentença singular de que são indevidos danos materiais. Embora cabível o pensionamento em razão da morte de um filho, entende-se que tal possibilidade está condicionada à prova da efetiva dependência econômica dos pais com relação àquele, o que não ocorreu no caso em tela.

Não há indicação segura de que o natimorto contribuiria para o futuro econômico da autora, até porque não há como saber se estaria vivo ao atingir a idade de ajudá-la financeiramente.

Outrossim, ao que se depreende da inicial, a autora engravidou com o escopo de perpetuar a espécie e realizar o desejo materno e não retirar do fato algum proveito econômico. Lado outro, seria dela o dispêndio com a assistência na formação da criança, não havendo lógica na projeção de complementar o orçamento familiar com a criação de um filho.

Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONHECIMENTO SOB O RITO SUMÁRIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RÉU. CULPA COMPROVADA. VÍTIMA. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM. RAZOABILIDADE. PENSIONAMENTO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. NECESSIDADE DE PROVA.

[...]

Não é devida a indenização por danos materiais prevista no art. 1537, inc. II, do CC quando não ficar provada ou presumível for a contribuição da vítima para o sustento econômico do lar de seus genitores. Precedentes. (REsp n. 348072/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 03.12.01).

Quanto à fixação dos honorários advocatícios, assiste razão à apelante. É que, como adiante se verá, a ação deve ser mantida contra a empresa pública FUNSAU, de sorte que, com relação a ela, deve ser aplicado o § 3º do artigo 20 do CPC prevendo que nas causas em que há condenação, a fixação se faz com base no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, ou seja, entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% e não o seu § 4º. Neste sentido: RSTJ 53/211, STJ-RF 324/196.

Nesse passo, não resta dúvida de que, além de não ter sido adotado o critério legal, foi ínfimo o valor arbitrado para os honorários (R\$ 700,00). A par disso, observando-se o grau de zelo e o trabalho do profissional, a natureza e importância da causa e o tempo exigido para o seu serviço, impõe-se majorar a verba para 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação.

## 2. Recurso da Funsau.

Antes de iniciar propriamente a discussão suscitada nesta parte do recurso, relevante dizer que, mesmo reconhecendo-se a situação precária da maioria dos hospitais públicos brasileiros, tem-se que a conduta da Fundação de Saúde de Mato Grosso do Sul e de seus prepostos foi extremamente censurável.

É clarividente sua responsabilidade diante dos fatos que resultaram na morte do bebê em virtude da imperícia e da negligência que caracterizaram o serviço médico-hospitalar prestado à autora ao final de sua gravidez e que até então transcorreram normalmente.

Os equívocos iniciaram-se a partir do momento em que levaram a parturiente à sala de cirurgia e retornaram com ela em face da inexistência de vaga na UTI neo-natal. Após três dias “urinando sangue” e sentindo “fortes dores”, um médico da equipe notou que o feto não apresentava batimentos cardíacos, constatando-se na ultrassonografia seu óbito.

Com efeito, o quadro clínico da paciente (pré-eclampsia grave), exigia medidas rápidas e eficazes a fim de evitar o pior, mas, ao contrário disso, deixaram-na agonizando por três dias.

Diante de tais fatos, causa estranheza a alegação da Funsau de que “toda grávida com pré-eclampsia incide um risco de morte da mãe ou do filho (f. 394)”. Mesmo assim, sem nenhuma explicação, esperaram por três dias até que o bebê viesse a óbito, ainda no ventre materno.

Merece destaque, pela pertinência, que a gestante passou por um pré-natal sem quaisquer complicações (f. 26-54) e o exame de necropsia (f. 57) atestou se tratar de feto normal.

Evidente, portanto, o nexo causal entre o inegável abalo sofrido pela mãe do natimorto e a negligência da equipe médica do nosocômio. A omissão culposa foi causa do evento que poderia ter sido evitado caso o atendimento hospitalar tivesse sido de acordo com o que se espera de uma maternidade. Diante da demora prolongada na realização do parto, restou caracterizada a falha técnica que impregnou de ilicitude a conduta omissiva da Funsau.

Aos médicos, embora não seja dado o poder da cura, impõe-se o dever de agir com zelo, cuidado e atenta vigilância na execução dos serviços profissionais. Verificada a ocorrência de imprudência, negligência ou imperícia, ocorrida por ocasião do parto ou na preparação para esse, ocasionando danos que poderiam ter sido evitados, emerge o dever de indenizar.

Foi a conduta da ré a causadora do profundo sentimento de tristeza pela perda do tão esperado primeiro filho. Em casos como esse, os danos morais sofrido dispensam maiores comentários, sendo certo que as sequelas do fato acompanharão a mãe pelo resto de sua vida.

A propósito, o julgado do Tribunal de Justiça mineiro:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. DANO MORAL. MATERNIDADE MUNICIPAL DE CONTAGEM. GRAVIDEZ NORMAL. IMPERÍCIA NO EXAME DA PARTURIENTE. NEGLIGÊNCIA. PROTELAÇÃO INDEVIDA DO PROCEDIMENTO DE PARTO. FETO NATIMORTO. DEVER INDENIZATÓRIO. QUANTUM FIXADO EQUILIBRADAMENTE. SENTENÇA CONFIRMADA.

O erro médico, em razão da protelação indevida do procedimento de parto, por negligência e imperícia no serviço médico-hospitalar prestado à parturiente, que redundou na morte do feto, produz o dever do responsável de indenizar civilmente os pais do bebê pelo dano moral inegavelmente sofrido por eles.

A verba indenizatória fixada em 200 salários mínimos apresenta-se equitativa, condizente com as circunstâncias fáticas, atendidos os critérios da razoabilidade e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico dos réus.

Revela-se como forma de desestimular a reincidência de ofensa a direito dos usuários da rede pública de saúde, a fim de que a condenação cumpra função punitiva e pedagógica, compensando-se, ainda que simbolicamente, o sofrimento dos autores, sem, contudo, ensejar enriquecimento sem causa. (TJMG, AC n. 1.0079.04.156253-3, Rel. Des. Armando Freire, julgado em 27.3.07).

Nesse passo, tendo a Fundação de Saúde, por meio de seus médicos, causado dano a Sr<sup>a</sup> Marli Inêz, ainda que exclusivamente moral, caracterizado está o ato ilícito (art. 186 do CC), e a obrigação de repará-lo (art. 927 do CC).

Todavia, se de um lado a condenação se revela necessária, de outro não se pode admitir que dela resulte enriquecimento sem causa, visto que vedado em nosso ordenamento jurídico.

É que, mesmo reconhecendo quão dolorida e frustrante mostrou-se a situação enfrentada pela apelada, observa-se uma desproporção no valor arbitrado que, se for mantido, onerará demasiadamente a Fundação, promovendo um locupletamento indevido da parte adversa.

Quanto ao tema, a prof. Maria Helena Diniz leciona:

O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento, nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o quantum da indenização o juiz não procederá ao seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação. (Indenização por dano moral: a problemática do quantum, Revista Jurídica Consulex, n. 3, março/1997).

Em situação praticamente idêntica, a Terceira Turma Cível deste Tribunal, atenta aos princípios da razoabilidade, considerou o valor de R\$ 54.000,00 suficiente a indenizar os danos morais suportados pela morte de um recém-nascido, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MORTE FILHA APÓS O PARTO – USO DE FÓRCEPS – LESÃO NO CRÂNIO – CASO FORTUITO – NÃO-OCORRÊNCIA – CULPABILIDADE DO MÉDICO COMPROVADA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL – REDUÇÃO OU MAJORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE – VALOR FIXADO DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

[...]

A sentença fixou a indenização em R\$ 54.000,00, quantia esta que reputo condizente com a situação apresentada aos autos. É sabido que inexistente em nosso ordenamento jurídico um critério de fixação para os danos morais, sendo que a doutrina e jurisprudência têm aplicado reiteradamente o binômio compensação-punição. Sob esta ótica, ao mesmo tempo em que serve de lenitivo para o lesado serve de desestímulo para o ofensor, evitando que atos deste tipo voltem a ser praticados (AC n. 2005.013389-2, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay).

Na mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça reduz os danos morais quando, qualquer que seja o caso, a indenização se mostra excessiva:

CIVIL - PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - DANOS MORAIS - AGRESSÃO FÍSICA EM LOCAL PÚBLICO - COMPROVAÇÃO - REVISÃO DE FATOS E PROVAS - SÚMULA 07/STJ - VALOR INDENIZATÓRIO - REDUÇÃO.

1. [...]

4. Diante dos fatos assentados pelas instâncias ordinárias, e dos princípios de moderação e razoabilidade, o valor fixado pelo Tribunal, em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do fato danoso. Para assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento indevido reduz o valor indenizatório, para fixá-lo na quantia certa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

5. Recurso parcialmente conhecido e nessa parte, provido. (REsp n. 813.788/MT, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 14.11.06).

Desse modo, impõe-se ajustar o montante outrora fixado pelo magistrado singular a um patamar compatível com a questão em análise, reduzindo-o para R\$ 62.250,00 (sessenta e dois mil, duzentos e cinquenta reais) equivalentes a cento e cinquenta salários mínimos atuais.

### 3. Recurso do Estado de Mato Grosso do Sul.

Desde logo, acolhe-se a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Estado, excluindo-o do polo passivo desta ação de indenização.

Ao que se nota, o Hospital Regional de Mato Grosso do Sul é uma empresa pública<sup>1</sup>, e como tal detém autonomia administrativa e financeira em relação ao ente que a criou.

Assim sendo, o Estado responderá somente de forma subsidiária pelos danos causados, o que não significa que ele deva integrar a lide, isso porque o ente federativo somente será responsabilizado se esgotado o patrimônio da empresa pública.

Ao tratar do tema, dispõe o atual Código Civil:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Não diverge de tal entendimento a orientação emanada por este Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – HOSPITAL – EMPRESA PÚBLICA – RESPONSABILIDADE DO ESTADO – INADMISSÍVEL – SUBSIDIÁRIA – RECURSO IMPROVIDO.

Cabendo ao hospital, empresa pública, a responsabilidade de seus atos, não tem o Estado o dever de indenizar.

A responsabilidade da Administração Pública, quando se tratar de ato praticado por empresa pública, é subsidiária. (Ag n. 2005.010656-5, Quarta Turma, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 4.10.05).

<sup>1</sup> Dispõe o art. 1º da Lei n. 1719/96:

*“Artigo 1º. Fica o poder Executivo autorizado a criar uma Empresa Pública, denominada Hospital Regional do Mato Grosso do Sul, vinculada à Secretaria de Estado de Saúde e por ela supervisionada, entidade de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivamente estatal, dotada de autonomia administrativa e financeira, com sede e foro na capital do Estado”.*



No voto condutor do acórdão supracitado, o eminente Relator citou Diógenes Gasparini<sup>2</sup>, *in verbis*:

A União, os Estados-membros, o distrito Federal e os Municípios não são responsáveis pelos atos praticados e obrigações contraídas pelas respectivas empresas públicas. Também não respondem pelos danos que os servidores dessas entidades, nessa qualidade, possam causar a terceiros. Assim é dado que ditas empresas são pessoas, isto é, sujeitos de direito e obrigações [...] À empresa pública, portanto, cabe responder pelas obrigações assumidas e satisfazer, nos termos do art.15 do Código Civil, os prejuízos decorrentes de seus atos e dos atos de seus servidores, que, nessa qualidade, causaram a terceiros.

E mais adiante, complementa: “Como a Administração Pública, no caso de dano, só responde depois do esgotamento patrimonial da empresa pública, isto é, em segundo lugar, diz-se que a responsabilidade é subsidiária [...]”

Do mesmo modo, mas referindo-se à ilegitimidade da União, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ERRO MÉDICO PRATICADO POR INTEGRANTE DE HOSPITAL PÚBLICO. UNIÃO. EXCLUSÃO DO PÓLO PASSIVO.

1.[...]

2. A descentralização dos serviços de saúde entre as entidades da federação imunizam a União de responsabilidade em se tratando de hospital público que responde solidária e objetivamente por infortúnios ocorridos no seu mister.

3. Cabendo ao próprio hospital, como empresa pública, a responsabilidade dos seus atos, impassível estender à União eventual dever de indenizar por erro médico de componentes da entidade hospitalar pública.

4. [...]

6. Recurso especial provido para excluir a União do feito. (REsp n. 513.660/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.11.03).

Conclusão.

Ante o exposto, voto no sentido de:

I) dar parcial provimento ao recurso interposto por Marli Inêz, apenas e tão-somente para majorar o valor arbitrado a título de honorários advocatícios, fixando-os em 10% do valor da condenação;

II) dar parcial provimento ao recurso da Funsau, tão-somente para reduzir a indenização para R\$ 62.250,00 (sessenta e dois mil, duzentos e cinquenta reais), corrigidos monetariamente a partir desta data e acrescidos dos juros da mora de 6% a.a., contados da citação, mantendo-se no mais a sentença recorrida;

III) dar integral provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul e reconhecendo sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação, excluindo-o da lide.

<sup>2</sup> Direito Administrativo. Ed. Saraiva, 9. ed., 2004, p.384-385.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Revisor)

Peço vênica ao relator para dele divergir, dando provimento ao recurso obrigatório.

A autora/recorrida propôs a ação de indenização por danos morais c/c danos materiais em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul e do Hospital Regional de Mato Grosso do Sul.

Em sua inicial, relata que, ao ser constatado que se encontrava gestante, se submeteu a outros exames necessários “... sendo estes utilizados com o fim de ‘check up’, para averiguação do atual estado da paciente, concluindo através destes a aptidão da Requerente no seguimento normal da referida gestação sem riscos, sendo somente alertada da necessidade de tomada de cuidados extras, quais sejam, repousos, não fazer esforços físicos, dentre outros de uma série, e principalmente realizar o acompanhamento pré-natal, já que era necessário para acompanhamento rotineiro do estado do feto e, por conseguinte, da gestante;” (sic, f. 3) Destaquei.

No dia 05.02.2004 a requerente/recorrida teria sido surpreendida com uma informação médica de que a criança era prematura e que deveria ser aplicada uma injeção para amadurecimento do pulmão do feto e, posteriormente, “Próximo ao provável nascimento com vida da sua filha, em 28/11/03, a Requerente acometida de uma ansiedade interminável, realizou outro exame de ultra-sonografia, nesta altura com gestação utópica 27 semanas e +/- 6 dias, bem como um exame de Colpocitologia Oncótica, tendo como resultado a formação saudável do feto e presente os movimentos cardíacos e respiratórios normais.” (sic, f. 4).

O início das complicações que resultaram na perda do feto se deu após ligeira alta da pressão arterial, *in verbis*:

“[...]

Porém em 04/02/04, após ligeira alta da pressão arterial, medida em uma farmácia, a Requerente fora conduzida a um Posto de Saúde da Capital, localizada no Bairro Nova Bahia, local onde fora atendida por um médico plantonista, de onde fora determinado sua recondução ao Hospital Regional tendo em vista ser o único local competente e com vaga para atende-la já que estava próxima a ‘dar a luz’;

[...]” (sic, f. 4).

Corroborando com as alegações estão os documentos acostados aos autos, onde consta que foi atendida gratuitamente e com todos os cuidados necessários a gestantes.

Durante a gravidez a autora desenvolveu pré-eclampsia grave (f. 143) que é uma doença hipertensiva específica da gravidez e pode causar o aceleração do parto, além de poder ocasionar a falta de oxigênio para o feto ocasionando a sua morte (f. 473-143).

A recorrida narrou baseada em provas, ainda na inicial, que teve complicações nas vésperas da data que seria o parto, mas o que se verifica é que tais complicações foram decorrentes da pré-eclampsia, ou seja, no documento de f. 57 há informação de que da necropsia de feto, constou “CAUSA MORTIS: ANÓXIA INTRA-UTERINA” - “DOENÇA HIPERTENSIVA ESPECÍFICA DA GRAVIDEZ (DHEG)”, o que demonstra que a morte do feto se deu em consequência da pré-eclampsia de que a autora é portadora.

Quando de sua última consulta, a autora já estava com a sua pressão arterial alta, inclusive sendo medicada com o medicamento para baixar a pressão (f. 134), inclusive dietas (f. 152-157).

Ora, não se pode atribuir a responsabilidade pela morte intrauterina da filha da autora aos requeridos, se verificado pelos documentos de f. 26-60/134-175 que os funcionários dos mesmos atuaram sem nenhuma negligência, imperícia ou imprudência.

Ademais, apesar da fatalidade ocorrida, muitas das alegações da autora/recorrida, lançadas na inicial, não restaram comprovadas, enquanto que a versão apresentada em contestação pela Fundação Serviços de Saúde – FUNSAU – está devidamente amparada por provas (f. 134-175) que conduzem à improcedência do pedido inicial.

Destaca-se novamente, não se verifica nenhuma omissão do Estado de Mato Grosso do Sul a justificar o pedido de indenização pela autora.

É fato que o magistrado traz aos autos dados sobre pesquisa na internet de como, em casos tais, deveria ser o tratamento, mas não encontro, pelo prontuário de atendimento (f. 134-175), erro médico por culpa.

Logo, não se verificando responsabilidade dos requeridos, afasta-se a condenação, impondo-se a reforma da sentença.

Assim, em face do exposto e fundamentado, dá-se provimento ao recurso obrigatório, julgando-se improcedente o pedido inicial.

Inverte-se o ônus da sucumbência, ficando suspensa a cobrança até que sobrevenha situação financeira melhor à recorrida que é beneficiária da justiça gratuita.

JULGAMENTO ADIADO EM RAZÃO DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL. O RELATOR DÁ PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DE MARLI INÊS E DA FUNSAU, BEM COMO TOTAL PROVIMENTO AO DO ESTADO. O REVISOR NEGA PROVIMENTO AO APELO DE MARLI E DÁ PROVIMENTO AO DA FUNSAU, CONCORDANDO COM O RELATOR EM RELAÇÃO AO RECURSO DO ESTADO. QUANTO AO REEXAME, AMBOS RETIFICARAM EM PARTE.

## VOTO (17.2.2009)

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Vogal)

Em razão da divergência entre os ilustres membros que me antecederam, resolvi pedir vista para proferir, com segurança, o voto.

Da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais proposta por Marli Inez da Silva em face da Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul – FUNSAU e do Estado de Mato Grosso do Sul todas as partes recorreram, existindo inclusive o reexame necessário.

O ilustre relator deu parcial provimento ao recurso de Marli Inez para majorar a verba honorária de R\$ 700,00 para 10% sobre o valor da condenação. Quanto ao apelo da FUNSAU, proveu-o parcialmente para reduzir a indenização por danos morais, fixada em 250 salários-mínimos, para R\$ 62.250,00. Deu integral provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul, reconhecendo-o como parte ilegítima passiva. Quanto ao reexame, retificou em parte o julgado. O douto revisor votou com o relator no que se refere ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul. Negou provimento ao apelo de Marli Inês e deu provimento ao recurso da FUNSAU e, quanto ao reexame, retificou-o integralmente, julgando improcedente o pedido.

Noticiam os autos que a autora, após ser internada nas instalações da FUNSAU, teve complicações na gravidez, vindo a resultar na morte da criança, do sexo feminino, ocorrido na data de 10 de fevereiro de 2004, conforme comprova a certidão de óbito de f. 56.

O relator reconheceu que a morte do bebê decorreu da imperícia e da negligência do serviço médico-hospitalar prestado à autora no final de sua gravidez, ao passo que o revisor entendeu que os funcionários do hospital atuaram sem nenhuma negligência, imperícia ou imprudência, em razão de a gestante ser portadora de “doença hipertensiva específica da gravidez (DHEG)”, o que levou à morte do feto, em consequência da pré-eclâmpsia.

A douta juíza sentenciante demonstrou, com precisão, que a responsabilidade subjetiva do hospital se resumiu “na ausência de realização do parto no momento devido” (f. 237). Peço vênha para transcrever parte do decisum recorrido que bem apreciou a questão:

Infere-se do quadro clínico da autora que esta, após a medicação ministrada pelos médicos funcionários do requerido, teve sua pressão arterial controlada. Fato este que lhe manteve a boa saúde pelos dias 06, 07 e 08 de fevereiro, conforme narra, inclusive, a FUNSAU, à f. 105-106 dos presentes autos, que assim dispõe:

“No dia seguinte dia 6.2.04 a requerente estava com sua pressão arterial estabilizada, na prescrição e evolução médica deste dia (doc. 21) comprova exatamente isso, paciente assintomática, e a mesma tinha feito o exame Doppler no dia anterior e os exames não apresentavam alteração nenhuma.

A requerente esteve o tempo todo medicada, conforme se comprova com a prescrição e evolução médica (doc. 20-27), contudo o organismo da requerente não reagia à medicação prescrita, mas esclarece-se mais uma vez que a requerente estava devidamente medicada e com os devidos cuidados dos médicos e da enfermagem da requerida.

No dia 7.2.04, a sua pressão arterial se estabilizou, a paciente ora requerente estava bem, no dia 8.2.04 a paciente acordou super bem, tendo inclusive baixado sua pressão arterial para 110/70, e estava sendo medicada e acompanhada pela enfermagem durante todo o tempo”.

A medicação ministrada à autora tinha por fito abaixar a pressão arterial da mesma, o que de fato ocorreu, conforme exposição da FUNSAU e documentos juntados. Dessa forma, não há que se falar que o organismo da autora não reagiu ao medicamento.

Pode ser que tenha sido a injeção para amadurecimento pulmonar que não tenha surtido efeito, mas o médico que depôs em juízo afirmou que o prazo esperado para tal resultado era de dois dias, e ao fim deles a paciente desceu para se fazer o parto, mas não foi feito, a paciente chegou a ser encaminhada para a consumação do parto, que não ocorreu em razão da ausência de vagas na UTI neo-natal e CTI intermediária.

Segundo o depoimento médico de f. 305, a medicação para baixar a pressão pode ter atingido o feto, levando-o a óbito, por baixa da pressão e falta de oxigênio ao bebê.

Na verdade, a medida que se impunha era justamente a realização do parto e posterior tratamento da criança em UTI neo-natal, mas isso não foi possível porque não havia vaga no setor apropriado para tratar a criança após seu nascimento quanto ao amadurecimento do seu pulmão. E assim, deixou de ser feito o parto, prevendo-se que não se poderia tratar esse problema do bebê, por tal motivo.

Corroborando tal entendimento, tem-se o depoimento do médico a f. 305, que assim expôs: “[...] não havia possibilidade de ser feito o tratamento de amadurecimento do pulmão da criança após o parto porque não tinha a vaga no setor apropriado”.

Assim, pelos fatos narrados, o parto deveria ter ocorrido no dia 08 de fevereiro de 2004, quando do amadurecimento do pulmão do feto e da estabilidade da pressão da autora. Tal também se infere do depoimento acostado à f. 305: “[...] no terceiro dia, 8.2, a autora chegou a descer para o parto mas não tinha vaga na UTI neo-natal e nem no CTI intermediário [...]”

Não é ponto controvertido o fato de que, neste dia, o feto estava vivo e a saúde da autora suficientemente adequada à realização do parto.

Não havendo vagas, foi o parto adiado, acarretando por conseguinte a morte do feto.

Assim expôs o depoente à f. 305:

[...] nos dias 6, 7 e 8, que mostram que a autora estava com a pressão estabilizada não foi feito o parto porque a medicação para amadurecimento do pulmão levaria dois dias para atingir o efeito e a doplerfluxometria se mostrava normal; que no terceiro dia, 08/02, a autora chegou a descer para o parto mas não tinha vaga na UTI neo-natal nem no CTI intermediário, dada a circunstância de que se tratava de criança prematura e necessitaria do berçário especial e como ela estava saudável e os exames em ordem, levando em conta que a doplerfluxometria tem uma validade de 5 dias é que ela foi retornada para o 5º andar; que o depoente não tem como responder se o fato de não ter sido feito o parto no dia anterior tenha sido preponderante na morte do feto; que não havia possibilidade de ser feito o tratamento de amadurecimento do pulmão da criança após o parto porque não tinha a vaga no setor apropriado [...].

Conforme elucidado pelo médico depoente, o medicamento ministrado à autora no dia 05 de fevereiro com o intuito de amadurecimento do feto para realização do parto levaria 2 (dois) dias para causar efeito. Por consequência, entende-se o dia 08 de fevereiro como data ideal para a realização do parto, uma vez que o feto já estaria maduro em razão do efeito do medicamento e a autora apresentava boas condições de saúde. E de fato a paciente foi levada para fazer o parto, que não se realizou por falta de vagas para tratamento do bebê pós-parto, na UTI neo-natal e no CTI intermediário.

Ora, é falha do serviço uma unidade hospitalar não ter vagas para atendimentos emergenciais como, de fato, era o caso da autora.

Então, estamos diante da responsabilidade subjetiva do requerido, porque os danos causados à autora, em virtude do adiamento do parto, decorreram do não correto atendimento com os devidos serviços de saúde.

Havendo falha do requerido em prestar assistência médica, caracterizada está a omissão. O Hospital deve prever e estar preparado para atender casos de urgência, principalmente quando vidas estão em perigo, sob pena de ferimento ao Princípio da Dignidade Humana.

Demonstrada está a conduta omissiva do Hospital, consistente na ausência de prestação adequada de serviços de saúde, em razão da ausência de vagas destinadas a atendimento médico-hospitalar intensivo dos neo-natos. (f. 337-340-TJMS)

À idêntica conclusão chegou o ilustre relator, ao reconhecer “o nexo causal entre o inegável abalo sofrido pela mãe do natimorto e a negligência da equipe médica do nosocômio. A omissão culposa foi causa do evento que poderia ter sido evitado caso o atendimento hospitalar tivesse sido de acordo com o que se espera de uma maternidade. Diante da demora prolongada na realização do parto, restou caracterizada a falha técnica que impregnou de ilicitude a conduta omissa da Funsau.”

Também acompanho o relator no que tange à possibilidade de o Estado ser excluído do polo passivo da lide, uma vez que sua responsabilidade é subsidiária e não há nos autos nenhum indício de que entidade paraestatal encontre-se em estado de insolvência.

No entanto, faço a ressalva de que a exclusão do Estado do polo passivo tem alcance meramente processual, pois não enseja o afastamento de sua responsabilidade subsidiária na hipótese de eventual esgotamento do lastro econômico da responsável principal (entidade paraestatal).

Quanto à relação que se instaura entre os três sujeitos (pessoa jurídica de direito público, pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público e o particular eventual lesionado), é cediço que, na equação das responsabilidades patrimoniais, o Poder Público responderá de forma subsidiária perante os administrados eventualmente lesionados por atos de seus agentes, quando, por óbvio, o dano tiver nascedouro na execução do serviço público. Logo, significa dizer que a responsabilidade do Estado “é subsidiária sempre que, esgotadas as forças do outorgado, restar por satisfazer certo montante decorrente de obrigações originadas diretamente da prestação dos serviços.” (GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 244.)

A propósito, com a maestria que lhe é peculiar, o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello propõe:

Pode dar-se o fato de o concessionário responsável por comportamento danoso vir a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia atividade estatal, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá que arcar com os ônus daí provenientes. Pode-se, então, falar em responsabilidade subsidiária (não solidária) existente em certos casos, isto é, naqueles – como se expôs – em que os gravames suportados por terceiros hajam procedido do exercício, pelo concessionário, de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2004 p. 700).

Ademais, vale elucidar que o ente político, mesmo que não tenha participado do processo de conhecimento, o que não é o caso, poderá, na fase executiva, responder pelos danos causados pelo seu agente (entidade paraestatal), desde que respeitada a subsidiariedade de sua responsabilidade.

Nesse diapasão se assenta a atual jurisprudência dos Tribunais. Confira-se:

36045506 - AGRADO DE PETIÇÃO. EXECUÇÃO. ESTADO DE ALAGOAS E CARHP. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Nada obstante o Estado de Alagoas não tenha figurado no polo passivo da lide em sua fase de conhecimento e ausente seu nome do título executivo, não fica eximido de responder, subsidiariamente, pela execução, desde que comprovado, como é a hipótese dos autos, que a empresa por ele controlada. CARHP, sociedade de economia mista, não possa fazer face a execução. Agravo não provido. (TRT, Apet n. 02565.1996.002.19.00-1, Décima Nona Região, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Vanda Maria Ferreira Lustosa, julgado em 13.1.09, DJEAL 9.2.09, Pág. 26).

64249291 - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. DANOS MORAIS. CONDUCTA MÉDICA NEGLIGENTE. MORTE CONSTATADA. Sinais de vida evidenciados durante o funeral. Inobservância de cuidados médicos ao recém-nascido pré-maturo. Responsabilidade direta de autarquia. Exclusão do município do pólo passivo. Inegavelmente o denominado erro de diagnóstico, por si só, não é suficiente para responsabilização do médico pela reparação dos danos. Contudo, uma vez comprovada a negligência e falta de cuidados a indenização é medida que se impõe acertada. Não estando comprovado nos autos o eventual estado de insolvência da autarquia municipal, não há falar em responsabilidade subsidiária do município por eventuais danos causados a terceiros. (TJSC, AC n. 2000.014807-5, Guaramirim, Terceira Câmara de Direito Público, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJSC 10.11.08, Pág. 99) (Publicado no DVD Magister n. 23 - Repositório Autorizado do TST n 31/2007)

Em face de tais considerações, pedindo vênias ao ilustre revisor, acompanho, em sua totalidade, o voto do ilustre relator, inclusive na parte em que deu parcial provimento aos recursos de Marli Inez e da FUNSAU. De igual modo, voto com o relator para prover o recurso do Estado de Mato Grosso do Sul, reconhecendo a possibilidade de ser excluído do polo passivo, com a ressalva de que referido resultado não o exime da eventual obrigação de ressarcir os danos, em razão de caber primeiramente ao próprio hospital, por ser uma empresa pública, a responsabilidade por seus atos (art. 43 do Código Civil) e, tão somente, subsidiariamente a responsabilidade do Estado. No que se refere ao reexame, em face do resultado do julgamento, voto, ainda, de acordo com o relator para retificar em parte o *decisum* recorrido.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE MARLI INÊS E DA FUNSAU. POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO. QUANTO AO REEXAME, POR MAIORIA, RETIFICARAM EM PARTE O JULGADO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O REVISOR QUE O RETIFICAVA INTEGRALMENTE, JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Luiz Carlos Santini e Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 17 de fevereiro de 2009.

\*\*\*



**Agravo Regimental em Agravo n. 2008.034494-4/0001-00**  
**Campo Grande - Segunda Turma Cível**  
**Relator Des. Julizar Barbosa Trindade**

E M E N T A – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA – CONTRATO DE LOCAÇÃO – FIANÇA – BEM DE FAMÍLIA DE FIADOR – PENHORABILIDADE – MATÉRIA JÁ TRATADA NA DECISÃO MONOCRÁTICA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Em virtude da exceção legal do art. 3º da Lei n. 8.009/90, inserida pelo art. 82, VII, da Lei n. 8.245/91, é possível a penhora do bem imóvel do fiador em contrato de locação.

Não havendo razões que justifiquem a reforma do julgado, deve ser mantida a decisão agravada regimentalmente.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, negar provimento ao recurso, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Maria Clara de Souza e Marcelo Oliveira Andrade interpõem agravo interno contra decisão (f. 113-5) que, na ação de execução provisória movida por Jorge Saliba, negou seguimento ao seu recurso por manifesta improcedência.

Sustentam não poder subsistir a decisão monocrática, ratificando os termos do agravo no sentido de que a Emenda Constitucional n. 26/2000 não recepcionou o art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90 alterado pela Lei n. 8.245/91.

Ao final, pleiteiam a reconsideração da decisão ou a remessa do recurso à apreciação do Colegiado.

A decisão foi mantida (f. 127 v.), razão pela qual é submetida a esta Turma Julgadora.

**VOTO**

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

A meu juízo, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos. Eis o seu teor, que ora reafirmo:

Decisão

Ao que se colhe, os recorrentes pretendem desconstituir a penhora realizada nos autos, em razão de ser o imóvel construído bem de família.

O magistrado indeferiu o pedido nos termos do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, por entender que o bem não se encontra albergado pelo instituto da impenhorabilidade por se tratar de obrigação decorrente de fiança em contrato de locação.

A decisão deve ser mantida.

É que a questão da constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/90, com a redação da Lei n. 8.245/91 já foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, tendo inclusive mudado seu posicionamento anterior para reconhecer que a penhora do bem de família não viola o art. 6º da Constituição Federal, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional 26 de 15 de fevereiro de 2000. Nesse sentido confira os arestos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PENHORA. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. LEGITIMIDADE.

1. [...].

2. [...].

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 407.688, decidiu pela possibilidade de penhora do bem de família de fiador, sem violação do artigo 6º da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento. (Ag n. 666879 AgRg, Segunda Turma, Rel. Min. EROS GRAU, julgado em 09.10.07, DJ 147, DIVULG 22-11-2007, PUBLIC 23.11.07, DJ 23.11.07, PP-00106, EMENT VOL-02300-20, PP-04305).

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/90, com a redação da Lei n. 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei n. 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (RE n. 407688, Tribunal Pleno, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgado em 08.02.06, DJ 06.10.06, PP-00033, EMENT VOL-02250-05, PP-00880 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147).

Ao fundamentar o voto no RE n. 407688 para sustentar a possibilidade da penhora neste caso, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou: “A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição.”

O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento do STF, estendeu os seus efeitos inclusive aos contratos anteriores à vigência da lei que instituiu a exceção ao instituto da impenhorabilidade do bem de família:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIANÇA. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Esta Corte Superior de Justiça, acompanhando o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do RE n. 407.688/SP, passou a adotar o entendimento de que, mesmo após a edição da Emenda Constitucional n. 26/2000, é legítima a penhora sobre bem de família de fiador de contrato de locação, a teor do inciso VII do artigo 3º da Lei n. 8.009/90, acrescentado pelo artigo 82 da Lei n. 8.245/91, inclusive para os pactos anteriores à vigência deste diploma legal. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1049425/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 10.6.08, DJ 29.9.08).

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIANÇA. BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. PENHORABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. É possível a penhora do único bem imóvel do fiador do contrato de locação, em virtude da exceção legal do art. 3º da Lei 8.009/90, inserida pelo art. 82, VII, da Lei n. 8.245/91, que, por ser de índole processual, tem eficácia imediata. Precedentes do STJ e do STF.

2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 891.290/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27.3.08, DJ 12.5.08).

Assim, se pacificado o entendimento tanto no STJ quanto no STF, inclusive resolvida a questão da constitucionalidade, no sentido de permitir a penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação, a manutenção da decisão agravada é medida que se impõe.

Conclusão

Diante do exposto, nos termos do *caput* do art. 557 do Código de Processo Civil, nega-se seguimento ao presente agravo de instrumento, ante sua manifesta improcedência.

Campo Grande, 25 de novembro de 2008.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

A questão alegada no agravo interno já foi devidamente analisada quando da apreciação do recurso, sendo desnecessárias maiores considerações.

Assim, diante da ausência de argumentos capazes de alterar as razões da decisão agravada, subsiste incólume o entendimento nela firmado, e, por isso voto por se negar provimento ao presente agravo interno.

A Sr.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Tânia Garcia de Freitas Borges (1<sup>a</sup> Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (2<sup>o</sup> Vogal)

A questão não é nova perante esta Corte, tendo já firmado meu posicionamento em sentido contrário ao manifestado pelos nobres pares.

Embora os Tribunais Superiores tenham decidido pela aplicabilidade e constitucionalidade da norma contida no inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90, invocada pelo agravado, me filio à corrente que defende sua afronta à Constituição por violar o direito social fundamental da moradia e os princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana.

Levando em conta tal circunstância, em 25.4.05, o Ministro Carlos Veloso, ao relatar o Recurso Extraordinário n. 352.940-4, acolheu a alegação de que embora a Lei n. 8.245/91, que acrescentou o inciso mencionado ao art. 3º da Lei n. 8.009/90, permitisse a penhora de imóvel de família por “obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”, o artigo 6º da Constituição Federal impediria a penhora. Segundo o Ministro, esse impedimento se deu a partir da Emenda Constitucional n. 26, promulgada em 14.02.2000, que incluiu a moradia entre os direitos sociais garantidos pela Constituição. Confira:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei n. 8.009/90, arts. 1º. E 3º. Lei n. 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º., ressaltando a penhora ‘por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação’: sua não-recepção pelo art. 6º., C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Frise-se que, antes mesmo do Ministro Veloso adotar esse posicionamento, o Tribunal de Justiça de Brasília já pacificara sua jurisprudência no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL – CIVIL – CONSTITUCIONAL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – PENHORA – FIADOR – DESCONSTITUIÇÃO DA CONSTRICÇÃO JUDICIAL DOS BENS – IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º., VII, da lei n. 8009/90, ACRESCIDO PELO ART. 82 DA LEI N. 8.245/91 – NORMA NÃO RECEPCIONADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26/2000 – ELEVACÃO DA MORADIA COMO DIREITO SOCIAL – AGRAVO IMPROVIDO – MAIORIA. A nova ordem constitucional, emanada pela Emenda n. 26/2000, merece a reflexão dada pelo il. Magistrado ‘*a quo*’, ao considerar como não recepcionados os preceitos infraconstitucionais que cuidam sobre a exclusão do benefício da impenhorabilidade do imóvel

residencial do fiador e dos bens que guarnecem a casa. Com efeito, ao alcançar a moradia o direito social do cidadão, considerou o legislador constituinte as atuais condições de moradia de milhões de brasileiros, que vivem em situação deprimente e que configuram verdadeira 'chaga social' para grande parte das metrópoles do País. (Ag n. 2000.00.2.003053-2, Quarta Turma Cível, Rel. Lecir Manoel da Luz, DF, Maioria, DJ 13.11.00).

Com efeito, o artigo 6º. da Constituição Federal consigna, textualmente que "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".

Discorrendo sobre o artigo, ALEXANDRE DE MORAES afirma que: "*Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas [...]*" (Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Atlas, 5. ed., 2005, p. 477).

Não se pode olvidar que, ao declarar a impenhorabilidade do único bem de família (ressalvado o inciso citado), o legislador procurou amparar os menos assistidos economicamente, impedindo a extensão da miséria, dando-se proteção à família, considerada a célula-mãe de toda uma sociedade, em detrimento de simples satisfação de obrigação pecuniária. Portanto, se considerarmos que o afiançado não anuiu expressamente com a possibilidade de que seu único bem imóvel, utilizado como residência, pudesse vir a garantir dívida não paga de locação, o inciso VII, em questão, encontra-se em vias de colisão com o fim social da Lei n. 8.009/90, por afrontar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Afora isso, há ainda de ser mencionado o desrespeito ao princípio da isonomia, visto que, se o imóvel residencial do locatário não pode ser penhorado por estar amparado pela Lei do Bem de Família, entretanto, a inserção da penhorabilidade em relação ao fiador dá tratamento desigual a situações iguais. No mais, deve ser ressaltado ainda que, ao julgar caso semelhante o Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva Relatou acórdão prolatado pela Quinta Turma Cível, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – MORADIA COMO UM DIREITO SOCIAL – PROTEÇÃO À ENTIDADE FAMILIAR COMO UM TODO – RECURSO PROVIDO. É impenhorável o bem de família pertencente ao fiador em execução decorrente de contrato de locação, porquanto o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90 não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 26/2000. (AC n. 2004.006080-7, Quinta Turma Cível, DJ 11.9.08).

Confira-se trecho do seu judicioso voto, que por unanimidade proveu o apelo interposto:

Também não se desconhece dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça em que firma a compreensão de que não se aplica aos fiadores em contrato locatício a impenhorabilidade do bem de família previsto na Lei n. 8.009/90.

Tal entendimento foi inclusive corroborado em julgamento proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, que se posicionou no sentido de que é possível a constrição do único bem imóvel pertencente ao fiador do contrato de locação, nos termos da exceção legal do art. 3º da Lei n. 8.009/90, acrescentado pelo art. 82 da Lei n. 8.245/91, uma vez que referida exceção não ofende o art. 6º da Constituição Federal que, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 32/00, elevou a moradia à categoria de direito social.

Confira-se, a respeito, a ementa do referido decisório:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/90, com a redação da Lei n. 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei n. 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (STF, RE n. 407.668/SP, Tribunal Pleno, São Paulo, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 8.2.06).

Com efeito, há muito persiste expressiva corrente pretoriana que estende a regra de impenhorabilidade da Lei n. 8.009/90 ao único imóvel residencial do fiador, encontrando-se nela, dentre outros, adeptos do quilate dos Ministros Eros Grau, Carlos Britto e Celso de Mello.

Este já foi o posicionamento, inclusive, do próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 352.940-4/SP, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE.

Lei n. 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei n. 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não-recepção pelo artigo 6º da CF, com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, REExtra n. 352.940-4/SP, Min. Carlos Velloso, julgado em 25.4.05).

Também o Superior Tribunal de Justiça já entendeu pela impenhorabilidade do bem de família mesmo quando o processo estiver na fase de execução, consoante se extrai da ementa abaixo transcrita, que se encaixa perfeitamente *in casu*:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. LOCAÇÃO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI N. 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO.

Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90 não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional n. 26/2000). Recurso provido. (STJ, REsp n. 745161/SP, n. 2005/0068634-6, Quinta Turma, Min. Felix Fischer, julgado em 18.8.05, DJ 26.9.05, p.455).

No mesmo sentido, colhem-se os seguintes julgados desta Corte:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE – CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSEGURA A MORADIA COMO UM DIREITO SOCIAL – RECURSO IMPROVIDO. (TJMS, AC - Execução – n. 2006.003415-7/0000-00, Terceira Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 10.4.06).

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – BEM DE FAMÍLIA DE FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO – COISA JULGADA – REJEITADA – IMPENHORABILIDADE – NÃO RECEPÇÃO PELA CF DO INCISO VII DO ART. 3º DA LEI N. 8.245/91 – RECURSO IMPROVIDO.

A impenhorabilidade do bem de família é questão de ordem pública e pode ser argüida a qualquer tempo.

O inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei n. 8.245 de 1991, não foi recepcionado pela Emenda Constitucional n. 26 de 2000, por ofensa ao princípio da isonomia.

Não há falar em penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, por haver violação ao direito fundamental à moradia, garantido pela Constituição Federal e pelo princípio da isonomia. (TJMS, Ag n. 2005.014312-3/0000-00, Terceira Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 7.11.05).

Destarte, não se há falar em penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, não só em função do princípio da isonomia, como também por haver violação ao direito fundamental à moradia, inegável direito social que encontra abrigo no rol dos direitos de segunda geração garantidos pela Constituição Federal.

Feitas essas considerações, conheço e provejo o regimental, declarando a impenhorabilidade do único bem imóvel pertencente aos recorrentes, determinando o levantamento da constrição que sobre ele recai.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR MAIORIA, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O 2º VOGAL.

Presidência da Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Tânia Garcia de Freitas Borges e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

\*\*\*



**Apelação Cível n. 2008.021153-5 - Campo Grande**  
**Segunda Turma Cível**  
**Relator Des. Luiz Carlos Santini**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – USUFRUTUÁRIO – LEGITIMIDADE – EXECUÇÃO AJUIZADA CONTRA O NU-PROPRIETÁRIO – SUBSTITUIÇÃO DA CDA – POSSIBILIDADE – LIMITE TEMPORAL – SENTENÇA – NU-PROPRIETÁRIO – EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO – PERDA DE OBJETO DOS EMBARGOS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORADOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa antes da prolação da sentença, trocando o responsável tributário, nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/80; assim, se o nu-proprietário é excluído do polo passivo, e a execução direcionada ao seu verdadeiro responsável, os embargos que visavam à extinção da execução perde seu objeto.

Os honorários de advogado devem ser fixados mediante apreciação equitativa do juiz, atendidos o grau de zelo profissional; o lugar da prestação de serviço; a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, em votação unânime prover parcialmente.

Campo Grande, 25 de novembro de 2008.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Flávio Nogueira Cavalcanti interpôs recurso de apelação contra a sentença que julgou extinto, por perda de objeto, os embargos a execução fiscal que moveu em face do Município de Campo Grande.

Alega que o magistrado não poderia extinguir os embargos por perda de objeto, em face da substituição processual da execução, pois a Lei n. 6.830/80 somente admite a substituição da CDA quando é constatado erro de natureza material ou formal.

Sustenta que na execução embargada houve erro no lançamento do tributo, elegendo o sujeito passivo o nu-proprietário, quando devia ser contra o usufrutuário; isso é erro de direito, não permitindo a substituição da CDA.

Diz que quando o erro é de lançamento, o único caminho é a extinção da execução, não havendo possibilidade de retificação da CDA.

Argumenta a inexistência de obrigação por parte do nu-proprietário, sem relação jurídico-tributária com o apelado que lhe obrigue a atender ao requisito do art. 13, II, do CTM.

Afirma a existência de interesse para recorrer; e que o reconhecimento da ilegitimidade passiva leva à extinção da execução, e, portanto, deve ser reconhecida de ofício.

Pondera que os honorários fixados devem ser majorados, pois não condizem com o serviço realizado.

Ao final, pede seja dado provimento ao recurso para reformar a sentença, decretar a extinção da execução e majorar os honorários para o patamar de R\$ 2.000,00.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Flávio Nogueira Cavalcanti, contra a sentença que julgou extinto, por perda de objeto, os embargos a execução fiscal que moveu em face do Município de Campo Grande.

Busca o provimento do recurso para reformar a sentença, decretando a extinção da execução, e para majorar os honorários para o patamar de R\$ 2.000,00.

O recurso merece parcial provimento.

O recorrente insurge-se contra a sentença que extinguiu os embargos à execução fiscal por perda do objeto.

Pois, bem. O apelante é o nu-proprietário de maneira que a sujeição passiva da obrigação tributária referente ao IPTU recai sobre o usufrutuário, porquanto está na posse direta, colhendo os proveitos do bem.

Isso ocorre visto que o usufrutuário é quem detém o direito de usar e fruir exclusivamente do bem.

A respeito o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. IPTU. USUFRUTUÁRIO. LEGITIMIDADE.

I - Consoante jurisprudência desta Corte, o usufrutuário tem legitimidade para questionar a cobrança de IPTU.

II - Segundo lição do saudoso mestre Pontes de Miranda, 'o direito de usufruto compreende o usar e fruir, ainda que não exerça, e a pretensão a que outrem, inclusive o dono, se o há, do bem, ou do patrimônio, se abstenha de intromissão tal que fira o uso e a fruição exclusivos. É direito, erga omnes, de exclusividade do usar e do fruir'. O renomado jurista perlustra, ainda, acerca do dever do usufrutuário de suportar certos encargos, que "os encargos públicos ordinários são os impostos e taxas, que supõem uso e fruto da propriedade, como o imposto territorial e o predial". Na mesma linha de raciocínio, este Superior Tribunal de Justiça,

ao apreciar a matéria, assentou que, “em tese, o sujeito passivo do IPTU é o proprietário e não o possuidor, a qualquer título [...] Ocorre que, em certas circunstâncias, a posse tem configuração jurídica de título próprio, de investidura do seu titular como se proprietário fosse. É o caso do usufrutuário que, como todos sabemos, tem a obrigação de proteger a coisa como se detivesse o domínio (REsp n. 203.098/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 8.3.00). (REsp n. 691.714/SC, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 27.6.05).

III - Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp n. 698041/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, unânime, 6.12.05).

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. IPTU. USUFRUTUÁRIO. LEGITIMIDADE. OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA.

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento insculpido no art. 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento.

II - No que se refere à legitimidade do usufrutuário para questionar a cobrança de IPTU, nada tem de obscuro o aresto que entendeu encontrar-se o acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte acerca do assunto, porquanto, nas hipóteses de usufruto de imóvel, não há falar em solidariedade passiva no tocante ao IPTU quando apenas o usufrutuário é quem possui o direito de usar e fruir exclusivamente do bem.

III - Inocorrentes as hipóteses de omissão, obscuridade ou contradição, não há como prosperar o inconformismo, cujo real intento é a obtenção de efeitos infringentes.

IV - Embargos de declaração rejeitados. (STJ, EAREsp n. 698041/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, unânime, 6.4.06).

Por outro lado, nada impede que a Fazenda Pública, constatando que ajuizou execução fiscal em desfavor do nu-proprietário e não do usufrutuário, substitua a certidão de dívida ativa antes da sentença, trocando o responsável tributário, consoante autoriza o art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/80.

Nesses moldes, poderá prosseguir com a execução primeva, uma vez assegurado ao executado a devolução do prazo para embargos sem que tenha de propor nova execução, em observância ao princípio da economia processual. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA (CDA). CÔMPUTO DE VÁRIOS EXERCÍCIOS NUM SÓ, SEM DISCRIMINAÇÃO DO PRINCIPAL E DOS CONSECUTÓRIOS LEGAIS, ANO A ANO. ABERTURA DE PRAZO PARA EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO *Ex officio* PELO JUIZ. LEI 11.051/2004, QUE ACRESCENTOU O § 4º AO ARTIGO 40, DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OUVIDA A FAZENDA PÚBLICA PREVIAMENTE.

1. A inscrição na dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida em que contenha todas as exigências legais, entre as quais se encontram o valor originário do débito tributário, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato, ex vi do disposto nos artigos 2º, § 5º, II, da Lei n. 6.830/80, e 202, II, do CTN.

2. A finalidade dessa regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções fiscais arbitrárias.

4. A Fazenda Pública, nada obstante, pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, ante o teor do artigo 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/80, não sendo possível o indeferimento liminar da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a supressão do defeito detectado no título executivo (Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no Ag 911.736/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 31.03.08; e REsp 837.250/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 14.03.07).

[...]

9. Recurso especial provido, para determinar o retorno dos autos ao Juízo Singular para re julgamento da causa. (REsp n. 816.069/RS, Primeira Turma, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 2.9.08, DJ 22.9.08)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INEXISTENTE. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. SUBSTITUIÇÃO. DETERMINAÇÃO PELO MAGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE. LIMITE TEMPORAL. PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

1. Não houve omissão do Tribunal *a quo*. Apenas não foi adotada a interpretação almejada pela recorrente, o que efetivamente não configura qualquer infringência ao art. 535 do CPC.

2. Em sede de apelação, mantendo a sentença, o Tribunal *a quo* declarou a ilegitimidade da cobrança de taxa de lixo. Após o trânsito em julgado dessa decisão, o Município substituiu a CDA, excluindo os valores considerados ilegítimos, requerendo o prosseguimento do feito, o que foi deferido pela instâncias ordinárias.

3. O recorrente alega que o feito já estaria extinto e que o exequente não mais poderia providenciar a substituição da CDA.

4. O entendimento exarado no acórdão *a quo* deve ser afastado ao menos por três razões.

5. A possibilidade de eliminar-se o valor indevido e prosseguir na execução só pode ocorrer quando não houver necessidade de substituição do título.

6. A norma inserta no § 8º do art. 2º constitui uma faculdade da Fazenda Pública para emendar ou substituir o título executivo extrajudicial. Por ter essa natureza, a identificação de sua necessidade e a realização do ato estão a cargo exclusivamente do Fisco, não cabendo ao Judiciário fazer às vezes do credor.

7. A lei é expressa ao estabelecer a decisão de primeira instância como limite temporal ao exercício dessa faculdade. Assim, não seria possível, após o trânsito em julgado da decisão, substituir ou emendar a CDA para ter reinício a execução fiscal, o que implicaria alteração do pedido.

8. Deve-se dar provimento ao recurso do contribuinte para extinguir a execução fiscal, ante a impossibilidade da substituição do título exequendo.

9. Recurso especial provido em parte. (REsp n. 1058716/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, julgado em 2.9.08, DJ 3.10.08).

Há de destacar, ainda, que se na execução fiscal o apelante já foi excluído do pólo passivo da ação, a qual foi direcionada ao verdadeiro responsável pelo tributo, realmente os embargos que visavam à extinção da ação perdeu seu objeto.

Melhor sorte lhe socorre em sua pretensão à majoração dos honorários.

No caso, o valor fixado é demasiadamente módico em face do serviço prestado, sendo certo que o trabalho dos advogados deve ser dignamente remunerado.

Mesmo com o entendimento de que a verba honorária em ações desse gênero não deve ser fixada com base no valor da causa, este não perde sua importância, visto que o próprio § 4º do artigo 20 do CPC fixa como parâmetros as normas das alíneas do parágrafo anterior, sejam elas: “a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar e prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.”

Destarte, o valor dado à causa deve ser considerado como um requisito na importância da causa.

Dessa forma, sopesando o trabalho realizado, entendo que R\$ 200,00 (duzentos reais) fixados para os honorários advocatícios, de fato, não atendem às diretrizes traçadas nas alíneas do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

A propósito, a jurisprudência do STJ:

A verba honorária fixada “consoante apreciação equitativa do juiz (art. 20, § 4º, CPC), por decorrer de ato discricionário do magistrado, deve traduzir-se num valor que não fira a chamada lógica do razoável, pois em nome da equidade não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares. Recurso conhecido e parcialmente provido. (REsp n. 170513/SP, Quarta Turma, Min. César Asfor Rocha, 04.09.00).

Por tais razões os honorários devem ser elevados ao patamar de R\$ 1.000,00, quantia que melhor remunera o trabalho desenvolvido pelo profissional, sem, no entanto, penalizar demasiadamente o apelado.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para majorar os honorários advocatícios para a quantia de R\$ 1.000,00.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

EM VOTAÇÃO UNÂNIME PROVERAM PARCIALMENTE.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 25 de novembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.025890-4 - Campo Grande**  
**Segunda Turma Cível**  
**Relator Des. Luiz Carlos Santini**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – ALIENAÇÃO DE IMÓVEL PENHORADO – DECLARAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO – PROCESSO ABANDONADO HÁ VÁRIOS ANOS – NEGLIGÊNCIA DO EXEQUENTE – AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO DA PENHORA NO REGISTRO IMOBILIÁRIO – NÃO-COMPROVAÇÃO DA CIÊNCIA DA CONSTRIÇÃO – PRESUNÇÃO DA BOA-FÉ DO ADQUIRENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Para caracterização da fraude à execução, não estando a penhora registrada no cartório de registro de imóvel, cabe ao credor provar a ausência de boa-fé do terceiro adquirente, ou seja, que ele tinha conhecimento da constrição sobre o imóvel adquirido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso, unânime.

Campo Grande, 17 de fevereiro de 2009.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Bamerindus S.A. Participações e Empreendimentos apela da sentença de f. 82-7 que julgou procedente o pedido contido na inicial da ação de embargos de terceiros que lhe foram opostos por Robson Arguelo de Moraes e Rodrigo Arguelo de Moraes e determinou a desconstituição da penhora levada a efeito no processo de execução n. 001.96.000287-9, que recaiu sobre o imóvel, objeto da matrícula n. 168.187 do cartório de registro de imóveis da 1ª circunscrição de Campo Grande.

Em síntese, aduz que o magistrado não valorou corretamente os fatos analisados e a prova material, pois sua fundamentação está embasada somente na boa-fé, olvidando-se que a declaração da fraude foi alicerçada na insolvência do devedor e no fato de que o executado já havia sido citado na executória, inclusive era depositário fiel do imóvel penhorado quando procedeu à sua venda.

Pede o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os embargos e inverter o ônus da sucumbência (f. 102-7).

Contrarrazões às f. 119-23 pugnando pelo não provimento do recurso.



**VOTO**

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por Bamerindus S.A. Participações e Empreendimentos em razão da sentença de f. 82-7 que julgou procedente o pedido contido na inicial da ação de embargos de terceiros que lhe foram opostos por Robson Arguelo de Moraes e Rodrigo Arguelo de Moraes e determinou a desconstituição da penhora levada a efeito no processo de execução n. 001.96.000287-9, que recaiu sobre o imóvel, objeto da matrícula n. 168.187 do cartório de registro de imóveis da 1ª circunscrição de Campo Grande.

Passa-se à análise do recurso.

Diz o artigo 612 do CPC que a execução realiza-se no interesse do credor. Entretanto, no presente caso, tal interesse foi abandonado, conforme se verifica no processo de execução apenso.

Realizada a penhora, em 25.4.96 (f. 133-7), o apelante requereu a expedição de mandado de registro da constrição em 5.5.99 (f. 185), no que foi atendido em 18.5.99 (f. 186 e 191-5), porém, não obstante isso, deixou de providenciar seu cumprimento.

Designada praça para as datas de 11 e 24.4.2000 (f. 272), não houve licitantes (f. 300).

Embora a praça tenha resultado negativa, a ação ficou parada quatro anos, pois somente em 29.6.2004 é que o apelante se manifestou para dar continuidade à execução (f. 380).

Nesse ínterim, em 20.9.1997 o executado Washington Lino Duarte efetuou para Davi Garcia D'Avila, a venda do imóvel cuja escritura foi registrada em 10.11.1997, no cartório imobiliário (f. 500v).

Em 5.7.2004, reiterando o pedido contido na petição datada de 29.6.2004, solicitou a avaliação dos bens (f. 382), a qual foi determinada em 5.8.2004 (f. 387).

Somente em 23.12.2004, ao providenciar certidões dos imóveis, é que o apelante descobriu a alienação e requereu a declaração de fraude à execução (f. 498-9).

Não restam dúvidas de que houve negligência do credor, pois tinha o mandado de registro da penhora e não efetivou a respectiva averbação.

Ademais, a consilium fraudis não está devidamente demonstrada nos autos, uma vez que não é possível imputar aos adquirentes apelados (que adquiriram o imóvel de terceiros e não dos executados) nenhum acordo para fraudar a execução ou que tivessem conhecimento do processo, pois a venda de Washington Lino Duarte para David Garcia D'Avila, como já visto, foi realizada em 20.9.97 e registrada em 10.11.97, e a de David Garcia D'Avila para os apelados, Rodrigo Arguelo de Moraes e Robson Arguelo de Moraes ocorreu em 2.12.98, e registrada em 20.3.2000 (f. 500v) e não havia restrição quanto à venda do bem no registro imobiliário.

Assim, resta a pergunta: \_\_É possível imputar ao comprador, sem uma cognição plena, possível acordo para fraudar a execução?

Veja-se que desde 1999 o credor tinha um mandado para registrar a penhora e não se desincumbiu de comunicar a terceiros o seu direito.

Da mesma forma que pouco se importou com o seu crédito na medida em que deixou a execução absolutamente parada, sem interesse em recebê-lo, pois não arrematou, não pediu adjudicação e nem o prosseguimento do feito.

A resposta à indagação é que não é possível imputar aos adquirentes-apelados acordo para fraudar uma execução que o próprio exequente havia abandonado.

Além do mais, com o advento da reforma do Código de Processo Civil, Lei n. 8.953/94, que incluiu o § 4º ao art. 659 e, posteriormente, a Lei n. 10.444/92, surgiu nova interpretação sobre as circunstâncias caracterizadoras da fraude à execução, uma vez que se passou a exigir a anterior inscrição da penhora no respectivo cartório para que seja oponível perante terceiros, beneficiando-se, assim, a boa-fé dos adquirentes de bens em tais circunstâncias e sem a possibilidade de outros meios para se aferir a existência de fraude à execução.

Assim, se não há o registro da penhora, cabia ao apelante-credor provar que o terceiro adquirente, no caso, os apelados, tinham conhecimento da constrição sobre o imóvel adquirido, ônus do qual não se desincumbiu, conforme determina o art. 333 do CPC, sendo que a inexistência de inscrição da penhora gera a presunção de boa-fé do adquirente.

Sobre o assunto a doutrina:

Registro da penhora. O exequente pode providenciar o registro da penhora de bens imóveis, no cartório do registro imobiliário, independentemente de autorização ou de mandado judicial. O registro da penhora no registro de imóveis caracteriza presunção absoluta (*iuris et de iure*) de que o ato da penhora chegou ao conhecimento de terceiros, dada a publicidade dos registros imobiliários. Esse registro não é condição para a existência, validade e eficácia do ato da penhora. Sua finalidade é dar conhecimento da penhora a terceiros.

Fraude à execução por alienação de bem imóvel penhorado. Após o acréscimo do § 4º ao CPC 659, por força da Lei n. 8.953/94, o registro da penhora passou a constituir elemento constitutivo do ato. Logo, em relação a terceiros de boa-fé, a fraude da execução por força da alienação ou a oneração de bem penhorado somente se caracterizará se efetivada após o registro da constrição judicial, salvo má-fé comprovada do adquirente, inócua na espécie (Segunda TACivSP, Décima Câmara, Ap n. 610934-0/4, Rel. Juiz Marcos Martins, v.u., 29.8.01) (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código de processo Civil Comentado, sétima edição, p. 10 23).

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. CONFIGURAÇÃO. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA INSCRIÇÃO DA PENHORA. ACÓRDÃO ESTADUAL. MÁ APLICAÇÃO DO ART. 600, I, DO CÓDIGO DE RITOS.

I. Inexistindo prévio registro da penhora, não se caracteriza a fraude à execução se inidentificado conluio com o adquirente.

II. Recurso especial conhecido em parte e provido (REsp n. 626067/RS, REsp n. 2004/0014710-0, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 2.12.04, DJ 13.6.05, p. 312).

PROCESSO CIVIL. ALIENAÇÃO DE BEM PENHORADO. CPC, ART. 659, § 4º, COM A REDAÇÃO DA LEI N. 8.953/94. EFEITOS DO REGISTRO DA PENHORA.

1. Sem o registro da penhora não se podia, mesmo antes da vigência da Lei n. 8.953/94, afirmar, desde logo, a má-fé do adquirente do imóvel penhorado. Com o advento do § 4º do art. 659 do CPC (redação dada pela Lei n. 8.953/94), nada de substancial se operou a respeito.

2. Convém evitar a confusão entre (a) a fraude à execução prevista no inciso II do art. 593, cuja configuração supõe litispendência e insolvência, e (b) a alienação de bem penhorado (ou arrestado, ou seqüestrado), que é ineficaz perante a execução independentemente de ser o devedor insolvente ou não. Realmente, se o bem onerado ou alienado tiver sido objeto de anterior constrição judicial, a ineficácia perante a execução se configurará, não propriamente por ser fraude à execução (CPC, art. 593, II), mas por representar atentado à função jurisdicional.

3. Em qualquer caso, impõe-se resguardar a situação do adquirente de boa-fé. Para tanto, é importante considerar que a penhora, o seqüestro e o arresto são medidas que importam, em regra, a retirada do bem da posse de seu proprietário. Assim, é lícito que se presuma, em se tratando de bem móvel, a boa-fé do terceiro que o adquire de quem detenha a posse, sinal evidente da ausência de constrição judicial. A mesma presunção milita em favor de quem adquire bem imóvel, de proprietário solvente, se nenhum ônus ou constrição judicial estiver anotado no registro imobiliário, presunção que, com maior razão, se estende aos posteriores adquirentes, se houver alienações sucessivas. É presunção juris tantum, cabendo ao credor o ônus de desfazê-la. O registro, porém, faz publicidade erga omnes da constrição judicial, de modo que, a partir dele, serão ineficazes, perante a execução, todas as posteriores onerações ou alienações do imóvel, inclusive as sucessivas.

4. Recurso especial desprovido (REsp n. 494545/RS, REsp n. 2003/0006127-0, Primeira Turma, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, julgado em 14.9.04, DJ 27.9.04, p. 214, RSTJ vol. 185 p. 106).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. NECESSIDADE DE CITAÇÃO ANTES DA ALIENAÇÃO DO BEM. PENHORA NÃO ANOTADA NO DETRAN. BOA-FÉ DO ADQUIRENTE.

1. A alienação de bens após o ajuizamento de ação fiscal não configura fraude à execução enquanto o devedor não tiver sido citado. Outrossim, mesmo que tivesse havido citação prévia à alienação do bem seria necessário que o credor, ora recorrente, provasse a ciência do adquirente acerca da execução fiscal proposta contra o alienante para que se configurasse a fraude. Tal conclusão, contudo, não pode ser aplicada já que o Tribunal *a quo* fixou a premissa fática que o adquirente encontrava-se de boa-fé.

2. Estando o adquirente de boa-fé, somente ocorrerá a presunção absoluta do consilium fraudis nos casos de venda de bem penhorado ou arrestado, se o ato constitutivo estiver registrado no CRI ou anotado no DETRAN, hipótese inexistente no caso dos autos.

3. Recurso especial improvido (REsp n. 665451/CE, Resp n. 2004/0079065-1, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 18.10.05, DJ 7.11.05, p. 212).

Portanto, embora o executado tenha alienado o imóvel após a sua citação, não comprovou o credor que os apelados, que não adquiriram o imóvel do executado, mas sim de pessoa diversa daquela, tinham conhecimento da constrição sobre o bem adquirido, cuja penhora não estava inscrita no registro imobiliário e, desse modo, prevalece a presunção de boa-fé do adquirente.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 17 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.028614-7 - Campo Grande**  
**Segunda Turma Cível**  
**Relator Des. Luiz Carlos Santini**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS – OBRAS PUBLICADAS EM JORNAL MENSAL DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO – RESPONSABILIDADE – FATO PRATICADO POR EMPREGADO – FIXAÇÃO DE DANO MATERIAL – NÃO UTILIZAÇÃO DO PARÂMETRO ESTABELECIDO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 103 DA LEI N. 9.610/98 – AUSÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO PECUNIÁRIO DO PLAGIADOR – OBRA PUBLICADA EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO GRATUITA – PREJUÍZO PATRIMONIAL FIXADO CONFORME O PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUIZ – NÃO PROVIMENTO.

Não há afastar a responsabilidade da instituição de ensino requerida se a obra plagiada foi publicada em jornal dirigido a seus alunos e professores por seu empregado, na qualidade de assessor de imprensa.

Não havendo enriquecimento pecuniário do plagiador, o prejuízo patrimonial deve ser fixado conforme o prudente arbítrio do juiz, não se utilizando como parâmetro o disposto no parágrafo único do art. 103 da Lei n. 9.610/98.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso, unânime.

Campo Grande, 3 de março de 2009.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Universidade Católica Dom Bosco – UCDB, inconformada com a sentença proferida nos autos da ação de indenização por perdas e danos que lhe moveu Domingos Oliveira Medeiros, interpõe recurso de apelação.

Alega que o 2º réu, Alex Fraga, praticou isoladamente os atos narrados pelo apelado, não ensejando sua responsabilidade, já que também foi vítima.

Aduz que não há imputar-lhe dolo ou culpa, pois não teve conhecimento dos atos praticados pelo 2º réu, que se utilizou do seu cargo de confiança para praticar os atos ilícitos.

Sustenta que o valor do dano material deve ser feito pegando-se o percentual de publicação ilícita dos livros e multiplicando pela quantia de 3 mil exemplares, o que chega ao valor de R\$ 9.720,00.

Argumenta que o valor dos danos morais (R\$10.000,00) excede e muito o do utilizado em outros julgamentos em casos de repercussão nacional.

Pugna pelo provimento do recurso para ser reformada a sentença a fim de afastar sua condenação ou que sejam diminuídos os valores fixados a título de indenização por danos materiais e morais.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 254-257.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, Universidade Católica Dom Bosco – UCDB, inconformada com a sentença proferida nos autos da ação de indenização por perdas e danos que lhe moveu Domingos Oliveira Medeiros, interpõe recurso de apelação.

O caso dos autos trata-se de violação de direitos autorais. Segundo consta, o apelado teve 14 textos de sua autoria publicados nos informativos mensais da Universidade, ora apelante, como se fossem da autoria do segundo requerido Alex Fraga.

Vale consignar que a apelante reconheceu que os textos publicados realmente eram da autoria do apelado. Sua insurgência neste recurso é quanto à sua responsabilidade, ou seja, pretende que seja afastada sua condenação, sob o argumento de que quem praticou os atos narrados na inicial foi o requerido Alex Fraga, do que não tinha nenhum conhecimento.

Ocorre que a um exame dos documentos acostados nos autos verifica-se que Alex Fraga praticou os atos, ou seja, publicou os textos no informativo da apelante na qualidade de assessor de imprensa desta (f.75-88).

O artigo 932 do Código Civil prevê que são responsáveis pela reparação civil: “III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

Logo, vê-se que não há afastar a responsabilidade da apelante, pois o requerido Alex Fraga, na época dos fatos, era seu empregado, tanto que após o ocorrido houve a rescisão do contrato de trabalho (f. 141).

Além disso a apelante tinha total responsabilidade pela publicação e distribuição do jornal que levava o seu nome e era dirigido a seus alunos e professores.

No que tange ao valor da indenização por dano material, o apelante pretende que seja reduzida a quantia para R\$ 9.720,00.

Argumenta que tal valor provém da multiplicação do percentual de publicação ilícita dos livros pela quantia de 3.000 exemplares.

Vale consignar que este valor, qual seja, três mil exemplares, está disposto no art. 103, parágrafo único, da Lei n. 9.610/98, *in verbis*:

Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.

Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de 3.000 (três mil) exemplares, além dos apreendidos.

Ocorre que esta norma aplica-se nas hipóteses em que houve enriquecimento pecuniário do plagiador, basta uma análise no trecho que diz “[...]pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.”, o que não é o caso dos autos, pois os textos plagiados foram publicados em informativo da apelante, cuja distribuição era gratuita.

Assim, na hipótese presente, o valor dos danos patrimoniais sofridos pelo apelante deve ser fixado como consignado na sentença, de acordo com o prudente arbítrio do Juiz.

Considerando-se que foram quatorze textos da autoria do apelado publicados de forma ilícita, alguns destes textos constam de livros deste disponíveis no comércio, com valor médio entre R\$ 20,00 a R\$ 30,00, tem-se que o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) apresenta-se razoável a compensar o apelado por aquilo que deixou de ganhar caso sua obra fosse utilizada por alguém de forma lícita.

Melhor sorte não assiste à apelante quanto ao pedido de redução do valor da indenização por dano moral.

É que a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) atende perfeitamente ao intuito de amenizar os dissabores sofridos pelo apelado e ao mesmo tempo provocar efeitos no patrimônio da apelante, estimulando-a a uma postura mais cuidadosa em situações análogas.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 3 de março de 2009.

\*\*\*



**Apelação Cível n. 2005.010187-1 - Campo Grande****Quinta Turma Cível****Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDAS E OUTRAS AVENÇAS FIRMADO POR REPRESENTANTE LEGAL DE SOCIEDADE SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLEIA-GERAL – LEGALIDADE – TEORIA DA APARÊNCIA – CÔNJUGE – ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL – INVIABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, sem oitiva de testemunhas, quando claramente ressaí dos autos a desnecessidade dessa prova.

Aplicando-se a teoria da aparência, presume-se válido o pacto avençado entre terceiro de boa-fé e aquele que se apresenta como representante da sociedade contratante e habilitado a contratar em nome dela, devendo permanecer incólumes os termos do ajuste em relação ao terceiro contratado.

O assistente não é parte da relação processual nem defende direito próprio, ainda que tenha interesse a proteger indiretamente. Sendo assim, inviável a intervenção do cônjuge nos embargos à execução, na qualidade de assistente litisconsorcial, se não resta claramente demonstrado o seu interesse jurídico direto na questão debatida.

**ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 12 de março de 2009.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Luiz Neves de Azevedo e Otaviano Gama da Cunha, não se conformando com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos dos embargos à execução que opõem contra o Banco Bradesco S.A, interpõem o presente recurso, com vistas a reformá-la.

Alegam que, de acordo com o estatuto social da SASP – Sociedade Assistencial dos Servidores Públicos, devedora principal da obrigação executada, os atos que importem alienação patrimonial ou assunção de

natureza extraordinária para a entidade somente podem ser feitos mediante prévia e específica autorização da sua assembleia-geral, razão pela qual é nulo de pleno direito o instrumento particular de confissão de dívida, objeto da execução embargada, como também o seu aditamento e nota promissória correspondentes, pois foram assinados isoladamente por seu diretor.

Dizem que houve o cerceamento do seu direito de defesa, pois, para que restasse suficientemente comprovada a existência do vício de consentimento narrado na inicial, necessário se fazia o deferimento da prova testemunhal e do depoimento pessoal das partes, de maneira que não poderia o magistrado ter proferido julgamento antecipado.

Ressaltam que as provas especificadas eram imprescindíveis à instrução do processo, tanto que o feito foi julgado improcedente ao fundamento de ausência de prova, o que a toda evidência, além de um contrassenso, caracteriza claro cerceamento de defesa.

Asseveram que se equivoca a sentença ao afirmar que as suas esposas não possuem interesse jurídico na questão debatida pois, como se obrigaram no contrato como devedores solidários, tal fato gerou para as assistentes uma comunhão de obrigações que de certo refletirá em suas esferas jurídicas.

Ao final, requerem: 1) acolhimento da preliminar de nulidade absoluta do título por ausência de legitimação do diretor da SASP para assinar a confissão de dívida; 2) reconhecimento do alegado cerceamento de defesa, decorrente da não apreciação das provas requeridas; 3) reformada a sentença na parte referente à assistência litisconsorcial; e, por fim, 4) inversão dos ônus da sucumbência.

Em contrarrazões, bate-se o apelado pela negativa de provimento ao recurso e manutenção da sentença objurgada.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Luiz Neves de Azevedo e Otaviano Gama da Cunha contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos dos embargos à execução que opõem contra o Banco Bradesco S.A.

Aprecio, de início, a preliminar suscitada pelos recorrentes.

I – Preliminar de cerceamento de defesa.

Conforme relatado, arguem os apelantes a nulidade da sentença por cerceamento do seu direito de defesa, ao argumento de que se fazia imprescindível a produção das provas por eles especificadas, sobretudo a testemunhal, com o objetivo de caracterizar a existência do alegado vício de consentimento.

Requerem, com isso, a anulação da sentença guerreada, proferida em sede de julgamento antecipado da lide.

A meu juízo, a preliminar deve ser rechaçada.

Sabe-se que é imprescindível para a declaração de nulidade do ato a comprovação da existência dos vícios de consentimento noticiados pela parte. Todavia, a alegação de ter havido um descompasso entre o querer manifestado no contrato e o efetivo querer da parte não evidencia, por si só, o vício de consentimento.

Diz-se isso porque, examinados os documentos que instruem a presente ação, o que se constata é que, ao que tudo indica, o “instrumento particular de confissão de dívida e outras avenças” foi livremente assinado pelas partes, dentre elas os apelantes.

Em outras palavras, o que se deduz dos autos é que os apelantes assinaram o contrato livre e espontaneamente, tomando ciência de suas cláusulas e condições, não podendo agora pleitearem sua anulação com fundamento em suposto vício de consentimento.

Em face disso, se compete ao Juiz, na posição processual de destinatário da prova, aquilatar as que se tornam necessárias ao seu convencimento, uma vez que a lei outorga-lhe, na direção do processo, competência para selecionar os meios probatórios dentre os requeridos, não acarreta tal atitude cerceamento de defesa.

Rejeito, com fulcro nesses argumentos, a indigitada preliminar.

Ato contínuo, passo ao exame da alegação de nulidade do título por ausência de legitimidade do seu subscritor.

## II – Nulidade do título executivo.

Consoante fez-se constar à guisa de relatório, parte do recurso refere-se à questão da legitimidade do diretor-presidente da sociedade executada, José Marcos Gomes de Oliveira, para firmar o título executivo extrajudicial que embasa a execução em apenso, por tê-lo feito sem prévia autorização da sua assembleia-geral, exigência constante do seu estatuto social.

A meu juízo, mais uma vez, sem razão os recorrentes.

Com efeito, em vista das circunstâncias do presente caso, tenho como cabível a aplicação da Teoria da Aparência, reconhecendo-se, por conseguinte, a legalidade do Instrumento de Confissão de Dívida.

Essa teoria, como é cediço, é criação recente do direito, objetivando proteger e resguardar os interesses de terceiros de boa-fé das relações jurídicas que representam exterioridades enganosas.

A respeito, ensina Arnaldo Rizzardo<sup>1</sup>, no artigo “Teoria da Aparência”:

No entanto, a necessidade de ordem social de se conferir segurança às operações jurídicas, amparando-se, ao mesmo tempo, os interesses legítimos dos que corretamente procedem, impõe que se prevaleça a aparência do direito. A complexidade cada vez maior das relações jurídicas e das formas de vida dificulta o caminho para se chegar ao fundo das coisas e dos problemas, condicionando-os a acreditar na feição externa da realidade com a qual nos defrontamos. A rapidez e a segurança do comércio, a quantidade de negócios comuns que se impõem diariamente, os compromissos que se avolumam constantemente, o condicionamento da vida a uma dependência de relações contratuais inevitável, entre outros fatores, formam as causas que levam o homem a não dar tanta importância ao conteúdo dos atos que realiza, prendendo-o ao aspecto exterior dos eventos que se apresentam.

As necessidades sociais e o interesse público tornam impossível conhecer a situação jurídica exata de uma pessoa ou de um bem, ou se a situação jurídica exterior corresponde, efetivamente, à interior. Quando todos pensam e tudo permite pensar que a realidade aparente é uma manifestação exterior da situação jurídica, não é correto esquecer que a ação é determinada com base em tais dados [...] Quer se busque a razão de ser da teoria da aparência

<sup>1</sup> Publicado na Revista Ajuris, n. 24, p. 226-227.

‘na responsabilidade pelo risco (Crémieu), na inércia ou não exercício do direito (Marin), seja, enfim, na responsabilidade por culpa ou negligência no exercício do direito (Planiol e Ripert),’ a aparência se há de justificar pelo fundamento que decorre de inafastáveis realidades da vida, nas quais se deve considerar o que comumente acontece e o regramento da boa-fé.

O princípio da boa-fé nos contratos, o dever de lealdade das partes, a crença em situação de fato que aparenta uma situação jurídica sem ser, que manifesta o que é, e, na realidade, não é, tudo isso justifica a aplicação da Teoria da Aparência.

Registre-se que, em se tratando de sociedades, como no caso, certo é que essas pessoas jurídicas somente se exteriorizam materialmente através de ações de seus representantes, evidenciando seu caráter permanente e orgânico, sendo necessária a proteção do terceiro de boa-fé que acredita no comportamento do representante aparentemente habilitado.

Nesse contexto, presume-se válido o pacto avençado entre terceiro de boa-fé e aquele que se apresenta como representante da sociedade contratante e autorizado a contratar em nome dela, devendo permanecer incólumes os termos do ajuste.

Observa-se que, em momento algum, negam os apelantes sejam do diretor da SASP as assinaturas apostas no título, ou apontam qualquer irregularidade de representação: o que pretendem é anular o instrumento e assim se eximirem da obrigação assumida, ao argumento de ausência de legitimidade negocial daquele que em nome da referida sociedade firmou o compromisso, em face do que dispõe o seu estatuto social. Ora, nessas circunstâncias, se acaso existente o excesso de mandato, como alegam os apelantes, tal questão deve ser resolvida entre o representante legal e a pessoa jurídica representada, e não perante terceiro de boa-fé.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, o seguinte julgado da Corte de Justiça Paulista:

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Confissão de dívida com nota promissória dada em garantia - Contrato que ratifica quatro outras anteriores operações celebradas entre as partes, de abertura de crédito rotativo em conta-corrente - Alegação de inexistência de título executivo, por preenchida a nota promissória com excesso de mandato - Irrelevância - Contrato exequendo que preenche todos os requisitos do título executivo (art. 585, II do Código de Processo Civil) - Preliminar rejeitada. (TJSP, AC n. 8 56.749-7, Quarta Câmara do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Rel. Des. Oséas Davi Viana, julgado em 14.3.07).

Assim sendo, também nesse ponto, tem-se que não há reparos a ser feitos à sentença.

### III – Da assistência litisconsorcial.

Pretendem os embargantes seja reformada a sentença para que sejam admitidas na lide, na qualidade de assistentes litisconsorciais, as suas respectivas esposas, na forma do artigo 50 e seguintes do CPC, por entenderem que as mesmas possuem interesse jurídico na questão debatida.

Nesse particular, fez consignar o magistrado sentenciante o seguinte:

No entanto, vislumbro que o pedido de assistência intentado não pode ser atendido, porque as pretensas assistentes, como esposas não possuem interesse jurídico na questão debatida. O meio adequado, para que estas pudessem obter algum resultado favorável, seria o ingresso com embargos de terceiros, onde elas por certo, poderiam pleitear a segurança da meaço que lhes seriam de direito. Portanto, indefiro o pedido de assistência litisconsorcial pretendida (sic - f. 204).

A controvérsia não tem razão de ser.

Sabe-se que nos embargos à execução é ampla a atuação do assistente, seja simples, seja litisconsorcial. A atividade cognitiva aqui é substancial e o rito comum ordinário dos embargos executórios se coaduna perfeitamente à figura da assistência, visto que da demanda pode surgir o interesse jurídico a que a parte obtenha um provimento sentencial favorável.

Por outro lado, não há olvidar de que o assistente não é parte da relação processual nem defende direito próprio, ainda que tenha interesse a proteger indiretamente.

*In casu*, uma vez embargada a execução, de fato não se vislumbra, a princípio, terem as pretensas assistentes interesse jurídico a que os embargantes, seus cônjuges, obtenham uma sentença que desconstitua ou, pelo menos, abale o título exequendo, pois nada há nos autos que conduza à conclusão de que terão o seu direito à meação afetado, até porque, acaso isso ocorra, como bem salientado pelo juízo *a quo*, poderá ser resguardado pela via processual adequada.

Por tanto, não lhes toca agora o interesse de ajudar na formação de um juízo de convencimento tendente à obtenção desse provimento, razão por que, via de consequência, também não resta patente o seu interesse jurídico direto na demanda.

#### VI – Conclusão.

Por todo o exposto, conheço do recurso aviado por Luiz Neves de Azevedo e Otaviano Gama da Cunha e nego-lhe provimento, mantendo na íntegra todos os termos da decisão guerreada.

Custas processuais pelos embargantes.

### DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 12 de março de 2009.

\*\*\*

**Agravo n. 2008.033313-0 - Dourados**  
**Quinta Turma Cível**  
**Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE – PENHORA SOBRE CRÉDITO TRABALHISTA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – POSSIBILIDADE – MEDIDA RAZOÁVEL QUE ATENDE O DIREITO DO CREDOR, SEM PREJUDICAR O DEVEDOR – PROVIMENTO PARCIAL.

Admite-se a penhora de crédito trabalhista se a verba se reveste de caráter indenizatório - e não meramente alimentar - por ser percebida em momento posterior àquele em que devida e de maneira forçada, não ofendendo, assim, a regra do art. 649, IV, do CPC. Recurso provido em parte.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2009.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Mineração Bodoquena S.A. interpõe agravo de instrumento contra a decisão do juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Dourados que, nos autos da ação de execução por quantia certa contra devedor solvente (autos n. 002.03.000095-7), indeferiu o pedido de penhora no rosto dos autos de reclamação trabalhista n. 934-2002.021.24.00.1, referente a crédito que a segunda executada, ora agravada, tem a receber naqueles autos.

Em seu arrazoado (f. 4-11), em síntese, a recorrente diz que o art. 649, IV, do CPC, não contemplou as verbas rescisórias no rol de bens impenhoráveis, mas tão-somente o salário, que é a contraprestação em pecúnia pelos serviços prestados. Passível, então, de penhora as verbas de caráter indenizatório. A lei processual, também, não vedou a penhora sobre os créditos trabalhistas.

Pede a cassação da decisão de primeiro grau, a fim de determinar a penhora no rosto dos autos da totalidade do crédito trabalhista da segunda agravada ou, alternativamente, seja determinada apenas a constrição das verbas de caráter indenizatório.

Sem contraminuta dos agravados, embora intimados (f. 189-190).

**VOTO**

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão do juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Dourados que, nos autos da ação de execução por quantia certa contra devedor solvente (Proc. Cível n. 002.03.000095-7), indeferiu o pedido de penhora no rosto dos autos da Reclamação Trabalhista n. 934-2002.021.24.00.1, referente a crédito que a segunda agravada tem a receber naqueles autos.

Consta que a exequente, ora agravante, tem um crédito a receber na ordem de R\$ 156.864,16 (f. 169), crédito esse resultante de um contrato de confissão de dívida assumido e não cumprido pela segunda agravada. Esta, por outro lado, promoveu reclamação trabalhista em desfavor da ora agravante, tendo um crédito a receber na ordem de R\$ 173.647,75 (f. 171). Assim, ambas as partes são, ao mesmo tempo, credora e devedora.

A questão nodal do presente recurso, todavia, é decidir a respeito da possibilidade ou não de se penhorar crédito de natureza trabalhista, em ação em curso perante a Justiça do Trabalho de Dourados, a fim de satisfazer o direito da credora-agravante, perseguido nos autos da ação de execução em curso na 3ª Vara Cível da Comarca de Dourados. Sobre a matéria, o art. 649, IV, do CPC, com redação determinada pela Lei n. 11.382/2006, assim disciplina, *in verbis*:

Art. 649. São Absolutamente impenhoráveis:

[...]

IV- os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família; os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo [...]

De uma simples leitura desse dispositivo, constata-se que o salário (vencimento, subsídio etc), considerado como prestação pecuniária paga diretamente pelo empregador como contraprestação do serviço, tornou-se absolutamente impenhorável, assim como os proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios, montepios, as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor, bem como os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal.

A regra, numa interpretação sistemática, é a de que o devedor responda, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros (art. 591, CPC), sendo certo que o art. 649, IV, do mesmo estatuto, tratou de contemplar as exceções, sendo intangíveis as verbas ali relatadas.

O legislador ordinário, no entanto, não previu como hipótese de impenhorabilidade as verbas indenizatórias decorrentes das ações trabalhistas, assim compreendidas aquelas que extrapolam os limites alimentícios. Como a matéria foi tratada exaustivamente pelo legislador no art. 649, IV, do CPC, penso que, no caso, não cabe interpretação extensiva de modo a favorecer o devedor que não cumpre com suas obrigações.

No caso versando, a reclamante agravada também se apresenta como empresária, como se vê dos documentos de f. 24-31, de modo que, a princípio, não vive exclusivamente da relação empregatícia. Ademais, regularmente citada do processo de execução, não pagou a obrigação (f. 57). Não há registro que possua outros créditos, que não aqueles decorrentes da reclamação trabalhista que ajuizou contra a agravante.



Instada a se manifestar neste agravo, a agravada quedou-se inerte.

Tem-se então a seguinte situação: a agravante é credora da agravada, em execução por título extrajudicial até o momento não impugnada, do valor atualizado até 30/09/2008 de R\$ 156.864,16. Em contrapartida, a agravada Zunilda Oviedo, titular da empresa Oviedo & Oviedo Ltda., tem a receber da agravante a importância de R\$ 173.647,75, numa reclamação trabalhista que tramita perante a Justiça do Trabalho de Dourados. No caso, pretende a agravante que seja penhorado o valor de R\$ 117.454,91 daquele crédito trabalhista.

Soa razoável que se penhore parte do crédito trabalhista, mormente em se tratando de uma devedora que também se apresenta como microempresária, sob pena de ocorrer o enriquecimento sem causa.

Verbas indenizatórias, isto é, aquelas que não integram o salário de contribuição, são aquelas que a Lei n. 8.212/91, em seu artigo 28, § 9º, mencionam como não sujeita à incidência da contribuição previdenciária. A regra é a natureza salarial da verba. A exceção é a natureza indenizatória (devidamente prevista na lei), onde não incide a contribuição social.

Além da previsão legal, grande importância teve a introdução, no ordenamento jurídico, da Lei n. 10.035/00, que acrescentou o parágrafo terceiro ao art. 832 da CLT, para determinar aos magistrados trabalhistas, seja nas decisões de mérito (sentença) ou homologatórias (acordo), a discriminação da natureza jurídica das verbas, componentes do pleito judicial, impedindo, com isso, a convenção sobre a natureza das verbas pleiteadas em juízo, em discordância com a legislação pertinente.

Concluindo, as verbas indenizatórias são aquelas previstas em lei (art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91), cabendo ao magistrado condutor do feito velar pela sua aplicabilidade.

Sobre a possibilidade de se penhorar as verbas indenizatórias decorrentes da rescisão do contrato de trabalho, trago julgados recentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, que assim tem decidido, *in verbis*:

EXECUÇÃO DE SENTENÇA – Penhora sobre crédito trabalhista – Possibilidade – Verba que se reveste de caráter indenizatório, e não meramente alimentar, por ser percebida em momento posterior àquele em que devida e de maneira forçada, não ofendendo à regra do art. 649, IV, do CPC. Recurso provido.” (TJSP, Ag n. 743.834-5/2-00, São Paulo, Sexta Câmara de Direito Público, Unânime, Julgado em 11.08.08).

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – Pretensão ao afastamento da incidência de penhora no rosto dos autos de reclamatória trabalhista movida pela executada contra a exequente – Verba de natureza indenizatória – Não aplicação da norma prevista no art. 649, IV, do Código de Processo Civil – Rejeição da exceção mantida – Hipótese, em tese, que admite a compensação de créditos – Recurso desprovido. (TJSP, Ag n. 550.794-4/3-00, São Paulo, Quinta Câmara de Direito Privado, Julgado em 30.04.08).

EMBARGOS DO DEVEDOR. Duplicata. Aval. Impossibilidade de denúncia da lide. Penhora sobre créditos trabalhistas. Validade. Natureza Indenizatória dessas Verbas. Sentença Mantida. (TJSP, AC n. 7.009.200-3, São Paulo, Décima Primeira Câmara de Direito Privado, Julgado em 19.05.06).

No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, confira-se:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO DE EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO DE PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS DE EVENTUAL CRÉDITO DO DEVEDOR JUNTO À JUSTIÇA DO TRABALHO. CABIMENTO. (TJDF, Ag n. 2008.0020014640AGI, julgado em 28.4.08).

A posição assumida pelos tribunais, nos citados acórdãos, pelo cabimento da penhora sobre verbas indenizatórias decorrentes de crédito em ação trabalhista, mais do que uma simples exegese do art. 649, IV, do CPC, prestigia o direito do credor e o princípio da razoabilidade, em detrimento do devedor contumaz, ou seja, aquele que pretende receber um crédito, mas ao mesmo tempo nega-se ao menos em oferecer parte do crédito trabalhista em penhora.

Portanto, as verbas indenizatórias, tal como as previstas no art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91, podem ser penhoradas, mormente quando a execução se arrasta por mais de 05 (cinco) anos, sem qualquer impugnação por parte da devedora.

Assim, em sintonia com a moderna jurisprudência, deve-se dar provimento parcial ao recurso, para que as verbas contempladas nos autos da reclamação trabalhista n. 934-2002.021.24.00.1 (onde, nesta ação, a agravada é a reclamante e a agravante é a reclamada), sejam penhoradas até o limite de R\$ 117.454,91, verba essa apontada pela recorrente nestes autos, a fim de satisfazer o crédito em execução, que neste recurso se busca.

Tal medida salvaguarda o direito da credora contra a devedora contumaz, atento aos princípios da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, sem ofensa aos ditames do art. 649, IV, do CPC e na orientação da jurisprudência colacionada.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso, para determinar que, em garantia da Execução n. 002.03.000095-7 do Juízo da 3ª Vara Cível de Dourados, seja expedido mandado de penhora no rosto dos autos da reclamação trabalhista n. 934-2002.021.24.00.1, da Justiça do Trabalho de Dourados, devendo a penhora recair no crédito da agravada Zunilda Oveido, naquela reclamatória, até o limite de R\$ 117.454,91 (cento e dezessete mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais e noventa e um centavos), verba indenizatória não impugnada neste recurso. Outrossim, independentemente do trânsito em julgado desta decisão, determino o cumprimento do mandado de imediato, diante da urgência que o caso requer.

## 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. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, João Carlos Brandes Garcia e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Agravo n. 2008.034873-9 - Campo Grande**  
**Quinta Turma Cível**  
**Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – LIMINAR DEFERIDA – VEÍCULO NÃO ENCONTRADO – EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO – FINALIDADE DE OBSTACULIZAR A TRANSFERÊNCIA INDEVIDA DO VEÍCULO A TERCEIROS, BEM COMO IMPEDIR O LICENCIAMENTO DO BEM – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL – RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Desnecessária a expedição de ofício ao Detran para o bloqueio de transferência de veículo, posto que a alienação fiduciária em garantia retém o domínio resolúvel do bem com o credor.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2009.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil interpôs agravo de instrumento contra a decisão do juízo da 1ª Vara Residual Cível que, nos autos da Ação de Reintegração de Posse n. 001.07.139463-0, indeferiu o pedido da autora, que requer, através do sistema *on-line* de restrição judicial de veículos (Renajud), seja incluída a restrição judicial de transferência, licenciamento e circulação do veículo objeto de perseguição para fins de reintegração de posse.

Em suas razões (f. 3-7), em síntese, a agravante diz que ajuizou ação de reintegração de posse em desfavor do agravado, visando a reintegrar o veículo em sua posse. Comprovou-se a mora do requerido, sendo deferida a liminar. Entretanto, o bem não foi localizado para o cumprimento da ordem judicial.

O oficial de Justiça informou que o veículo estaria na posse de terceiro, desconhecendo o paradeiro do bem.

Pede a reforma da decisão *a quo*, para que seja oficiado à autoridade competente a fim de determinar o bloqueio de transferência, licenciamento e circulação do veículo arrendado.

Instruiu o recurso com os documentos de f. 8-59.

Admitido o recurso no efeito devolutivo (f. 60v.), foram requisitadas as informações ao juiz da causa, não prestadas, bem como intimada a parte contrária, que não se manifestou (f. 65).

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão do juízo da 1ª Vara Residual Cível, que indeferiu o pedido no sentido de oficiar à autoridade competente a fim de incluir restrição judicial de transferência, licenciamento e circulação do veículo objeto de perseguição para fins de cumprimento da ordem de liminar de reintegração de posse.

A instituição financeira agravante tem interesse em obter o bloqueio do veículo arrendado junto ao Departamento de Trânsito, providência esta que entende necessária para impedir sucessivas transferências do automotor a terceiros, porquanto, na hipótese concreta, até o momento não logrou o Oficial de Justiça localizá-lo.

Salvo melhor juízo, o bloqueio de transferência do veículo junto à repartição de trânsito não surte qualquer efeito prático. É que, nos contratos de arrendamento mercantil, o domínio resolúvel do bem conserva-se em mãos do credor. O gravame, que decorre do próprio contrato de arrendamento, por si só, impede a transferência do bem sem a anuência do credor. Portanto, a pretensão ora postulada não merece provimento. Falta-lhe interesse processual para tanto.

Há que se negar também provimento ao recurso, quanto ao pedido para impedir o licenciamento do bem.

Nos termos do artigo 131, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, extrai-se que o licenciamento do bem depende apenas da quitação dos tributos, encargos e multas de trânsito vinculados ao próprio veículo, bem como da aprovação nas inspeções de segurança veicular e de controle de emissões de gases poluentes e de ruídos, não havendo qualquer referência à inadimplência nos casos de arrendamento mercantil, até porque, no caso, se cuida de relação jurídica entre arrendante e arrendatário, em nada interferindo o órgão estadual de trânsito.

Desse modo, em não havendo amparo legal para a concessão da medida postulada, impõe-se o improvimento do agravo, como, aliás, vem decidindo este sodalício, *verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO DETRAN PARA BLOQUEIO DE TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO - DESNECESSIDADE - RECURSO IMPROVIDO - A expedição de ofício ao Detran para o bloqueio de transferência de veículo é desnecessária, posto que a alienação fiduciária em garantia retém o domínio resolúvel do bem com o credor. (TJMS, Ag n. 2003.001810-7/0000-00, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 20.05.03).

E M E N T A – BUSCA E APREENSÃO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL – INFORMAÇÃO ATUALIZADA ACERCA DO ENDEREÇO DO DEVEDOR – POSSIBILIDADE – EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO – IMPEDIMENTO DE TRANSFERÊNCIA – DESNECESSIDADE – BLOQUEIO DE LICENCIAMENTO – INDEFERIDA – AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

A pretensão de impedimento de transferência do veículo pelo órgão de trânsito encontra-se inócua, tendo em vista que o veículo encontra-se alienado fiduciariamente ao banco agravante sendo, portanto, necessária sua autorização para a realização de qualquer transferência.

Não há amparo legal para se “bloquear” o licenciamento do veículo ante o inadimplemento do devedor no negócio de alienação fiduciária. (TJMS, Ag n. 2006.003650-8/0000-00, Iguatemi, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli. Julgado em 10.4.06).

**E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – EXECUTADO NÃO ENCONTRADO PARA SER CITADO – SOLICITAÇÃO AO MAGISTRADO PARA REQUISITAR ENDEREÇO NAS REPARTIÇÕES PÚBLICAS – EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO DETRAN PARA BLOQUEIO DO VEÍCULO – INDEFERIDOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.**

Não restando demonstrada a impossibilidade de a parte obter diretamente a documentação que entende lhe ser útil, descabe sua requisição ao magistrado, tratando-se, pois, de cautela necessária de que deve se acerrar o credor antes de conceder o crédito.

A expedição de ofício ao Detran para bloqueio do veículo é totalmente inócua, uma vez que o credor fiduciário é proprietário do veículo, e, conseqüentemente, a transferência deste somente pode ser concedida com o seu consentimento. (TJMS, Ag n. 2005.010854-5/0000-00, Nova Andradina, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, Julgado em 18.10.05).

Pelo exposto e desnecessárias outras considerações, conheço do recurso mas nego-lhe provimento, mantendo-se incólume a decisão interlocutória que negou a expedição de ofício ao Detran para o bloqueio da transferência do veículo.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, João Carlos Brandes Garcia e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.002391-6- Campo Grande**  
**Terceira Turma Cível**  
**Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – SERVIDORES CIVIS – ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – CÁLCULO – CRITÉRIOS – RECURSO PROVIDO.

O adicional por tempo de serviço dos servidores civis é calculado na forma preconizada no Decreto Estadual n. 10.423, de 16.7.2001 (DO de 17.7.2001), ou seja, os quinquênios que foram inteiramente completados até a entrada em vigor da Lei Estadual n. 2.157, de 26.10.2000, geram adicional por tempo de serviço de acordo com as disposições originárias da Lei n. 1.102, de 10.10.1990 – Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado de Mato Grosso do Sul; os adicionais que se completaram e/ou se completarão a partir daí proporcionam a mesma vantagem, mas com cálculos segundo essa nova lei, ou seja, sobre o vencimento-base.

Sobre as diferenças relativas ao adicional por tempo de serviço não pagas incide a correção monetária calculada com base no INPC-IBGE e incidente a partir do 5º dia útil ao do vencido, respectivamente, a teor do art. 1º da Lei Estadual n. 1.031, de 5.1.1990, e juros moratórios de 6% ao ano, contados da data da citação.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de dezembro de 2008.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Angélica Barboza e outros, irrisignados com a sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial da ação declaratória que propuseram em face do Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Aduzem que todos os apelantes tiveram incorporados aos seus vencimentos parcelas referentes ao adicional por tempo de serviço no percentual aplicado sobre a remuneração, de acordo com a previsão legal disposta no artigo 111 da Lei Estadual n. 1.102/90, afigurando-se ilegal a alteração trazida pela Lei Estadual n. 2.157/2000, que reduziu a aplicação do referido adicional para incidir somente sobre o vencimento-base, uma vez que viola o direito adquirido e o direito à irredutibilidade de vencimentos garantidos constitucionalmente e, assim, deve ser aplicado o *caput* do artigo 73 da lei em discussão.

Defendem que em 16 de julho de 2001, fora editado o Decreto n. 10.423/2000, regulamentando a forma de pagamento do adicional por tempo de serviço, prevendo que os adicionais concedidos antes de 26.10.2000 deveriam ser pagos conforme a legislação vigente na época, que era sobre a remuneração.

Esclarecem que a manutenção do estado atual ofende direito adquirido dos recorrentes, pois o adicional por tempo de serviço é acréscimo pecuniário que se soma definitivamente ao padrão do cargo em razão exclusiva do tempo de serviço prestado.

Informam que referido adicional “pode ser calculado percentualmente sobre o padrão de vencimento atual do servidor como pode a lei indicar outro índice ou até mesmo instituí-lo como garantia fixa, igual para todos, ou progressiva em relação aos estipêndios. A adoção da medida fica à critério e escolha da Administração, que poderá concedê-lo, modificá-lo ou extingui-lo a qualquer tempo, desde que proceda mediante lei e respeite as situações jurídicas anteriores, definitivamente constituídas em favor dos servidores que já completaram o tempo necessário para obtenção da vantagem, como é o caso dos apelantes” (f. 499).

Acrescentam que como o adicional incorporou-se definitivamente ao seu patrimônio, a supressão de seu pagamento ofende ao ato jurídico perfeito.

Asseveram que não procedem alegações de que não têm os apelantes direito ao adicional por tempo de serviço em razão da transformação da forma de pagamento dos vencimentos em subsídios, pois houve redução em seus rendimentos, o que também se constitui em ato ilegal e abusivo.

Por fim, pugnam pelo provimento do recurso para serem julgados procedentes os pedidos iniciais.

O apelado, em contra-razões, rebate os fundamentos do apelo, pugnando pela manutenção da sentença.

## VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Angélica Barboza e outros, irresignados com a sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial da ação declaratória que propuseram em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Aduzem que todos os apelantes tiveram incorporados aos seus vencimentos parcelas referentes ao adicional por tempo de serviço no percentual aplicado sobre a remuneração, de acordo com a previsão legal disposta no artigo 111 da Lei Estadual n. 1.102/90, afigurando-se ilegal a alteração trazida pela Lei Estadual n. 2.157/2000, que reduziu a aplicação do referido adicional para incidir somente sobre o vencimento-base, uma vez que viola o direito adquirido e o direito à irredutibilidade de vencimentos garantidos constitucionalmente e, assim, deve ser aplicado o *caput* do artigo 73 da lei em discussão.

Defendem que em 16 de julho de 2001, fora editado o Decreto n. 10.423/2000, regulamentando a forma de pagamento do adicional por tempo de serviço, prevendo que os adicionais concedidos antes de 26.10.2000 deveriam ser pagos conforme a legislação vigente na época, que era sobre a remuneração.

Esclarecem que a manutenção do estado atual ofende direito adquirido dos recorrentes, pois o adicional por tempo de serviço é acréscimo pecuniário que se soma definitivamente ao padrão do cargo em razão exclusiva do tempo de serviço prestado.



Informam que referido adicional “pode ser calculado percentualmente sobre o padrão de vencimento atual do servidor como pode a lei indicar outro índice ou até mesmo instituí-lo como garantia fixa, igual para todos, ou progressiva em relação aos estímulos. A adoção da medida fica à critério e escolha da Administração, que poderá concedê-lo, modificá-lo ou extingui-lo a qualquer tempo, desde que proceda mediante lei e respeite as situações jurídicas anteriores, definitivamente constituídas em favor dos servidores que já completaram o tempo necessário para obtenção da vantagem, como é o caso dos apelantes” (f. 499).

Acrescentam que como o adicional incorporou-se definitivamente ao seu patrimônio, a supressão de seu pagamento ofende ao ato jurídico perfeito.

Asseveram que não procedem alegações de que não tem os apelantes direito ao adicional por tempo de serviço em razão da transformação da forma de pagamento dos vencimentos em subsídios, pois houve redução em seus rendimentos, o que também se constitui em ato ilegal e abusivo.

Por fim, pugnam pelo provimento do recurso para serem julgados procedentes os pedidos iniciais.

O apelado, em contra-razões, rebate os fundamentos do apelo, pugnando pela manutenção da sentença.

A questões devolvidas com o presente recurso cingem-se em saber quanto ao débito referente aos valores correspondente o adicional por tempo de serviço dos servidores do judiciário e quanto à possibilidade de as vantagens de natureza temporária integrarem o cálculo do adicional por tempo de serviço.

Como é cediço, anteriormente à alteração promovida pela Lei Estadual n. 2.157/2000, o *caput* do art. 111 da Lei Estadual n. 1.102/90 guardava a seguinte redação:

Art. 111. O adicional por tempo de serviço é devido por quinquênio de efetivo exercício prestado ao Estado, incidente sobre a remuneração de que trata o art. 73 § 3º, desta Lei.

Os artigos 72 e 73 e seu § 3º da mesma lei, que definem vencimento e remuneração, dispõem, textualmente, *in verbis*:

Art. 72. Vencimento é a retribuição pecuniária pelo efetivo exercício de cargo público, conforme símbolo, padrões e referências fixadas em lei.

Art. 73. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens permanentes e temporárias, estabelecidas em lei.

§ 1º [...]

§ 2º [...]

§ 3º. O vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, é irredutível e observará o princípio da isonomia, quando couber.

É sabido que o vencimento nada mais é do que a retribuição pelo exercício do cargo efetivo, ao passo que remuneração compreende o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente.

Assim, o artigo 111 da Lei Estadual n. 1.102/90 é bastante claro, não apresentando nenhum equívoco quando estabelece que “o adicional por tempo de serviço é devido por quinquênio de efetivo exercício prestado ao Estado, incidente sobre a remuneração de que trata o art. 73 § 3º, desta Lei”.

O critério estabelecido no artigo 111 da Lei Estadual n. 1.102/90 deve ser respeitado quanto aos adicionais de tempo de serviço deferidos anteriormente ao advento da Lei n. 2.157, de 26 de outubro de 2000, que alterou o cálculo do adicional por tempo de serviço, o qual passou a incidir somente sobre o vencimento-base.

A nova lei não pode retroagir para alcançar as situações jurídicas já consolidadas sob a égide da Lei anterior, sob pena de ofensa ao princípio consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, que assim reza “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Dessa forma, não agiu com acerto o juiz *a quo*, ao julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Na hipótese dos autos, deve ser integrada à remuneração dos servidores (que, durante a vigência da Lei n. 1.102/90, preencheram os requisitos para o recebimento do adicional) a diferença percebida pelo adicional, e a eles são devidas as diferenças de cálculo entre o período de vigência da Lei n. 1.102/90 até a sua revogação pela Lei n. 2.157/00.

Contudo, tais diferenças somente são devidas até o advento da Lei n. 2.157/00, sendo certo que, a partir de então, o cálculo do adicional passa a ser feito de acordo com as estipulações da novel legislação.

Não se pode olvidar, entretanto, que os valores que passaram a integrar a remuneração dos servidores, advindos do adicional por tempo de serviço – que, conforme restou estabelecido, devem ser calculados, levando-se em conta o salário-base e as vantagens permanentes e temporárias – não podem ser reduzidos, sob a alegação da vigência da Lei n. 2.157/00, sob pena de se ferir o princípio da irredutibilidade dos vencimentos.

A Lei n. 2.157/00 somente pode ser utilizada para o cômputo do adicional do período posterior a ela, ou seja, para os quinquênios que se realizarem após a sua entrada em vigor, não podendo retroagir àqueles quinquênios anteriores a sua vigência, pois as vantagens pecuniárias obtidas pelos servidores anteriormente já integraram seu patrimônio, constituindo direito adquirido.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – REEXAME DE SENTENÇA – AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE CÁLCULOS PARA APLICAÇÃO DO ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO C/C COBRANÇA – ADICIONAL INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO (ART. 111 DA LEI 1.102/90) – PAGAMENTO DO VALOR DAS DIFERENÇAS ENTRE O QUE FOI PAGO E O QUE DEVERIA TER SIDO PAGO – INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA – IGPM/FGV E JUROS DE MORA – A PARTIR DE QUANDO OS VENCIMENTOS FORAM PAGOS – RECURSO VOLUNTÁRIO E *Ex officio* – IMPROVIDOS.

O critério estabelecido no art. 111 da Lei Estadual n. 1.102/90 deve ser respeitado quanto aos adicionais de tempo de serviço deferidos anteriormente ao advento da Lei n. 2.157, de 26 de outubro de 2000, que alterou o cálculo do adicional por tempo de serviço.

A nova lei não pode retroagir para alcançar as situações jurídicas já consolidadas sob a égide da Lei anterior, sob pena de ofensa ao princípio consagrado no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal.

O adicional por tempo de serviço é verba de natureza alimentar. Assim, se pago em atraso, deve ser corrigido pelo IGPM/FGV, índice este que, embora não oficial, goza de credibilidade e idoneidade, visto que mais fielmente reflete a inflação do período e melhor recompõe o poder aquisitivo da moeda.

Sobre as diferenças relativas ao adicional por tempo de serviço incide correção monetária e juros moratórios, a partir das datas em que os vencimentos foram pagos, nos termos do art. 960 do CC, haja vista que não se trata de ilícito contratual, mas de verba de caráter alimentar solvida com atraso, cujo prazo para o seu pagamento vem estabelecido em lei (5º dia útil subsequente ao mês vencido), a teor do art. 1º da Lei n. 1.031, de 05.01.90 (TJMS, AC n. 2003.002165-5, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, DJ 656 de 1º.10.03).

APELAÇÃO CÍVEL – DE COBRANÇA – PRELIMINAR – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – AFASTADA – MÉRITO – TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA – PERCENTUAL DOS JUROS DE MORA – ARTIGO 1.063, DO CC/1916 – NÃO NECESSIDADE DE SUBMISSÃO DA SENTENÇA À LIQUIDAÇÃO – ARTIGO 604, DO CPC – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A notificação da autoridade apontada como coatora em mandado de segurança equivale à citação no procedimento ordinário, para efeitos de interrupção da prescrição, conforme dispõe o artigo 172, I, do CC/1916.

Tendo o servidor adquirido o direito de ter o adicional por tempo de serviço calculado de acordo com a redação do artigo 37, XIV, da CF (vigente antes da Emenda Constitucional n. 19/1998), que permitia o cálculo do benefício sobre o vencimento e vantagens permanentes e temporárias, nos termos da Lei Estadual 1.102/90, dantes de sua alteração pela Lei n. 2.157/2000 (que restringiu a base de cálculo ao vencimento base), é de se reconhecer o seu respectivo crédito.

A correção monetária, sobre as diferenças entre o valor que foi pago e o que efetivamente deveria ter sido pago, a contar dos cinco anos que antecederam a propositura da ação, deve ser a partir das datas em que os pagamentos foram feitos, e não da data da citação (artigo 28, da CF; artigo 2º, da Lei n. 1.031/1990).

O que determina a contagem de juros do vencimento da obrigação não é a natureza do ato, se lícito ou ilícito, mas, sim, a natureza da verba devida. Sendo a obrigação de natureza certa e líquida, nos termos do artigo 960, do Código Civil de 1916 (artigo 397, do CC/2002), os juros de mora são devidos da data em que o adicional por tempo de serviço deveria ter sido pago, por se tratar de mora ex re (mora automática), vale dizer, que se encontra na própria coisa, razão pela qual independe de notificação ou interpelação para constituir o devedor em mora.

Se na época em que o Estado tornou-se inadimplente a lei em vigência era o Código Civil de 1916, há de se aplicar os juros de mora previsto no supracitado código, qual seja, juros moratórios de 0,5 % ao mês (artigo 1.063, do CC/1916).

O artigo 604, do CPC, deu efetividade ao processo de execução porquanto, hodiernamente, permite-se o ingresso direto com processo de execução quando a sentença é líquida (sentença condenatória ordinária), no entanto, seu valor depende de simples cálculo aritmético.

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 basta 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.

Recurso parcialmente provido (TJMS, AC n. 2005.011672-4, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, DJ 1º.11.05).

Com efeito, o Decreto Estadual n. 10.423, de 16.7.2001 (que dispõe sobre o pagamento do adicional por tempo de serviço aos servidores do Poder Executivo regido pelo Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis e dá outras providências), prescreve que:

Art. 1º O percentual do adicional por tempo de serviço devido aos servidores estaduais regidos pela Lei n. 1.102, de 10 de outubro de 1990, a partir de 27 de outubro de 2000, incide sobre o valor do vencimento-base do cargo ocupado.

§ 1º O adicional será concedido no percentual de cinco por cento, incidente sobre a base de cálculo definida neste artigo, a cada quinquênio de efetivo exercício prestado ao Estado.

§ 2º O adicional por tempo de serviço concedido até 26 de outubro de 2000, será pago ao servidor no valor apurado nos termos da legislação vigente nessa mesma data.

§ 3º O adicional calculado na forma do § 1º acresce-se ao valor pago de conformidade com a regra expressa no § 2º deste artigo.

Art. 2º O Secretário de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos fica autorizado a promover o pagamento do adicional por tempo de serviço devido aos servidores nas condições referidas no § 2º do art. 1º deste Decreto, retroativamente a novembro de 2000, de acordo com as disponibilidades financeiras do Tesouro.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Portanto os quinquênios que foram inteiramente completados até a entrada em vigor da Lei Estadual n. 2.157, de 26.10.2000, geram adicional por tempo de serviço de acordo com as disposições originárias da Lei n. 1.102, de 10.10.1990 – Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado de Mato Grosso do Sul; os adicionais que se completaram e/ou se completarão a partir daí proporcionam a mesma vantagem, mas com cálculos segundo essa nova lei, ou seja, sobre o vencimento-base.

Não se trata, portanto, de se perquirir acerca do exato cumprimento do instituto do direito adquirido ou mesmo da garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, mas simplesmente de aplicação, *in totum*, da legislação local de regência, que, diga-se, é bem explícita, não deixando margem a dúvidas.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, em reformando a sentença recorrida, determinar que o adicional por tempo de serviço dos recorrentes seja calculado na forma preconizada no Decreto Estadual n. 10.423, de 16.7.2001 (DO de 17.7.2001), ou seja, os quinquênios que foram inteiramente completados até a entrada em vigor da Lei Estadual n. 2.157, de 26.10.2000, geram adicional por tempo de serviço de acordo com as disposições originárias da Lei n. 1.102, de 10.10.1990 – Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado de Mato Grosso do Sul; os adicionais que se completaram e/ou completar-se-ão a partir daí proporcionam a mesma vantagem, mas com cálculos segundo essa nova lei, ou seja, sobre o vencimento-base, o que será objeto de liquidação de sentença.

Sobre as diferenças relativas ao adicional por tempo de serviço incidirá a correção monetária calculada com base no INPC-IBGE e incidente a partir do 5º dia útil ao do vencido, respectivamente, a teor do artigo 1º da Lei Estadual n. 1.031, de 5.1.1990, e juros moratórios de 6% ao ano, contados da data da citação.

Fica o recorrido condenado ao pagamento dos honorários advocatícios devidos ao advogado dos autores, os quais arbitro em R\$ 1.000,00, o que faço com base no artigo 20, § 4º, do CPC, à míngua de razões outras que justifiquem a fixação da verba em valores mais elevados, em especial pela singeleza da questão controvertida.

## 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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Paulo Alfeu Puccinelli e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.002939-6 - Jardim**  
**Terceira Turma Cível**  
**Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo**

E M E N T A – APELAÇÃO – REPRESENTAÇÃO CONTRA ORGANIZADOR DE EVENTO – PRÁTICA DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – PERMISSÃO DE INGRESSO E PERMANÊNCIA DE MENORES DESACOMPANHADOS DOS PAIS OU RESPONSÁVEL E DESPROVIDOS DE AUTORIZAÇÃO EM BAILE NOTURNO – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 149 DO ECA E À PORTARIA EXPEDIDA PELA JUÍZA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA – APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 258 DO ECA – POSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO À EFETIVA ORGANIZAÇÃO E INTERVENÇÃO DO REPRESENTADO NO CUMPRIMENTO DAS DETERMINAÇÕES – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A infringência à proibição de entrada e permanência de crianças e adolescentes em bailes e boates sem a companhia dos pais ou de responsáveis ou, ainda, desprovidos de autorização escrita constitui infração administrativa que justifica a aplicação da multa prevista no artigo 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Deve ser aplicada a penalidade se as provas dos autos demonstram a conduta omissiva do organizador do evento, o qual se limitou a determinar anúncios sobre a impossibilidade de permanência de menores no local, notadamente quando tal medida se mostrou, comprovadamente, ineficaz.

Recurso conhecido e não provido.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 11 de dezembro de 2008.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Emerson Cheres da Silva, irredimido com a sentença que julgou procedente a representação feita pelo Ministério Público Estadual, impondo-lhe a multa prevista no artigo 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente, fixada em 18 (dezoito) salários de referência, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 108-113, o recorrente afirma que as provas constantes nos autos demonstram que foram cumpridas as regras dispostas na Portaria 04/2006 do Juízo da Infância e Adolescência.

Argumenta que “muito embora Excelências, o bar do baile Carapé tenha sido terceirizado, o apelante quando recebeu a notícia que Willian José Ximenes era menor, determinou seu imediato afastamento do estabelecimento, determinando ainda, que o responsável pelo bar pagasse pelos serviços prestados até aquele momento, já que muito embora Willian tenha mentido sua idade para poder trabalhar, o mesmo por algum tempo trabalhou, fazendo jus ao recebimento” (f. 108).

Menciona que solicitou, por diversas vezes, que fosse anunciada a impossibilidade de permanência de menores naquele local a partir das 24 horas e que determinou a imediata retirada dos menores que estavam desacompanhados dos pais.

Salienta que alguns menores aguardavam no local a chegada de seus pais que iriam buscá-los e que as provas testemunhais demonstram que não foram poupados esforços no intuito de retirar os menores desacompanhados dos pais do local do baile.

Aduz que não há prova de que o apelante tinha a intenção de manter menores no recinto, devendo ser aplicado o princípio da presunção de inocência.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso a fim de reformar a sentença recorrida, absolvendo o recorrente das imputações descritas na petição inicial.

O membro do Parquet em primeira instância (f. 117-119) opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso. Já a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 126-133) também opinou pelo não-provimento do apelo.

## VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Emerson Cheres da Silva em face da sentença que julgou procedente a representação feita pelo Ministério Público Estadual, impondo-lhe a multa prevista no artigo 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente, fixada em 18 (dezoito) salários de referência.

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício, o apelante afirma que as provas constantes nos autos demonstram que foram cumpridas as regras dispostas na Portaria 04/2006 do Juízo da Infância e Adolescência.

Argumenta que “muito embora Excelências, o bar do baile Carapé tenha sido terceirizado, o apelante quando recebeu a notícia que Willian José Ximenes era menor, determinou seu imediato afastamento do estabelecimento, determinando ainda, que o responsável pelo bar pagasse pelos serviços prestados até aquele momento, já que muito embora Willian tenha mentido sua idade para poder trabalhar, o mesmo por algum tempo trabalhou, fazendo jus ao recebimento” (f. 108).

Menciona que solicitou, por diversas vezes, que fosse anunciada a impossibilidade de permanência de menores naquele local a partir das 24:00 hs e que determinou a imediata retirada dos menores que estavam desacompanhados dos pais.

Salienta que alguns menores aguardavam no local a chegada de seus pais que iriam buscá-los e que as provas testemunhais demonstram que não foram poupados esforços no intuito de retirar os menores desacompanhados dos pais do local do baile.



Aduz que não há prova de que o apelante tinha a intenção de manter menores no recinto, devendo ser aplicado o princípio da presunção de inocência.

Tanto o membro do Parquet em primeira instância quanto a Procuradoria-Geral de Justiça opinaram pelo não-provimento do apelo.

Inicialmente, cumpre tecer alguns esclarecimentos sobre os fatos contidos nos autos. O Ministério Público Estadual apresentou representação em face de Emerson Cheres da Silva, afirmando que este teria praticado infração administrativa ao permitir a entrada de um menor (Willian José Ximenes) para que fizesse a entrega de bebidas no bar da Festa Carapé bem como de outros menores de idade, em desacordo com a Lei n. 8.069/90 (ECA) e com o alvará judicial fornecido pela Juíza da Infância e da Juventude da Comarca de Jardim.

Após a instrução processual, a douta magistrada que presidia o feito proferiu sua decisão (f. 96-100), na qual julgou procedente a representação, aplicando ao representado, ora apelante, pena de multa equivalente a 18 (dezoito) salários de referência.

Pois bem, a vexata quaestio colocada em discussão cinge-se em saber se restou acertada a decisão proferida pela magistrada *a quo* ao condenar o apelante à pena prevista no artigo 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe o que vem a ser uma infração administrativa, *in verbis*:

Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo:

Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

O mesmo Estatuto ainda determina competir à autoridade judiciária disciplinar a entrada e permanência de criança e adolescente, desacompanhados dos pais ou responsável, em bailes ou promoções dançantes, nos termos da alínea “a” do inciso I do artigo 149<sup>1</sup>.

Tais proibições têm como justificativa a necessidade de proteção e a fragilidade dos menores que, muitas vezes, não possuem o discernimento e a maturidade suficientes para conhecer o risco encontrado em determinados estabelecimentos.

No caso dos autos, constata-se que o recorrente logrou êxito em obter um alvará judicial para a realização do evento, autorizando-se a entrada e permanência de menores a partir de 14 (quatorze) anos de idade, desde que acompanhados dos pais ou do responsável legal ou desacompanhados, mas portando uma autorização por escrito dos pais (f. 20-22), após as 24:00 horas, tudo no intuito de evitar riscos graves aos jovens que ainda estão em fase de formação e desenvolvimento psico-social.

No entanto, apesar das restrições estabelecidas, foi constatada a presença, no local e durante a madrugada, de diversos menores desacompanhados e desprovidos de autorização dos pais bem como de um menor, Willian José Ximenes, realizando o serviço de entrega de bebidas no interior do bar onde se realizava o baile.

1 “Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I – a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

(...)

b) bailes ou promoções dançantes;

(...)”.

É o que se extrai do Auto de Constatação 001, onde foi informado que “como irregularidade havia a presença de um menor de nome Willian José Ximenes (17 anos, nascido em 11.07.1988, filho de José Ximenes e Maria Donizete Nunes Ximenes, residente à Rua Manoel Murtinho, 381 – Centro, Aquidauana MS) fazendo entrega de bebidas no bar (interior, onde se realizava o baile), juntamente com outros maiores de idade” (f. 32).

Da mesma forma, tanto o ingresso quanto à permanência de menores desacompanhados no baile em questão restou suficientemente demonstrado nos autos. Note-se que o Auto de Constatação 002 (f. 34-35) indicou que, na noite do dia 3 de junho de 2006 e madrugada do dia 4 de junho de 2006 “havia grande quantidade de pessoas no local, e estava sendo realizado o baile carapé. Diferentemente do primeiro dia, não havia crianças de pouca idade, mas havia adolescentes, sendo que alguns acompanhados de seus respectivos pais. Havia menores que alegavam estarem acompanhados dos pais, que se encontravam laçando, sendo que um desses, portando uma lata de cerveja, se esgueirou por entre a multidão ao ser abordado”.

Atente-se que o Sr. Walter Cáceres Marçal informou que “o clube do laço possui entrada, também, aberta e que não havia controle do acesso das pessoas seja do salão seja do próprio clube” (f. 75).

Ora, não se pode negar a existência de uma conduta omissiva do apelante ao permitir a entrada e permanência no local de menores desacompanhados dos pais ou desprovidos de autorização em ambiente onde se comercializou bebidas alcoólicas, contrariando a Portaria n.º 004/06, com nítida prática de infração administrativa.

Este Tribunal já decidiu que a entrada e permanência de menores de idade em bailes e boates sem a companhia dos pais ou desprovidos de autorização constitui infração administrativa, como se denota dos seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL EM REPRESENTAÇÃO ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO  
AO ECA – ARTIGO 258 – RECURSO NÃO PROVIDO.

A permanência de menores desacompanhados ou sem autorização dos pais em evento noturno configura infração administrativa prevista no artigo 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente (TJMS, AC n. 2007.010194-9, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Julgado em 4.6.07).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO PARA RESPONSABILIZAÇÃO E APLICAÇÃO DE  
PENALIDADE – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – PERMANÊNCIA DE MENORES  
EM BAILE – PROVA DA CULPA DO REPRESENTADO – DESCUMPRIMENTO DE  
DETERMINAÇÃO DE AUTORIDADE JUDICIÁRIA – INCIDÊNCIA DO ARTIGO  
249 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – SENTENÇA MANTIDA  
– RECURSO IMPROVIDO.

Incorre nas penas do artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente aquele que infringe a imposição judicial, representada por Portaria, a qual não permite o ingresso de menores de 18 anos de idade em bailes sem a autorização dos pais destes ou responsáveis legais (TJMS, AC n. 2005.016633-4, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 20.2.06).

Aliás, foi muito bem lembrado pelo ilustre procurador subscritor do parecer o fato de que “o Apelante apenas demonstrou sua preocupação em realizar e não em organiza-lo de acordo com os ditames legais (f. 133).

Isto porque restou suficientemente evidenciada a inexistência de supervisão na entrada do evento a fim de controlar o ingresso de adolescentes, conforme informações constantes nos laudos de constatação e nos depoimentos das testemunhas. A única atitude tomada pelo recorrente foi a de determinar anúncios sobre a proibição de permanência de menores no baile, conduta esta que se mostrou, comprovadamente, ineficaz.

Logo, evidenciada está a prática de infração administrativa, autorizando a aplicação da multa prevista no artigo 258 do ECA, não merecendo nenhum reparo a sentença recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento. Com o parecer.

## 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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Paulo Alfeu Puccinelli e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.023347-6 - Campo Grande**  
**Terceira Turma Cível**  
**Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo**

**E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – PREVIDÊNCIA PRIVADA – PLANO DE PECÚLIO – PREVISÃO DE CONTEMPLAÇÃO DA APOSENTADORIA EM VIDA APÓS VINTE E CINCO ANOS DE CONTRIBUIÇÃO – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO VALOR A SER PAGO PARA A APOSENTADORIA – CLÁUSULA ABUSIVA – AUSÊNCIA DE BOA-FÉ – APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CDC – RESCISÃO CONTRATUAL – DEVOLUÇÃO INTEGRAL DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.**

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, o que leva à relatividade da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato, conforme dispõem os artigos 6º, incisos IV e V, e 51 do CDC, sendo, até mesmo, possível a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, um dos direitos básicos do consumidor.

Se a avença firmada entre as partes, a despeito de ser nomeada de plano de pecúlio, previu o pagamento de aposentadoria depois de transcorridos 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, tal cláusula autoriza concluir que o pacto não se resumiu a um contrato de seguro.

Havendo a inclusão de cláusula obscura e abusiva em contrato de adesão, é possível a pretensão de rescisão contratual.

Rescindido o contrato, devem ser restituídos os valores das mensalidades pagas, sob pena de viabilizar enriquecimento sem causa de um dos contratantes em detrimento do patrimônio do outro e de se prestigiar o desequilíbrio contratual.

Recurso conhecido e provido.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, conhecer e prover o recurso, nos termos do voto do relator. Decisão unânime.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2009.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Ivo Honório, por estar irressignado com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na exordial referente à ação de rescisão contratual c/c restituição de valores devidos que propusera em face de Capemi - Caixa de pecúlio, pensões e montepios, interpõe recurso de apelação.

No apelo de f. 141-157, o recorrente alega que aderiu ao Contrato n. 1.776.731/0, Matrícula n. 1053914, com vigência a partir de setembro de 1978, por acreditar que se tratava de plano de aposentadoria, já que previa contribuição do associado pelo período de 10 (dez) a 25 (vinte e cinco) anos e posterior ressarcimento dos valores pagos.

Indica que “quando da assinatura do contrato não foi repassado ao recorrente, de forma clara e objetiva, o valor da pensão que passaria a receber após o decurso do lapso temporal de 10(dez) anos, especificado no contrato, sob a alegação de que não poderiam prever as variações da moeda vigente, do salário mínimo, e demais índices indexadores, os quais seriam utilizados para a realização do cálculo aritmético” (f. 145).

Menciona que, após 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, procurou a empresa recorrida com o fito de receber sua pensão, quando recebeu a informação de que não tinha direito a tal benefício, já que havia aderido a um contrato de pecúlio, tendo como cobertura somente o evento morte, com a indenização dos beneficiários indicados.

Relata que o regulamento da instituição indica a possibilidade de recebimento do pecúlio e/ou pensão após o período de 10 (dez) e/ou 25 (vinte e cinco) anos.

Argumenta que a inadimplência é da recorrida, que se recusa a pagar os valores inicialmente ofertados.

Pugna, ao rematar, pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença recorrida, e julgar procedente o pedido formulado na inicial.

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões (f. 183-203) nas quais pugna pela manutenção do decisor recorrido com o não provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ivo Honório em face da Capemi - Caixa de pecúlio, pensões e montepios sentença que julgou improcedente o pedido formulado na exordial referente à ação de rescisão contratual c/c restituição de valores pagos que propusera em face de Capemi - Caixa de pecúlio, pensões e montepios.

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício, o apelante alega que aderiu ao Contrato n. 1.776.731/0, Matrícula n. 1053914, com vigência a partir de setembro de 1978, por acreditar que se tratava de plano de aposentadoria, já que previa contribuição do associado pelo período de 10 (dez) a 25 (vinte e cinco) anos e posterior ressarcimento dos valores pagos.

Indica que: “quando da assinatura do contrato não foi repassado ao recorrente, de forma clara e objetiva, o valor da pensão que passaria a receber após o decurso do lapso temporal de 10(dez) anos, especificado no contrato, sob a alegação de que não poderiam prever as variações da moeda vigente, do salário mínimo, e demais índices indexadores, os quais seriam utilizados para a realização do cálculo aritmético” (f. 145).

Menciona que, após 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, procurou a empresa recorrida com o fito de receber sua pensão, quando recebeu a informação de que não tinha direito a tal benefício, já que havia aderido a um contrato de pecúlio, tendo como cobertura somente o evento morte, com a indenização dos beneficiários indicados.

Relata que o regulamento da instituição indica a possibilidade de recebimento do pecúlio e/ou pensão após o período de 10 (dez) e/ou 25 (vinte e cinco) anos.

Argumenta que a inadimplência é da recorrida, que se recusa a pagar os valores inicialmente ofertados.

Em contrarrazões, a recorrida pugnou pela manutenção da sentença recorrida.

Pois bem. O cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se é possível a rescisão do contrato entabulado entre as partes com a condenação da apelada à restituição dos valores pagos à título contribuição.

Como é cediço, a idéia de força obrigatória dos contratos significa que, uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações e não poderão desvincular-se, a não ser por meio de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (acontecimentos fáticos incontrolláveis pela vontade do homem). Esta força obrigatória é reconhecida pelo direito e impõe-se ante a tutela jurisdicional.

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, o que leva à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato, conforme dispõem os artigos 6º, incisos IV e V, e 51 do CDC, sendo, até mesmo, possível a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Não resta nenhuma dúvida de que a vedação de prática ou inserção de cláusulas abusivas tem por fim promover a igualdade dos contratantes, buscando, por conseguinte, amenizar as eventuais distorções que decorrem da natural primazia que detêm os grandes prestadores de serviços sobre o público consumidor em geral.

É de se asseverar, ainda, que as normas constantes no Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública, que tutelam interesses sociais e que são impassíveis de derrogação pela simples convenção dos interessados, salvo se houver autorização legal expressa. Logo, quando o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 1º, preceitua o estabelecimento de norma de ordem pública e interesse social para reger a relação de consumo, busca o legislador proporcionar o equilíbrio dentro do qual o consumidor possa se equiparar ao fornecedor, sem que este se valha de sua vontade para obter vantagens mediante acordos contratuais.

Quando o supracitado artigo declara que o Código de Defesa do Consumidor estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, XXXII, 170, V, da Carta Magna, deve-se entender que ele assenta em nível infraconstitucional, definitivamente, a potência normativa da Carta de 1988. Negar este fato é, sem sombra de dúvida, ir contra a disposição literal da lei, no mínimo, sem prejuízo de se estar ignorando o perfil de ordem pública e de interesse social que anima o Código de Defesa do Consumidor.

Logo, ao enumerar normas impositivas de ordem pública e de interesse social, o supracitado código se sobrepõe à vontade das partes com o fim de promover a defesa do consumidor, assim, não compete às partes da relação de consumo a derrogação de tais preceitos cogentes nele contidos.

Faz-se mister destacar, ainda, que vige nos contratos a vedação ao enriquecimento sem causa, decorrente do princípio geral *suum cuique tribuere*, princípio este de ordem moral e que guarda relação com o interesse social, à medida que o eleva à categoria de fonte normativa de obrigação.

No caso dos autos, ao examinar a cópia do contrato firmado entre as partes (f. 15), verifica-se que o pacto não se resumiu a um contrato de seguro. Ao contrário, a avença envolveu benefícios distintos, inclusive um plano de aposentadoria, consistente no pagamento de uma renda mensal após o transcurso de determinado tempo de contribuição.

Tanto é que referido documento prevê expressamente, em seu artigo 32, a possibilidade de o contratante optar pelo recebimento da aposentadoria:

Art. 32. O sócio após 10 anos de contribuição consecutiva e ininterrupta poderá optar pelo recebimento de pensão de aposentadoria cujo valor será relacionado ao do pecúlio ou da pensão de montepio, segundo a tabela de benefícios aprovada e homologada pelo Conselho Diretor.

Desse modo, constata-se que o ajuste feito entre as partes previu o pagamento de aposentadoria depois do transcurso de certo lapso temporal. Aliás, também o documento de f. 20-21, emitido pela própria recorrida, comprova a possibilidade de opção do sócio em receber pensão em vida a qual, em 11 de junho de 2004, estaria no patamar de R\$ 70,84 (setenta reais e oitenta e quatro centavos).

Todavia, segundo informa o recorrente, os valores que a apelada pretende lhe pagar a título de pensão não condizem com aqueles que lhe foram informados quando da assinatura do contrato, sendo considerados muito ínfimos, diante de tantos anos de contribuição.

De fato, não se pode negar que o contrato indica, de forma obscura e duvidosa, a forma de cálculo dessa pensão, notadamente quando indica que o montante a ser pago estará atrelado ao pecúlio ou à pensão de montepio, nos termos da tabela de benefícios aprovada pelo Conselho Diretor.

Tal cláusula infringe os princípios do Código de Defesa do Consumidor, subvertendo especialmente o artigo 51 e seu inciso IV que veda o estabelecimento de “obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

A existência de cláusulas abusivas inseridas em contrato de adesão denota a ausência de boa-fé da recorrida, o que autoriza o pedido de rescisão contratual.

Por outro vértice, a rescisão contratual implica, necessariamente, na devolução dos valores pagos a título de contribuição, sob pena de viabilizar o enriquecimento sem causa da recorrida em detrimento do patrimônio do apelante e de se prestigiar o desequilíbrio das relações contratuais.

Em casos semelhantes, já decidiu esta Corte:

PREVIDÊNCIA PRIVADA – CAPEMI – RESCISÃO CONTRATUAL – DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS – DIREITO DO PARTICIPANTE.



A saída/exclusão do associado do plano antes que adquira os benefícios previstos no regulamento de previdência privada dá direito ao resgate das parcelas pagas, considerando-se nulas as cláusulas contratuais que disponham acerca da retenção, por parte da entidade, de parte ou da totalidade das contribuições, sob pena de causar enriquecimento ilícito (TJMS, AC n. 2007.010817-0, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 8.4.08).

APELAÇÃO CÍVEL – PREVIDÊNCIA PRIVADA – PECÚLIO – PLANO HÍBRIDO TAMBÉM CONTEMPLANDO APOSENTADORIA DEPOIS DE VINTE E CINCO ANOS DE CONTRIBUIÇÃO – MODIFICAÇÕES POSTERIORES NO PACTO PRIMITIVO – DIREITOS ADQUIRIDOS – CONSTITUIÇÃO FEDERAL – LICC – CÓDIGO CIVIL – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – EQUILÍBRIO CONTRATUAL – RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS MENSALIDADES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se a avença primitiva firmada pelas partes, a despeito de ser nomeada de pecúlio, previu o pagamento de aposentadoria depois de transcorridos vinte e cinco (25) anos de contribuição, tal cláusula autoriza concluir que o pacto não se resumiu a um contrato de seguro.

Havendo previsão de uma contrapartida por meio do pagamento de aposentadoria, a restituição dos valores das mensalidades, em substituição, é um direito que decorre implicitamente dessa cláusula contratual, sob pena de se viabilizar enriquecimento sem causa de um dos contratantes em detrimento do patrimônio do outro e de se prestigiar o desequilíbrio contratual.

[...]

Tratando-se de plano híbrido, a contemplar mais de um benefício, e não consignando o contrato o percentual da prestação direcionada a cada um deles, defere-se a devolução das prestações pagas segundo a natureza preponderante da contratação, considerada a relatividade entre o valor despendido e os valores dos benefícios prometidos em contrapartida (TJMS, AC n. 2005.005713-8, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 15.8.05).

Outrossim, é necessário ressaltar que o princípio da autonomia da vontade não se mostra absoluto e encontra o seu limite justamente no império da lei, a qual por disposição expressa considera nula a submissão total de uma parte à outra ou mesmo a perda parcial ou integral do que foi pago.

Por derradeiro, observe-se que as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, por consubstanciarem normas de ordem pública, devem ser aplicadas imediatamente aos contratos, inclusive àqueles pactuados antes de sua entrada em vigor.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para, em reformando a sentença recorrida, julgar procedentes os pedidos formulados na petição inicial; declarar a rescisão do contrato firmado entre as partes; e condenar a requerida à restituição das mensalidades pagas pelo autor em razão do ajuste em comento, prestações essas que devem ser corrigidas monetariamente desde o efetivo pagamento pelos seguintes índices: ORTN até fevereiro de 1986 (Lei n. 4.357, de 16.7.1964); OTN de março de 1986 a fevereiro de 1989 (Decreto-Lei n. 2.284, de 10.3.1986; BTN de março de 1989 até fevereiro de 1991 (Lei n. 7.777, de 19.6.1989); e INPC/IBGE de março/1991 até o cumprimento do julgado (Lei n. 8.177, de 1º.3.1991). Incidirão também juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a citação válida, assim, deve o quantum debeatur ser apurado em liquidação de sentença.

Alcançado esse desiderato, condeno a recorrida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos do § 3º do artigo 20 do CPC.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Fernando Mauro Moreira Marinho e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.033070-1 - Campo Grande**  
**Quarta Turma Cível**  
**Relator Des. Paschoal Carmello Leandro**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RELAÇÃO CONSUMERISTA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS – ART. 6º, VIII, C.C. 14, § 3º, I E II, CDC – SAQUE INDEVIDO EM CONTA CORRENTE – GUARDA DO CARTÃO MAGNÉTICO – VIOLAÇÃO DO SISTEMA ELETRÔNICO BANCÁRIO – DANOS MORAIS QUE INDEPENDEM DE PROVA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – MANUTENÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Em se tratando de relação consumerista, incide na hipótese a regra da inversão do ônus da prova, de forma que cabe ao fornecedor de serviços comprovar que o defeito alegado não ocorreu, ou que se deu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, sob pena de responder objetivamente pelo dano causado (inteligência do art. 6º, VIII, c.c. 14, § 3º, I e II, do CDC).

Em razão da possibilidade de violação do sistema eletrônico bancário, a demonstração de ocorrência de saques indevidos de numerários efetivados em conta corrente do cliente caracteriza responsabilidade objetiva da instituição financeira, a qual somente pode ser afastada nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC.

Extrapola o conceito de mero dissabor e caracteriza o dano moral passível de indenização, a exposição do cliente a diversas situações vexatórias, entre elas a devolução de cheque sem provisão de fundos e insistentes cobranças do banco para saldar a conta que ficou descoberta, notadamente por aquele não ter dado causa a esta situação.

Em tema de indenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional à lesão experimentada pela vítima, calcado na moderação e razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, sempre atento à realidade dos fatos e às peculiaridades de cada caso, evitando o enriquecimento sem causa.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de dezembro de 2008.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Banco Nossa Caixa S.A., inconformada com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de restituição por saque indevido c/c reparação por danos materiais e morais que lhe move José Roberto Marcon e Cinira Frujuelo Meirelles Marcon, interpõe apelação, aduzindo, em síntese, que não lhe cabe nenhuma responsabilização pelo evento ocorrido, uma vez que o uso de cartão magnético com a respectiva senha é responsabilidade exclusiva dos correntistas; que em caso de eventuais saques irregulares, a culpa é exclusiva destes, por falta de diligência na guarda de sua assinatura eletrônica; que o simples fato de ter um cheque devolvido não caracteriza dano material, tampouco dano moral; que deve ser reduzido o quantum indenizatório fixado pelo magistrado singular, sob pena de enriquecimento ilícito dos apelados.

Ao final, pede provimento ao recurso para que seja reformada a sentença, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais.

Contra-razões pugnando pelo improvimento do apelo.

## VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de restituição por saque indevido c/c reparação por danos materiais e morais que José Roberto Marcon e Cinira Frujuelo Meirelles Marcon movem em face do Banco Nossa Caixa S.A., a fim de condenar o requerido a pagar aos requerentes: “a) indenização por danos materiais, que subdividem-se em lucros cessantes, no valor de 1.790,09, e dano emergente, correspondente aos rendimentos dos valores sacados da conta-poupança para cobertura da conta-corrente naquele período, o que será apurado em liquidação de sentença, ambos acrescidos de correção monetária pelo IGPM-FGV, aqueles desde os débitos na conta corrente, e estes a partir dos saques na conta poupança, e juros de mora de 12% (doze por cento) ao ano, estes contados desde a data da citação; b) indenização por danos morais, arbitrados no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária e juros a incidir desde a data do evento danoso, conforme súmulas 43 e 54 do STJ, respectivamente”, além das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Ao que se extrai dos autos, os apelados ingressaram em juízo com a presente demanda sustentando que são correntistas do Banco apelante e que utilizam a conta para recebimento de valores do INSS, e que, na data de 29.4.2005, foram surpreendidos com a constatação de um débito no valor de R\$ 1.650,00 que não foi por eles autorizado. Aduziram que, conforme os extratos a que tiveram acesso, este débito se referia à compra de recargas de celular pré-pago, por eles desconhecido, de outro estado da federação, e que, apesar disso, a instituição bancária se negou a ressarcir-los.

Afirmaram que por conta desses fatos passaram por diversas situações vexatórias, entre elas a devolução de um cheque sem provisão de fundos e diversas ligações do banco cobrando-os para efetuarem depósitos a fim de cobrir a conta negativeda.

Pleitearam, ao final, pela condenação do requerido ao pagamento de danos morais e materiais, nos quais estariam incluídos o valor indevidamente debitado, multas, juros, tarifas e despesas bancárias pelo uso do limite do cheque especial, além de valores que tiveram que sacar da poupança para cobrir a conta-corrente.

Devidamente processados os autos, o juiz *a quo* houve por bem acolher parcialmente os pedidos formulados.

Em suas razões recursais sustenta o apelante que não lhe cabe qualquer responsabilização pelo evento ocorrido, uma vez que o uso de cartão magnético com a respectiva senha é responsabilidade exclusiva dos correntistas, e que, em caso de eventuais saques irregulares, a culpa é exclusiva destes, por falta de diligência na guarda de sua assinatura eletrônica.

Sem razão o recorrente.

Com efeito, em se tratando de relação consumerista, incide na hipótese a regra da inversão do ônus da prova, de forma que caberia ao fornecedor comprovar que o defeito alegado não ocorreu, ou que se deu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, sob pena de responder objetivamente pelo dano causado.

Aliás, esta é a inteligência que se extrai da leitura dos artigos 6º, VIII, e 14, § 3º, I e II, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

[...]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos.

[...]

§ 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No caso dos autos, como bem anotou o ilustre magistrado prolator do decisum, “verifica-se que o requerido não provou qualquer culpa dos requerentes na utilização do cartão ou muito menos autorização para os débitos de recarga de cartão telefônico na conta corrente e, aliado ao fato de que aquele só se exime se provar que o defeito inexiste ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro, tem-se como demonstrada a responsabilidade de indenizar”.

Outrossim, ainda que se considerasse a hipótese de ter ocorrido fraude por meio da internet, permaneceria intacta a responsabilidade do apelante, haja vista o seu dever de oferecer serviços seguros aos seus clientes, notadamente em se tratando de sistema sabidamente exposto a tal risco.

Neste sentido, tem se posicionado a jurisprudência deste Sodalício, vejamos:

ACÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – RELAÇÃO CONSUMERISTA – SAQUE INDEVIDO EM CONTA CORRENTE – CARTÃO BANCÁRIO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

A relação entre a instituição financeira e seu cliente é de consumo, protegida pelo CDC.

Em face da possibilidade de violação do sistema eletrônico, a alegação de saques indevidos de numerários efetivados em conta corrente do cliente caracteriza responsabilidade objetiva da instituição financeira, a qual somente é ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC. (AC n. 2005.005565-3, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoa da Costa Feliz, julgado em 26.7.05).

Aliás, não seria razoável imaginar que os apelados, pessoas idosas que são, consumiriam todo os seus rendimentos auferidos com a aposentadoria do INSS com gastos em recargas de celular pré-pago. Ora, mostra-se evidente a ocorrência de fraude no sistema bancário do apelante, o que deve ensejar a devida reparação.

E, no que se refere ao ressarcimento dos danos morais causados aos apelados, vale ressaltar parte do julgado em que o magistrado pondera:

Como tal ressarcimento não se deu sponte propria, e tendo em vista que os requerentes ficaram privados da utilização de saldo existente em sua conta corrente em razão dos débitos indevidos, inclusive quanto à percepção da aposentadoria recebida da previdência social, sem qualquer autorização, o que causou a devolução de um cheque (f. 27), somadas às insistentes cobranças do requerido para saldar a conta que ficou descoberta e ter que se socorrerem a familiares para os ajudarem nas despesas por eles não realizadas, resta evidente que o ato praticado pelo requerido causou aos requerentes abalo de ordem moral merecedor da indenização na órbita civil.

Como se vê, ficou evidenciado nos autos que os recorridos passaram por diversas situações constrangedoras em decorrência do evento danoso, fatos estes que extrapolaram o conceito de mero dissabor, mormente em se considerando que tiveram um cheque devolvido sem provisão de fundos, o que, por si só, caracteriza motivo suficiente para ensejar a reparação por danos morais.

Dessa forma, aplicando-se, por analogia, ao caso as situações de inclusão indevida em órgãos de restrição ao crédito, tem-se que é desnecessária a demonstração de reflexo patrimonial negativo, basta que o fato, por si só, cause ao ofendido transtornos e reações constrangedoras, como resultado da conduta lesiva praticada pela recorrente, impondo-se, assim, a manutenção da sentença vergastada, também neste ponto.

No que tange o quantum indenizatório, alega o apelante que é exagerada sua condenação em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de reparação pelos danos morais, asseverando que este valor desatende ao prudente arbítrio e a equidade no arbitramento da verba indenizatória.

De fato, em tema de indenização por danos morais, tem-se firmado na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o valor arbitrado não pode ser extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento sem causa, tampouco desprezível, que não sirva para minimizar a dor resultante do dano causado.

A propósito, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte entendimento:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE. DANO MORAL. VALOR. REDUÇÃO. Configurado o dano moral resultante da indevida devolução de cheque por insuficiência de fundos, devida indenização por danos morais, a qual, todavia, deve ser feita em valor razoável, para evitar enriquecimento sem causa. (STJ, AGA n. 446122/AM (2002/0041620-3), Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 5.12.02, DJU. 24.3.03, p. 233).

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAL E MATERIAL. CUMULABILIDADE. POSSIBILIDADE. SÚMULA/STJ, ENUNCIADO 37. DANO MORAL ACOLHIDO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. BALIZAMENTO. RECURSO PROVIDO. I – Nos termos do enunciado 37 da Sumula desta Corte, “são cumuláveis as indenizações por dano material e moral, oriundos do mesmo fato”. II – O arbitramento do dano moral pode ser fixado nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso, com o objetivo de evitar inconvenientes e retardamento na solução jurisdicional. III – Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento a realidade da vida e as peculiaridades de cada caso (STJ, REsp n. 135202/97, SP – RIP, 39429, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 19.5.98, DJU. 3.8.98, p. 244).

Aliás, outra não é a orientação extraída do escólio de Rui Stoco, em obra específica sobre a responsabilidade civil no direito brasileiro. Veja-se:

- a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;
- b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
- c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;
- d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;
- e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;
- f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;
- g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;
- h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente (*in* Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, São Paulo: 2001, pág. 1.030).



Portanto, de se concluir que na quantificação do dano moral deve o magistrado valer-se de critérios de razoabilidade, ou seja, deve considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas conseqüências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo-se uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Nesse passo, considerando a realidade dos fatos e as peculiaridades do caso concreto e, ainda, em observância ao grau de culpa, à lesividade do ato e à gravidade da ofensa, assim como à condição econômica de ambas as partes, tenho como justo o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ora fixados pelo juízo *a quo* pelos danos morais.

A meu juízo, essa quantia atende satisfatoriamente ao critério da proporcionalidade que deve nortear o arbitramento do dano moral, além de ser perfeitamente possível de ser reparado pela requerida, compensando condignamente os tormentos sofridos pelo autor, em razão dos dissabores causados pelo evento ocorrido.

Por fim, tenho como incabíveis os pedidos de alteração da condenação da requerida em honorários advocatícios, uma vez que o percentual ora arbitrado de 10% sobre o valor de condenação bem atende aos parâmetros dispostos nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do art. 20 do Estatuto Processual Civil, não se mostrando desproporcional ao serviço executado pelo patrono da parte vencedora na demanda.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo intacta a bem-lançada 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. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Rêmolo Letteriello e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.036853-5 - Campo Grande**  
**Quarta Turma Cível**  
**Relator Des. Paschoal Carmello Leandro**

EMENTA—APELAÇÃO CÍVEL—AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA—PREJUDICIAL—PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO—AFASTADA—PRESCRIÇÃO QUINQUENAL—PRESTAÇÃO TRATO SUCESSIVO—SÚMULA N. 85/STJ—MÉRITO—POLICIAIS MILITARES—ATUALIZAÇÃO DA VERBA DENOMINADA “ETAPA-ALIMENTAÇÃO”—POSSIBILIDADE—CORREÇÃO ANUAL APÓS ADVENTO DA LEI N. 9.069/95—NÃO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES—RECURSO PROVIDO.

Nos termos da Súmula n. 85 do STJ, “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figura como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

A Lei n. 9.069/95, que instituiu o Plano Real, revogou tacitamente o Decreto n. 7.751/94, ao instituir a correção monetária anual das obrigações pecuniárias devidas em virtude de disposição legal.

Não viola o princípio da tripartição dos poderes a condenação do Estado para que proceda, anualmente, à atualização da “etapa-alimentação” a fim de corrigir a inflação ocorrida no período, uma vez que não se constitui em reajuste de salários.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, acolher parcialmente a preliminar, unânime. Deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2009.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Edvaldo Martins de Lima e Ramão Escobar Aguirre, inconformados com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação ordinária de cobrança que movem em face do Estado de Mato Grosso do Sul, interpõem apelação. Aduzem, em síntese, que com a revogação do Decreto Estadual n. 7.751, de 28.4.94, pela Lei Federal n. 9.069, de 29.6.95, que instituiu a correção monetária anual das obrigações pecuniárias devidas em razão de disposição legal, a vantagem denominada “etapa alimentação” devida aos apelantes deveria ser corrigida anualmente pelo IPCr, o que não ocorreu; que estão sofrendo prejuízos, ante a omissão do Estado apelado em aplicar percentual do IGPM e ajustar o valor da etapa alimentação, de modo que o valor da referida vantagem, que é de R\$ 257,40, perdura sem nenhuma correção há pelo menos 7 (sete)

anos, entre outubro/97 a dezembro/04; que o entendimento desta Corte é de que, após a conversão da URV em Real, a correção monetária passou a ser devida ano a ano, razão pela qual fazem jus à atualização anual dos valores da etapa alimentação, bem como ao pagamento das diferenças a partir de 1º.11.1997, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros legais.

Ao final, pedem provimento ao recurso para, reformando a sentença, ser julgado procedente o pedido inicial.

Em contrarrazões, o recorrido pugna o improvimento do recurso, ou, em sendo acolhida a pretensão recursal, que seja apreciada a questão pertinente à prescrição do próprio fundo de direito, prevista no art. 1º do Decreto n. 20.910/32.

## VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação ordinária de cobrança que Edvaldo Martins de Lima e Ramão Escobar Aguirre movem em face do Estado de Mato Grosso do Sul, por entender o magistrado singular que o acolhimento da pretensão autoral implicaria a revisão de remuneração dos servidores públicos, e que, em face da autonomia de poderes, não é função típica do Poder Judiciário legislar.

Prejudicialmente, suscita o Estado apelado a ocorrência de prescrição do fundo de direito, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32, “haja vista que a ação foi intentada apenas em 14 de setembro de 2007 e o pedido remonta ao ano de 1998”.

A prejudicial não merece guarida.

Conforme é cediço, prescrição do fundo de direito é o nome que se dá à perda do direito de ação ocorrida em cinco anos a partir da data do ato ou do fato do qual se originou.

No caso dos autos, ao contrário do que sustenta o apelado, não se trata de aplicação do estatuído no art. 1º do referido Decreto n. 20.910/32, mas sim da regra prevista no art. 3º do mesmo diploma legal, que dispõe sobre a prescrição quinquenal nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figura como devedora, *in verbis*: “Art. 3º - Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos a prescrição atingirá progressivamente as prestações, a medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente Decreto”.

Compulsando-se os autos, verifica-se que não foi negado aos apelantes o próprio direito ora reclamado. Deste modo, em se tratando de verba salarial, está configurada a obrigação de trato sucessivo, em que o prazo para reclamar o direito se renova mês a mês, ressalvadas as prestações atingidas pela prescrição quinquenal.

Esta, aliás, é a inteligência da Súmula n. 85 do STJ: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figura como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

Assim, considerando que a demanda foi proposta em 18.4.2006 (f. 2), e não em 14.9.2007, como sustenta o apelado, a prescrição não atingiu o direito material em si, mas apenas as verbas devidas em período anterior à data do ajuizamento da ação.

Deste modo, reconheço a prescrição quinquenal apenas com relação às verbas anteriores a 18.4.2001.

No que se refere ao mérito propriamente dito, cinge-se a controvérsia em saber se os recorrentes têm ou não direito à atualização da verba denominada “etapa alimentação” corrigida monetariamente pelos índices legais.

A meu juízo, não agiu com o costumeiro acerto o magistrado monocrático, merecendo reforma o decisor.

Ao que se extrai dos autos, os autores, policiais militares desse Estado de Mato Grosso do Sul, ajuizaram a presente demanda visando receber a diferença concernente ao valor atualizado da verba de natureza salarial denominada “etapa-alimentação”, a qual deveria ter sido corrigida nos termos da Lei n. 9.069/95, acrescida de juros e correção monetária.

Não há dúvidas quanto à existência de inflação no período e, por esse motivo, a verba denominada “etapa-alimentação” deve sofrer atualização, não se justificando que permaneça por vários anos no mesmo patamar, sob pena de se causarem prejuízos aos servidores públicos, que ficarão impossibilitados de fazer frente às suas despesas de alimentação, indispensáveis ao exercício do seu labor.

Dessa forma, tenho firme o entendimento de que a decisão judicial que presta a jurisdição e atualiza legalmente os valores devidos, evitando haja locupletamento ilícito às custas do servidor, não importa em revisão ou aumento de salário, não havendo, em consequência, ofensa ao princípio da independência dos poderes, como equivocadamente entendeu a sentença guerreada.

Nesse sentido é o posicionamento consolidado nesta Corte, conforme se verifica do seguinte precedente, o qual entende ser devida a correção monetária e juros para a atualização dos valores da “etapa-alimentação”, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. PRELIMINAR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AFASTADA. ETAPA DE ALIMENTAÇÃO. POLICIAIS MILITARES ESTADUAL. ATUALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. CORREÇÃO ANUAL APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 9.069/95. SENTENÇA MANTIDA. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA FIXADO CONFORME PEDIDO. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO EM GRAU RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 6% AO ANO ATÉ O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL E APÓS A SUA VIGÊNCIA EM 1% AO MÊS. RECURSO DE ACÁCIO AJALA E OUTROS PROVIDO PARCIALMENTE. RECURSO OBRIGATÓRIO E DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL IMPROVIDOS.

O pedido é juridicamente possível quando não existe vedação legal a pretensão deduzida em juízo, principalmente, quando existem inúmeros precedentes jurisprudências sobre a matéria.

A etapa alimentação é vantagem devida aos policiais militares, em face de obrigação imposta ao Estado em fornecer alimentação aos seus policiais, decorrente de norma legal.

A Lei n. 9.069, de 29.06.95, revogou tacitamente o Decreto n. 7.751, de 28.4.94, ao instituir a correção monetária anual das obrigações pecuniárias devidas em virtude de disposição legal.

Não pode o autor após delimitar no seu pedido o índice de correção monetária a ser adotado, fixada em sentença, buscar através de grau de recurso alterar o seu pedido. (AC n. 2005.016444-0, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli) (Destaquei).

A propósito, em relação ao tema, transcrevo excerto do voto proferido pelo Des. Atapoã da Costa Feliz, relator da Apelação Cível n. 2006.000976-9, da qual também participei do julgamento, como revisor, em sessão realizada em 8.8.2006, uma vez que bem elucida a questão, *in verbis*:

A vantagem denominada “etapa alimentação” foi criada pela Lei n. 120/80 em favor dos servidores públicos militares estaduais.

Em 30 de agosto de 1993, editou-se o Decreto n. 7.433, que regulamentou a “etapa alimentação” e determinou a correção bimestral da verba, com base no IGPM/FGV.

Com a vigência do Decreto n. 7.751/94, a verba passou a ser corrigida pela URV, durante 1º de março de 1994 até 1º de julho do mesmo ano, data em que a URV foi convertida em Real.

A Medida Provisória n. 542, de 30.6.1994, transformada posteriormente na Lei Federal n. 9.069/95 instituiu o Plano Real e, por conseguinte, a “etapa alimentação” passou a ser corrigida anualmente com base no IPC.

Assim, têm razão os recorrentes ao pretenderem a correção anual da verba “etapa alimentação”, a partir de 1º de julho de 1994, com base no IPC.

Sobre a alegação de que o Decreto n. 7.751/94 teria revogado o Decreto n. 7.433/93, também não pode prosperar, pois este último decreto apenas estabeleceu que a “etapa alimentação” teria valor diário de 2,52 URVs, em função da Medida Provisória n. 434/94 que instituiu a URV.

Nesse sentido, aliás, há muito é pacífico o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça sobre a matéria, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL E REXAME DE SENTENÇA. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. POLICIAIS MILITARES. CONCESSÃO DE ETAPA DE ALIMENTAÇÃO. CORREÇÃO ANUAL A PARTIR DE JULHO DE 1995 A JULHO DE 1997. JUROS PLANO REAL. IRRELEVANCIA. PERIODICIDADE. IMPROVIDOS.

A chamada etapa de alimentação foi criada após a extinção dos “ranchos” que serviam de comida aos policiais e equivale a um valor fixo, comum a todos os policiais que se enquadrem nos termos da lei (Lei Estadual n. 120, de 11 de agosto de 1980).

Como visto, a chamada “etapa de alimentação” é o valor destinado à alimentação do militar, cujo pagamento é feito a título de indenização da antecipação que o servidor realiza em lugar do Estado.

Com o advento do Plano Real, as obrigações pecuniárias, devidas em virtude de disposição legal, como é o caso da etapa de alimentação, passaram a ser corrigidos anualmente, tendo como base o Índice de Preços ao Consumidor, Serie IPC-r, por força das disposições contidas nos artigos 27 e 29, parágrafo 1º, da Lei n. 9.069/95.

Assim, a Lei n. 9.069, de 29.06.95, revogou tacitamente o Decreto n. 7.751, de 28.4.94, ao instituir a correção monetária anual das obrigações pecuniárias devidas em virtude de disposição legal, tendo como base o IPC-r. (AC n. 733995, Segunda Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. José Augusto de Souza, Unânime, julgado em 23.5.00, DJMS, 16.8.00, pág. 10).

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME OBRIGATORIO. AÇÃO ORDINARIA DE COBRANCA COMBINADA COM PERDAS E DANOS. ETAPA ALIMENTAÇÃO” DO POLICIAL MILITAR ESTADUAL. VALOR ESTABELECIDO EM URV. CORREÇÃO MONETARIA AUTOMATICA. CRIAÇÃO DO REAL. CORREÇÃO ANUAL. SENTENCA MANTIDA. RECURSOS IMPROVIDOS.

O credito estabelecido em URV dispensa correção monetária, porque a Unidade Real de Valor já é obtida mediante media aritmética mensal de índices de correção monetária. Após a conversão da URV em Real, em 1º de julho de 1994, a correção monetária é devida ano a ano.” (AC n. 721895, Terceira Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. Claudionor M. Abss Duarte, Unânime, julgado em 29.3.00, DJMS 12.6.00, págs. 14-15).

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA - AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA - ATUALIZAÇÃO DA CHAMADA “ETAPA ALIMENTAÇÃO” DEVIDA AOS POLICIAIS MILITARES - PLANO REAL - CORREÇÃO ANUAL APÓS O ADVENTO DA LEI N. 9.069/95 - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É cediço, neste Tribunal, que a correção monetária da chamada “etapa alimentação”, devida aos policiais militares do Estado, é corrigida anualmente depois da desindexação da economia, com a conversão da URV em real, a partir de 1º de julho de 1994, e que o primeiro reajuste ocorreu em 1º de julho de 1995 até julho de 1997. (AC n. 000.060160-9, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. João Batista da Costa Marques).

Nesse contexto, é perfeitamente possível juridicamente o recebimento atualizado da verba “etapa-alimentação”, sem que se caracterize em aumento de salário, conforme quer fazer crer o Estado recorrido.

Dessa forma, diante da demonstração, mediante o comprovante de renda acostado aos autos (f. 16 e 45), de que os recorrentes efetivamente recebem mensalmente a verba “etapa-alimentação”, é plenamente viável a condenação do apelado a proceder à atualização anual, com base no INPC/IBGE, da verba relacionada às diferenças apuradas entre o valor efetivamente pago, a partir de 18.4.2001 (5 anos anteriores à propositura da ação – f. 2), o que não viola os princípios da tripartição dos poderes, ao contrário, encontra-se em conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando a sentença recorrida, julgar procedente o pedido formulado na inicial, a fim de condenar o recorrido Estado de Mato Grosso do Sul a proceder, anualmente, a atualização dos valores da verba denominada “etapa-alimentação”, e a pagar as diferenças apuradas, a partir de 18.4.2001, corrigidas monetariamente pelo INPC/IBGE, acrescidas de juros de mora no importe de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação válida. Por consequência, em virtude do novo resultado, inverte os ônus da sucumbência a fim de condenar o Estado recorrido ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono do autor, arbitrados equitativamente em R\$ 600,00 (seiscentos reais), o que faço com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Isento do pagamento das custas processuais.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

ACOLHERAM PARCIALMENTE A PRELIMINAR, UNÂNIME. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Rêmolo Letteriello e Elpídio Helvécio Chaves Martins.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2009.

\*\*\*



**Apelação Cível n. 2009.000216-6 - Campo Grande****Quarta Turma Cível****Relator Des. Paschoal Carmello Leandro**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – QUEDA DE ÁRVORE SOBRE RESIDÊNCIA – EVENTO DA NATUREZA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR – AFASTADA – NOTIFICAÇÃO REALIZADA PELOS MORADORES – PREVISIBILIDADE DO DANO – CULPA DO MUNICÍPIO VERIFICADA – DANOS MATERIAIS COMPROVADOS – RECURSO IMPROVIDO.

A responsabilidade civil da Administração Pública, por ato omissivo, é do tipo subjetiva. Assim, caberá ao particular que sofreu o dano decorrente de ato de terceiro (não agente público), ou de evento da natureza, provar que a atuação normal da Administração teria sido suficiente para evitar o dano por ele sofrido. A culpa é aferida mediante a prova de que o serviço não funcionou, funcionou tardiamente ou foi ineficiente, bem como pela demonstração de que houve cientificação do ente estatal para que tomasse as medidas necessárias.

A ocorrência de tempestade não configura caso fortuito ou força maior se provado que poderia o ente estatal ter evitado o dano por meio da adequada prestação do serviço público, notadamente quando cientificado pelos moradores da residência quanto à situação degenerativa da árvore, desaparecendo, nesse caso, o requisito da imprevisibilidade.

Devidamente comprovados os danos materiais suportados pelo lesado, a reparação deles incumbe àquele que deu causa ao evento danoso, nos termos do art. 927 do CC.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso, unânime.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2009.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Município de Campo Grande, inconformado com a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de indenização que lhe move Marco Aurélio Gonzáles Chaves, interpõe apelação. Aduz, em síntese, a presença de excludente de responsabilidade, que quebra o nexo de causalidade entre a conduta exercida pelo Poder Público e o dano experimentado pela vítima, qual seja, caso fortuito ou força maior; que os resultados produzidos pela tormenta eram imprevisíveis, não se tratando de uma simples chuva, mas sim de uma tempestade

que ocasionou a queda de diversas árvores pela cidade; que o apelado não comprovou a relação entre os danos narrados e os documentos acostados aos autos; que a documentação comprova apenas a realização de um orçamento dos serviços a serem prestados, e certo que deveria trazer ao menos três orçamentos para ter direito à indenização pelos danos materiais sofridos.

Por fim, pede o provimento do recurso para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido inicial ou, subsidiariamente, serem excluídos ou minorados os valores a título de danos materiais.

Em contrarrazões, o recorrido pugna pelo improvimento do apelo.

## VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de indenização que Marco Aurélio Gonzáles Chaves move em face do Município de Campo Grande, a fim de condenar o requerido ao pagamento de R\$ 799,76 em favor do requerente, acrescido de correção monetária pelo INPC/IBGE e juros de mora de 0,5% ao mês, desde o desembolso, além dos honorários advocatícios fixados em um salário mínimo.

Ao que se extrai dos autos, o autor, ora apelado, ingressou em juízo com a presente demanda visando ser indenizado em decorrência da queda de uma árvore sobre sua residência, sob o argumento de que o fato gerador do acidente foi o descaso do Município que, mesmo depois de devidamente cientificado quanto à condição precária da referida planta, manteve-se inerte, permitindo a ocorrência do evento danoso.

Devidamente processados os autos, com apresentação de resposta por parte do requerido, o magistrado singular houve por bem acolher a pretensão autoral, sob o fundamento de que “a omissão do Poder Público foi a causa determinante para que o infortúnio ocorresse, pois mesmo que não houvessem chuvas torrenciais, o próprio tempo se encarregaria de enfraquecer ainda mais a árvore e derrubá-la”.

Em suas razões recursais insiste o apelante na tese de que ocorreu causa excludente de responsabilidade, ou seja, caso fortuito ou força maior, razão pela qual não haveria dever de indenizar.

Não obstante suas alegações, entendo que o recurso não merece prosperar.

A responsabilidade civil da administração pública é regida pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Via de regra, responde o Estado e seus delegatários de serviços públicos objetivamente pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros. Vale dizer, se um agente público, em serviço, causar um dano a terceiro, e se este não foi o causador exclusivo do evento danoso, o Estado deve responder independentemente de culpa. É a consagração da teoria do risco administrativo, que, conforme dito, foi positivada na Lei Maior.

Em resumo, existindo o fato do serviço e o nexo de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, presume-se a culpa da administração. Compete a esta, para eximir-se da obrigação de indenizar, comprovar, ser for o caso, a existência de culpa exclusiva do particular ou, se comprovar culpa concorrente, terá atenuada sua obrigação. O que importa, em qualquer caso, é que o ônus da prova de culpa da vítima (particular), se existente, cabe sempre à Administração.

Entretanto, em caso de omissão da administração pública, a responsabilidade pelos danos causados por ato de terceiros ou fenômenos da natureza é do tipo subjetiva, não estando contemplada na teoria do

risco administrativo. Nesses casos, há necessidade de se comprovar a omissão culposa do ente público, seja na modalidade imprudente, seja por imperícia ou negligência, para que fique configurada a obrigatoriedade de indenização estatal.

Os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, da Escola Superior de Administração Fazendária – Esaf, sobre a responsabilidade civil da administração pública em decorrência de omissão, assim prelecionam, *in verbis*:

É um equívoco pensar que a responsabilidade da Administração Pública, diante de quaisquer situações, é sempre objetiva. Repita-se: o art. 37, § 6º, da CF, ao regular a responsabilidade objetiva do Estado, restringiu essa modalidade apenas para o caso de conduta de seus agentes.

A responsabilidade pelos danos causados por atos de terceiros ou fenômenos da natureza é do tipo subjetiva, não estando contemplada na Teoria do Risco Administrativo, prescrita no referido dispositivo constitucional. Nessas hipóteses, há necessidade de comprovação de omissão culposa – imprudência, imperícia ou negligência – da Administração, para que fique configurada a obrigatoriedade de indenização estatal.

Esse entendimento não significa que a Administração esteja isenta de responsabilidade em qualquer hipótese em que o particular sofra um dano ocasionado por omissão do Estado. Significa, somente, que, não existindo conduta de agente público ou delegado, a responsabilidade do Estado será do tipo subjetiva, ou seja, terá que ser provada culpa (negligência, imprudência ou imperícia) na omissão da Administração.

Caberá ao particular que sofreu o dano decorrente de ato de terceiro (não agente público), ou de evento da natureza, provar que a atuação normal da Administração teria sido suficiente para evitar o dano por ele sofrido. Tal “culpa administrativa”, no entanto, não precisa ser individualizada, isto é, não precisa ser provada a negligência, imprudência ou imperícia de um agente público determinado... Assim, para ensejar a responsabilização, a pessoa que sofreu o dano deve provar que houve falta no serviço que o Estado deveria ter prestado. Impende anotar, ainda, que é necessário, também, que a pessoa que sofreu o dano demonstre existir nexos causal direto e imediato entre a falta ou deficiência na prestação do serviço e o dano por ela sofrido. (Direito Administrativo, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo – 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 505).

Pois bem. No caso dos autos, ficou devidamente comprovada a omissão do Poder Público Municipal ao permitir que árvore de grande porte (sibipiruna) permanecesse por mais de quarenta dias sem a devida manutenção (poda), mesmo após devidamente requerida pelos moradores da residência a remoção da planta, diante do estado degenerativo em que se encontrava.

O caso fortuito ou força maior alegado pelo Município em sua defesa não se verificou à medida que a imprevisibilidade de ocorrência do evento danoso foi afastada diante do requerimento realizado pelos moradores, deixando o ente público por longo período de tomar as medidas acautelatórias a fim de evitar o ocorrido.

Neste norte, veja-se como bem anotou o douto julgador monocrático em seu decísium:

A cautela dos moradores do imóvel ao postular a remoção da árvore torna inequívoca a negligência do réu diante do perigo de dano iminente, vez que se passaram mais de quarenta dias e nenhuma providência foi tomada pelo Ente Público.

Assim, o dano era perfeitamente evitável com a adoção das medidas acautelatórias cabíveis ao réu.

Repita-se, não há que se falar em excludente de responsabilidade, pois o pedido de corte da árvore retira requisito essencial para a configuração de caso fortuito, qual seja: a imprevisibilidade.

Em suma, sendo previsível a queda da árvore, deveria o Município agir o quanto antes e não o fez, o que gera o dever de indenizar.

Assim, verifica-se que o fato de a cidade ter sido atingida por uma forte tempestade na ocasião só reforça a responsabilidade da Municipalidade pelo infortúnio, haja vista que diante da notificação feita pelos moradores, a previsibilidade de ocorrência do dano era iminente. No entanto, como já visto, permaneceu inerte o Poder Público, o que por si só afasta a alegada excludente de responsabilidade.

A propósito, sobre o tema, colham-se os seguintes precedentes oriundos da jurisprudência desta Colenda Corte, *in verbis*:

RECURSO OBRIGATÓRIO E APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – QUEDA DE ÁRVORE SOBRE VEÍCULO EM VIA PÚBLICA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MUNICÍPIO – CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR – NÃO-OCORRÊNCIA – CULPA DO MUNICÍPIO COMPROVADA – DANOS MATERIAIS – DEVIDOS DESDE QUE COMPROVADOS – DANOS MORAIS REDUZIDOS – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO CONFIGURADA – RECURSO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

O Município é responsável subjetivamente pelos danos causados por fatos da natureza que poderiam ser obstados por meio de uma prestação adequada do serviço, no caso, de conservação, tratamento e retirada de árvores doentes.

A ocorrência de tempestade não configura caso fortuito ou força maior se provado que poderia ter sido evitado pela prestação adequada do serviço pelo ente estatal.

Somente é devida a reparação dos danos materiais comprovados, visto que a certeza do dano é um dos requisitos para a responsabilidade administrativa, ou seja, a mera possibilidade do dano não pode ser indenizada pelo Estado.

O quantum indenizatório a título de danos morais deve se ater unicamente ao abalo sofrido pelas partes do processo, não sendo possível levar em consideração os danos morais sofridos por filho dos autores sequer representada no feito. (AC n. 2007.003105-1, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luis Carlos Santini, julgado em 27.3.07).

REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRA CONTRATUAIS – QUEDA DE ÁRVORE EM CIMA DE VEÍCULO – INÚMEROS DANOS CAUSADOS AO ADMINISTRADO – RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO PELA CONSERVAÇÃO DAS ÁRVORES – § 1º DO ARTIGO 48 DA LEI MUNICIPAL N. 2.909/92 – SIMPLES FATO DE ESTAR CHOVENDO NO MOMENTO DO SINISTRO NÃO CARACTERIZA A IMPERATIVIDADE DE CASO FORTUITO – QUANTUM INDENIZATÓRIO CORRETAMENTE ARBITRADO COM

BASE NOS DANOS ORIGINADOS E NA DEPRECIAÇÃO DO AUTOMÓVEL –  
VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA EM SALÁRIO-MÍNIMO – IMPOSSIBILIDADE  
– RECURSO PARCIALMENTE PROVIDOS.

Compete ao Executivo Municipal o controle fitossanitário da arborização pública, entendendo-se este como as medidas preventivas e mitigadores para o manejo de pragas (insetos) e doenças (fungos e bactérias) (artigo 48, § 1º, da Lei Municipal n. 2.909/92).

Demonstrados os prejuízos sofridos pelo ofendido em razão da omissa conduta adotada pelo Município, inquestionável torna-se a necessidade de que este venha a reparar os danos visualizados.

A simples discordância de qualquer uma das partes para com os termos de trabalho técnico estampado nos autos, carente de prova científica apta a evidenciar eventual falha em sua elaboração, não se constitui em meio hábil a modificar a convicção formada pelo Juízo.

A fixação da indenização por meio de salários mínimos, diante de recente precedente do Supremo Tribunal Federal, não é mais possível (REsp n. 252.760, RS, do qual foi relator o Ministro Carlos Alberto Menezes). (AC n. 2005.009628-8, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Remolo Letteriello, julgado em 26.7.05).

Assentada a responsabilidade estatal, resta analisar a questão referente aos danos materiais.

Sustenta o recorrente que o recorrido não comprovou a relação entre os danos narrados e os documentos acostados aos autos, e que a documentação comprova apenas a realização de um orçamento dos serviços a serem prestados, e certo que deveria trazer ao menos três orçamentos para ter direito à indenização pelos danos materiais sofridos.

Mais uma vez carece de razão o apelante.

A documentação colacionada aos autos pelo autor, em especial a certidão de ocorrência do Corpo de Bombeiros (f. 14), não deixa margem de dúvida acerca da ocorrência e extensão dos danos causados na residência em virtude da queda da árvore.

Por seu turno, os demais documentos acostados ao feito comprovam suficientemente o quantum despendido pelo recorrido com o reparo desses danos, não se tratando de meros orçamentos como sustenta o recorrente, mas sim de efetivo gasto, tudo em consonância com os danos descritos no documento de f. 14.

Dessa forma, devidamente comprovados os danos materiais suportados pelo apelado, sua reparação incumbe àquele que deu causa ao evento danoso.

Destarte, nada há no julgado que seja merecedor de reparos, devendo ser mantido intacto em todos os seus termos.

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

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Rêmolo Letteriello e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.010612-4 - Campo Grande****Terceira Turma Cível****Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – FRAUDE À EXECUÇÃO RECONHECIDA NOS AUTOS DA AÇÃO EXECUTIVA – PENHORA NÃO LEVADA A REGISTRO PELO CREDOR – FRAUDE À EXECUÇÃO – NÃO-OCORRÊNCIA – AQUISIÇÃO DO BEM POR TERCEIRO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ – MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA – ÔNUS DO CREDOR ART. 659, § 4º, E ART. 333, II, CPC – RECURSO IMPROVIDO.

Se não há provas de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição, não há falar em fraude de execução, devendo ser levantada a constrição sobre o referido bem.

Ante a falta do registro da penhora, atribui-se ao credor o ônus da prova, nos termos do artigo 659, § 4º, c.c. artigo 333, ambos do CPC.

**ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 11 de dezembro de 2008.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Banco Bamerindus do Brasil S.A., inconformado com a sentença do Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedentes os embargos de terceiro opostos por Renata Aparecida Maia, apela para este Tribunal.

Enfatiza que a venda do imóvel em discussão para a apelada evidencia fraude à execução, já que ao tempo da alienação corria contra o devedor execução capaz de reduzi-lo à insolvência, não sendo necessária a existência de penhora.

Aduz que não é do credor o ônus da prova quanto à insolvência do devedor.

Ao final, requer o provimento do recurso para julgar improcedentes os embargos de terceiro, invertendo o ônus da sucumbência.

A apelada apresentou contra-razões (f. 279-286), manifestando pelo improvimento do recurso.



**VOTO**

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Banco Bamerindus do Brasil S.A., inconformado com a sentença do Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedentes os embargos de terceiro opostos por Renata Aparecida Maia, apela para este Tribunal.

No caso presente, a requerente/apelada Renata Aparecida Maia opôs embargos de terceiro em face do requerido/apelante Banco Bamerindus do Brasil, sustentando que, em 1996, adquiriu de Amauri Monteiro Mascarenha imóvel rural, denominado Fazenda Campo Limpo, registrado na Comarca de Bela Vista, MS.

Aduziu que no momento da aquisição desconhecia que tramitava processo de execução promovido pelo embargado em desfavor do alienante e outro executado, autos n. 001.96.022436-6, distribuído em 27 de setembro de 1996, na comarca de Campo Grande, MS. Menciona que foi declarada, naqueles autos, como fraude à execução a venda do bem por ela adquirido, decisão de que os executados não recorreram. Alega que, embora reconhecida a ineficácia da alienação do imóvel, nada se decidiu sobre o seu direito acerca do bem.

Sustentou que a boa-fé na relação estabelecida com o executado requer a desconstituição e o levantamento da penhora existente no imóvel rural.

O embargado apresentou contestação, ressaltando, em preliminar, a inépcia da inicial. No mérito, defende a ocorrência de alienação fraudulenta, descaracterizando a boa-fé no instante em que a embargante não solicitou certidão de ações judiciais perante a Justiça Estadual e Federal. Argumenta que a falta de registro de penhora sobre o bem não foi realizado anteriormente, em face de que ao menos existia penhora, mas apenas um reconhecimento de dívida que não foi satisfeita. Pede-se pela improcedência dos embargos.

O juiz sentenciante (f. 254-257) julgou procedente o pedido da requerente, determinando o levantamento da penhora realizada no imóvel denominado Fazenda Campo Limpo, registrado no cartório de registro de imóveis sob as Matrículas n. 6.910, n. 6.908, n. 6.821, da Comarca de Bela Vista, MS. Condenou a embargada ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios que, conforme art. 20, § 4º, do CPC, arbitro em R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Irresignado com esta sentença, o embargado recorre a este Tribunal, aduzindo que: I- a venda do imóvel em discussão para a embargante/apelada evidencia fraude à execução, já que ao tempo da alienação corria contra o devedor execução capaz de reduzi-lo à insolvência, não sendo necessária a existência de penhora; II- não é do credor o ônus da prova quanto à insolvência do devedor; III- requer o provimento do recurso para julgar improcedentes os embargos de terceiro, invertendo o ônus da sucumbência.

Entendo que o recurso não deve prosperar.

A embargante almeja a desconstituição da penhora realizada sobre o imóvel adquirido por ela, denominado Fazenda Campo Limpo, matriculada sob o n. 6.910; n. 6.908; n. 6.821, no cartório de registro de imóveis da Comarca de Bela Vista, MS, pois quando da aquisição, embora tramitasse processo de execução contra o alienante, desconhecia este fato, já que referido imóvel não tinha nenhum ônus.

Contudo, mesmo tendo adquirido referido imóvel resultou na declaração de ineficácia da alienação por meio de fraude à execução. A embargante/apelada requereu a proteção do bem adquirido, sob o argumento de boa-fé na relação jurídica.

Observa-se que não há provas de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição, logo não há falar em fraude à execução, devendo ser levantada a constrição sobre o referido bem, já que a apelante não provou que a adquirente tinha conhecimento da execução alegada pela recorrente.

No caso dos autos, constata-se que o Banco Bamerindus ajuizou na data de 30 de dezembro de 1996 (f. 23), ação de execução de título executivo extrajudicial em face de Amauri Monteiro Mascarenhas e outro, baseado em um crédito resultado de saldo devedor apurado em aditivo de instrumento particular de confissão, composição de dívida, forma de pagamento e outras avenças pactuadas em 8.2.1996.

Verifica-se que ficou em garantia da dívida 320 vacas nelores de sua propriedade, que se encontravam na fazenda Katycilene, localizada no município de Nioque-MS.

Os executados Amauri Monteiro Mascarenhas e outro não cumpriram o acordo pactuado com o banco para pagamento da dívida, visto que não foi localizado o gado dado em garantia, razão disso o credor requereu a penhora dos imóveis de Matrículas n. 6.908, n. 6.910 e n. 6.821, todos da comarca de Bela Vista-MS.

Contudo, o oficial de justiça informou que não pode realizar a penhora dos referidos imóveis, visto que pertencem a Renata Aparecida Maia, desde 26.11.1996.

Observa-se que quando da aquisição do imóvel, não havia nenhum ônus sobre ele, tanto que foram apresentados no ato da lavratura da escritura os seguintes documentos (f. 80-81):

1 - Certidão negativa de ônus reais de ações reipersecutórias, expedido pelo oficial do registro de imóveis da comarca de Bela Vista-MS.

2 - Certidão de cadastro de imóveis rural (CCIR), ex-pedido pelo INCRA, referente ao exercício de 1995, em nome do outorgante vendedor varão;

3 - Certidão negativas de débito (CND's) expedidas pelo IBAMA, na cidade de Campo Grande (MS), em nome do outorgante vendedor;

4 - Comprovante de quitação dos Impostos Territoriais Rurais (ITR's), referentes ao exercício de 1994 e 1995, em nome do outorgante vendedor varão.

É cediço que se pode conceituar fraude à execução, instituto de direito processual (artigo 593 do CPC) como sendo a alienação de bens pelo devedor, na pendência de um processo capaz de reduzi-lo à insolvência, sem a reserva (em seu patrimônio) de bens suficientes a garantir o débito objeto de cobrança.

O escopo da interdição à fraude de execução é preservar o resultado do processo, não permitindo que na pendência dele o devedor aliene bens, frustrando a cobrança ou a execução e impedindo a satisfação do credor mediante a expropriação de bens. Visa impedir atos de alienação fraudulentos ou apenas reputá-los ineficazes, em vista da pendência do processo.

O dispositivo legal trazido no CPC diz:

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

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzir à insolvência;

III – nos demais casos expressos em lei.

No caso em exame, observa-se que a alienação do imóvel objeto dos autos, como dito anteriormente, feita pelos executados, ocorreu em 26 de novembro de 1996 (f. 80).

Verifica que os executados tiveram ciência da execução em 29.11.1996 (f. 45/46), quando vieram aos autos da execução propondo acordo para pagamento da dívida, dessa forma, nota-se que a venda dos imóveis ocorrida em 26.11.1996 foi anterior à ciência dos executados da execução que ocorreu em 29.11.1996.

No que tange à venda dos imóveis, a alienação procedida por Amauri Monteiro Mascarenhas a embargante, ora recorrida, não se pode reconhecer a ocorrência de fraude, ou melhor, os efeitos da fraude à execução não os pode atingir, já que a venda foi anterior a citação dos devedores na execução promovida pelo credor/apelante.

Isso porque para que a fraude à execução atinja terceiros adquirentes exige-se aferir se era possível a eles saber da litigiosidade do bem, vale dizer, se havia o registro da penhora ou se há prova da má-fé do adquirente.

Nesse sentido, eis o seguinte julgado:

Fraude de execução. Citação. Penhora. Falta de registro. Terceiro de boa-fé. Embargos de terceiro. Alienado o bem pelos devedores depois de citados na execução, e tendo os adquirentes transferido o imóvel a terceiro após efetivada a penhora, o reconhecimento da fraude de execução na primeira alienação dependeria da prova de que a demanda reduziria os devedores a insolvência, e de que o adquirente tinha motivo para saber da existência da ação; na segunda, dependeria de registro da penhora ou de prova da má-fé do subadquirente. Isso porque, inexistindo registro da citação da ação ou da penhora do bem alienado a terceiro, incumbe ao exequente e embargado fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição. Art. 593 II e III do CPC. Precedentes. Recurso conhecido em parte e provido. (STJ, REsp n. 136342/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 10.10.97, DJ 15.12.97, p. 6.6423, RSTJ 106/350).

Como visto, a recorrida adquiriu imóvel do devedor, contudo na data da aquisição do imóvel, na comarca não tinha demanda sob o imóvel, conforme (f. 79-81), não possuindo nenhuma demanda ajuizada contra si e, tampouco, havia registro da penhora quanto ao imóvel adquirido.

Conforme se constata, embora o processo executivo tenha sido proposto antes da aquisição pela embargante, ora recorrida, o exequente não foi diligente, deixando de proceder ao registro da penhora em questão, somente tomando providências após da venda.

Assim, inexistindo o registro da penhora é ônus do credor demonstrar que a adquirente tinha conhecimento da pendência de demanda ou da própria constrição, ou seja, é ônus do credor demonstrar que a adquirente agiu com má-fé. Tal fato não se evidencia nos autos.

Nesse sentido, Araken de Assis, na sua obra *in* Manual do Processo de Execução, Editora Revista dos Tribunais, p. 416 leciona:

Enfim, o balanço da ‘reforma’ parece ser um só: mudou-se para nada mudar, pois, ao fim e ao cabo, a falta de registro só provoca a inversão do ônus de provar o conhecimento pelo terceiro da litispendência.

Convém notar que a aquisição do domínio, mediante ato posterior à constrição, não impede o registro ulterior desta, cabendo ao juiz da execução determiná-lo. A aquisição referida tampouco inibe a apropriação do bem. E, finalmente, o registro da penhora obsta a

transcrição de títulos posteriores, passados pelo executado a terceiros.

Como é cediço, a má-fé não se presume, exigindo, em verdade, prova inequívoca de sua ocorrência. Além do que, mister se faz tutelar a boa-fé e dar segurança às relações jurídicas, pois se a constrição não foi registrada, não há como se dizer que ela produz os efeitos erga omnes esperados e conferidos ao registro no cartório de imóveis.

Sendo assim não restou demonstrado nos autos nenhum dos requisitos necessários para o reconhecimento da fraude de execução quanto a recorrida, ônus que incumbia ao recorrente, nos termos do artigo 333, II, e artigo 659, § 4º, ambos do Código de Processo Civil.

Sobre o ônus da prova, Antônio Carlos Marcato, leciona na sua obra Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1001, vejamos:

Entende-se por ônus, enfim, a responsabilidade de prática de determinado ato como condição à produção de certo resultado dentro do processo, ou para a obtenção de um benefício em específico pelo interessado, quando não para evitar uma situação de desvantagem, enquadrando-se nessa categoria por exemplo o encargo da apresentação de defesa: o réu não está obrigado a se defender no processo civil, mas tem o ônus de fazê-lo caso queira ver criada controvérsia em torno dos fatos alegados pelo autor e caso queira ver consideradas pelo juiz circunstâncias que ele, réu, repute imprescindíveis à decisão da causa;

[...]

E é de ônus, enfim, que cuida o art. 333, ao dividir entre as partes o encargo de provar os fatos relevantes para a causa, conforme sua natureza; não estabelece a lei, aí, dever algum de prova, potencialmente sujeito a sanções, mas define a responsabilidade pela demonstração respectiva, caso queiram os interessados diretos vê-los considerados na decisão.

Este Tribunal de Justiça tem afastado o reconhecimento de fraude à execução nos casos em que a alienação do bem do executado a terceiro de boa-fé tenha-se dado anteriormente ao registro da penhora do imóvel, *in verbis*:

Se não há provas de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição, não há falar em fraude de execução, devendo ser levantada a constrição sobre o referido bem. (AC n. 2007.025657-4, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 18.8.08).

Sendo assim, deve ser mantido a sentença de primeiro grau que determinando o levantamento da penhora realizada no imóvel, denominado Fazenda Campo Limpo, registrado no cartório de Registro de Imóveis sob as Matrículas n. 6.910, n. 6.908, n. 6.821, da Comarca de Bela Vista, MS, condenando a embargada ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios que, conforme art. 20, § 4º do CPC, foi arbitrado na importância de R\$ 8.000,00 (oito mil reais)

Posto isso e que dos autos consta, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto pelo Banco Bamerindus do Brasil S.A.

## 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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, Fernando Mauro Moreira Marinho e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.014327-0 - Campo Grande**  
**Terceira Turma Cível**  
**Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ACIDENTE DE TRABALHO – DANO MORAL CARACTERIZADO – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – QUANTUM ADEQUADO – DANO MATERIAL DEVIDO – PAGAMENTO DE PENSÃO PELO INSS E PENSÃO VITALÍCIA PELO DANO MATERIAL SÃO CUMULÁVEIS – SÚMULA 229 DO STF – RECURSO IMPROVIDO.

Se a empresa não oferece o adequado equipamento de proteção individual aos empregados, tampouco fiscaliza as condições em que a atividade é desempenhada, de forma a prevenir situações de perigo, claro está quem atua de forma negligente, o que caracteriza a sua culpa na ocorrência de acidentes, resultando daí a responsabilidade civil e a obrigação de indenizar.

O quantum é considerado adequado quando o julgador utiliza-se dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade aplicando-os às circunstâncias que o caso apresenta, a fim de compensar o dano e punir o ofensor, adequando-se perfeitamente ao previsto no art. 944 do Código Civil: A indenização mede-se pela extensão do dano.

O pagamento de pensão pelo INSS não descaracteriza o dever de indenizar da empresa, pois a Súmula 229 do STF prevê que: A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador, podendo ser cumuladas.

Recurso improvido.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de dezembro de 2008.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

MBM Construções e Comércio Ltda., inconformada com a sentença proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca da Capital que, nos autos da ação de indenização por acidente de trabalho que lhe promove Sebastião Mota da Silva, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para condenar a demandada ao pagamento de indenização por dano material no montante de um salário mínimo

como pensão vitalícia devidamente corrigido, inclusive 13º salário, e ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) referente à indenização por danos morais, acrescidos de juros e correção monetária, interpõe recurso de apelação cível.

Para tanto alega que o laudo trazido pelo perito não foi considerado por completo, já que neste documento consta a informação de que o recorrido é portador de Parkinson e outras doenças degenerativas que culminaram com a sua incapacidade total para o trabalho, logo, a apelante não pode ser responsabilizada pela incapacidade laborativa do recorrido.

Aduz que a sua culpa não ficou comprovada durante a instrução processual, sendo assim não pode ser presumida, além do fato de que, diante do conjunto probatório juntado aos autos restou caracterizada a inexistência de nexo causal que possa ensejar a obrigação de indenizar.

Insiste que o período em que o apelado ficou exposto ao barulho que teria originado o seu problema de surdez foi curto, não sendo suficiente para causar tamanha enfermidade e que a causa provável da doença é a idade avançada e as demais doenças que o apelado possui.

Afirma que cabia ao autor, ora apelado, provar o ato ilícito cometido pela apelante e os prejuízos, os danos sofridos e a culpa. Contudo, isso não ocorreu, logo, verifica-se que tudo não passou de meras alegações.

Pondera que a indenização vitalícia por dano material, consistente no pagamento de pensão mensal de um salário mínimo, deve ser afastada em virtude do fato de a apelante sempre ter cumprido com suas obrigações previdenciárias e o recorrido receber pensão mensal do INSS, não existindo razão para que os valores sejam pagos em duplicidade, já que, se isso ocorrer, caracterizado estará o enriquecimento sem causa do apelado.

Sustenta que o valor arbitrado a título de danos morais é excessivo diante das circunstâncias apresentadas pois, por mais que hipoteticamente a apelante tenha contribuído para o desenvolvimento da doença que acomete o recorrido, a faixa etária dele foi fator essencial para o agravamento de sua doença, portanto isso deve servir para, pelo menos, atenuar o valor da indenização.

Por fim, requer o conhecimento e o provimento do recurso para reformar a sentença, com a finalidade de julgar improcedentes os pedidos de indenização por danos morais e materiais e o pagamento de pensão mensal e, não sendo este o entendimento, para que promova a redução dos valores indenizatórios.

O apelado apresentou contra-razões ao recurso às f. 273-276 pugnando pela sua improcedência.

## VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de apelo interposto por MBM Construções e Comércio Ltda. com o objetivo a reforma da sentença a fim de julgar improcedentes os pedidos de indenização por danos material e moral e, não sendo este o entendimento, a redução do quantum indenizatório na ação que lhe promove Sebastião Mota da Silva.

Compulsando os autos verifica-se que o autor, ora apelado, trabalhou para a apelante durante aproximadamente cinco anos e que durante esse tempo desenvolveu várias atividades relacionadas à construção.

Em julho de 1997, foi deslocado para trabalhar na construção de galerias de esgoto, considerada atividade de construção pesada e, por algumas vezes, fez uso de uma máquina locada para a quebra de concreto



chamada martetele, que fazia muito barulho e por isso deveria ser utilizado um equipamento de proteção, contudo operava o equipamento sem nenhuma proteção auricular, já que a empresa não fornecia esse material a seus trabalhadores.

Ocorre que, no dia 7 de janeiro de 1998, durante o período em que operava esse maquinário, o autor sentiu um grande “zumbido” no ouvido e logo após percebeu que sua audição estava comprometida, pois passou a ouvir apenas chiados pelo ouvido esquerdo.

Durante o mês seguinte, submeteu-se à consulta médica e exames específicos de audiometria, conforme documentos de f. 14-22, que constatarem a disacusia neurosensorial bilateral com grau severo no ouvido esquerdo e leve no direito, diagnóstico confirmado em outubro de 2001 pelo laudo que constatou a perda de audição induzida por níveis de Pressão Sonora Elevada, conforme os termos utilizados pelo médico, e, em dezembro desse mesmo ano, foi-lhe concedida a aposentadoria por invalidez.

Sendo assim, em novembro de 2002, o apelado propôs ação de indenização por acidente de trabalho contra a empresa em que trabalhava, ora apelante, e na sentença o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedentes os seus pedidos, condenando a apelante ao pagamento de indenização por dano material no montante de um salário mínimo como pensão vitalícia devidamente corrigida, inclusive 13º salário, e ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) referente à indenização por danos morais, acrescidos de juros e correção monetária

Pois bem. Entendo que o recurso não merece ser provido pelos motivos que passo agora a expor.

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que a apelada é pessoa jurídica e em sua atividade profissional assume os riscos inerentes ao negócio que explora, sendo assim cabe-lhe a obrigação de regulamentar e de fiscalizar a atividade desenvolvida pelos seus empregados, além de fornecer-lhes equipamentos de segurança pessoal adequados à proteção de sua integridade física nos casos em que a atividade desempenhada possa trazer quaisquer riscos à saúde do trabalhador.

No caso em apreço, é indiscutível que a atividade do apelado ao manusear o martetele causou danos à sua audição, já que, ao ser ligado, esse maquinário produziu sons muito altos, portanto, deveria a empresa ter-lhe fornecido proteção acústica para assim evitar tais danos.

Esse é o procedimento determinado pelo artigo 166 do Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, vejamos:

A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.

Pela análise dos autos restou comprovado que a empresa não cumpriu com essa obrigação, pois, segundo depoimento colhido durante a instrução processual, nenhum material de proteção era fornecido aos trabalhadores, como se pode observar pelo depoimento de João Batista Pereira, ex-funcionário da apelada, que relata o seguinte:

O depoente também foi funcionário da empresa ré, por 5 anos, na função de servente de pedreiro, quando conheceu o autor. Trabalhavam juntos nas galerias fluviais. Viu o autor manuseando o martetele. A empresa não fornecia nenhum material de proteção, seja para audição ou outro, como sapatos especiais. O martetele produz barulho muito alto e grande vibração. No final da tarde, o depoente observava que os seus antebraços ficavam inchados pela utilização dos equipamentos, bem como, por consequência, ficava “atordoadado”. Trabalhavam em 3, porque os demais funcionários eram todos muito jovens e as funções eram distribuídas pelo encarregado. O autor reclamou para o encarregado que precisava de uma proteção para

os ouvidos, mas o reclamo não foi atendido [...] (f. 213-214) grifo nosso.

Sendo assim, se a empresa não ofereceu o adequado equipamento de proteção individual, tampouco fiscalizou as condições em que a atividade era desempenhada de forma a prevenir situações de perigo, claro está que atuou com culpa na ocorrência de acidentes devido à sua negligência, resultando daí a responsabilidade civil de indenizar, pois demonstrado o nexo causal entre a atitude da apelada e o dano sofrido.

Ademais, com a perícia médica realizada, qualquer dúvida que pairava sobre a possibilidade ou não da perda de audição ter sido causada pela exposição aos barulhos causados pelo equipamento de trabalho, é afastada, já que a conclusão do perito, às f. 217-218, é clara quanto a esse ponto, como se pode observar pelo fragmento que foi extraído do laudo pericial:

01. Em se provando que realmente a carga horária realizada pelo periciado de 02 horas diárias no uso do martetele, sem proteção auricular, durante 03 dias consecutivos.

02. Podemos afirmar que a empresa ré agiu de maneira danosa à saúde do periciado, pois expôs o mesmo a níveis sonoros altíssimos (acima de 100 dB) sem nenhum tipo de proteção por período muito superior ao tolerado.

03. Esta ação contribuiu severamente para o dano auditivo apresentado pelo periciado.

E ainda, ao contrário do recorrido, a parte apelante não trouxe aos autos nenhuma comprovação de que não teve culpa diante do ocorrido, logo, desincumbiu-se da sua obrigação de demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito do autor, conforme preconiza o inciso II do artigo 333 do Código de Processo Civil.

Portanto, ficou caracterizada a culpa por parte da empresa ré, ora apelante, pois dispõe o art. 186 do Código Civil que: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e, caracterizado o ato ilícito, gera-se a obrigação de indenizá-lo, como preconiza o art. 927 do Código Civil: aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Diante do contexto probatório, não há falar em ausência de prova da culpa, já que esta ficou devidamente demonstrada, visto que a apelada não forneceu equipamentos de segurança necessários à proteção que pudesse evitar lesão aos seus funcionários.

Nesse sentido é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

Ementa. Apelação cível. Ação de indenização por acidente de trabalho. Responsabilidade civil do empregador. Perda da falange distal do polegar esquerdo. Falta de equipamentos de segurança pessoal. Negligência. Dever de indenizar. Danos morais. Redução do quantum indenizatório. Dano estético. Possibilidade de cumulação com o dano moral. Recurso parcialmente provido.

Se a empresa não diligencia no sentido de instruir seus empregados quanto aos cuidados a serem observados no desempenho das tarefas, não oferece, ou, não exige a utilização do adequado equipamento de proteção individual, tampouco fiscaliza as condições em que o labor é executado, de forma a prevenir situações de perigo, tem-se que ela atua com culpa por negligência, para a ocorrência de acidentes, resultando daí a responsabilidade civil de indenizar. Não existindo parâmetros para a fixação do valor do dano, a indenização por danos morais deve ser fixada pelo julgador segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, de

modo a evitar a configuração de enriquecimento ilícito, devendo atender sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor.

É possível a cumulação dos pedidos de indenização por danos moral e estético, porquanto visam ao ressarcimento de lesões distintas, embora decorrentes do mesmo ato lesivo. (AC n. 2004.013429-3, Dourados, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 18.3.08, Publicado em 14.5.08).

Na esteira desse entendimento, não há dúvida de que a parte apelante agiu de maneira negligente, o que importa na sua obrigação de indenizar o apelado pelo dano permanente que lhe causou, não encontrando respaldo os argumentos da apelante no sentido de que a idade do apelado e seus outros problemas de saúde é que são as causas do seu impedimento para o trabalho.

Ultrapassada esta fase, passo à análise da determinação do valor da indenização.

Deve ficar consignado que, ao definir o quantum da indenização por danos morais, o juízo *a quo* respeitou a dupla finalidade a que o valor é proposta, qual seja: desencorajar possíveis reincidências do ofensor e ao mesmo tempo compensar o ofendido pelo dano causado, e o valor atribuído pelo magistrado não caracteriza a tal indústria de fácil enriquecimento, como quer fazer parecer a apelante.

Sendo assim, na quantificação do dano moral deve sempre ser levado em consideração o critério da razoabilidade, não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido devem ser verificadas, mas também o grau da lesão e suas consequências para o ofendido e foi isso que fez o magistrado.

Neste sentido, Carlos Alberto Bittar (*in* Responsabilidade Civil, p. 548), menciona que “a indenização por danos morais deve traduzir-se em um montante que represente advertência ao lesado e à sociedade de que não aceita o comportamento assumido ou o evento lesivo advindo”.

Este também é o entendimento que se pode extrair das palavras de Caio Mário em sua obra “Responsabilidade Civil”, 8ª ed. Editora Forense, 1997, p. 97:

Quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

No caso em apreço, ao fixar os danos morais o juízo *a quo* levou em conta a gravidade da lesão causada ao apelado que culminou com a perda permanente de audição de seu ouvido esquerdo, ou seja, uma deformação permanente, logo, entendo que o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) não é exorbitante como afirma a apelada, sendo razoável para cumprir a sua dupla finalidade.

E por fim, em relação ao argumento da apelante de que o pagamento de indenização por danos materiais, na forma de pensão vitalícia, caracterizaria recebimento de valores em duplicidade, já que o apelado já recebe pensão do INSS, essa alegação não prospera.

Ora, tal afirmação é descabida, uma vez que a pensão previdenciária paga pelo INSS não se confunde com aquela decorrente do ato ilícito praticado pela apelada quando agiu com negligência, de maneira que o recebimento de uma não exclui o da outra.

Nem se argumente que a cumulação da imposição da obrigação de indenizar e a pensão paga pelo INSS

implicam *bis in idem*, pois o direito do apelado repousa sobre duas causas distintas. A compensação específica paga pela instituição previdenciária é devido ao infortúnio ocorrido, sem se especular a sua causa. Já a indenização paga pelo empregador é decorrente da responsabilidade que a apelada tem sobre os danos causados ao apelado os quais o impede de trabalhar, não tendo também que falar em enriquecimento sem causa, pois a indenização trabalhista é alimentar, enquanto a do direito comum é reparatória, tendo elas distintas finalidades.

Ademais, a Súmula 229 do STF prevê que: A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador e foi o que realmente ocorreu no caso em apreço, já que a conduta negligente da apelada gerou o dano.

Em conformidade com esse entendimento colaciono alguns julgados desta Corte de Justiça:

Ementa. Apelação cível. Ação acidentária do trabalho c/c danos morais e materiais. Morte de empregado. Empresa transportadora. Atividade de risco. Dever de indenizar. Pensão previdenciária recebida pela vítima. Indenização do direito comum. Coexistência. Verba indenizatória devida até a data em que o de cujus completaria 65 anos de idade. Filho que atingiu a maioridade irrelevante. Honorários. pedido exordial. Referência a montante meramente estimativo. Sucumbência recíproca não configurada. Recurso improvido.

Quando o agente exerce uma atividade perigosa e com ela auferir lucros, deve responder objetivamente pelos prejuízos que dela decorrem, mesmo que não atue ilicitamente.

O recebimento de pensão do INSS pelo mesmo fato não exime o empregador de arcar com o pagamento dos danos materiais, pois sua obrigação resulta de um ato ilícito ou do lucro pelo exercício de uma atividade perigosa, enquanto a do INSS resulta das contribuições previdenciárias que recebia em decorrência dos trabalhos remunerados exercidos pela vítima.

[...] (AC n. 2004.012173-9, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Julgado em 8.11.04, Publicado em 23.11.04).

Ementa. Apelação cível. Ação de indenização por danos morais c/c danos patrimoniais causados em acidente de trabalho. [...] Insuficiência de equipamentos de segurança e fiscalização no uso dos poucos existentes. Culpa da empresa empregadora [...] Recebimento de pensão pós morte do INSS o que não caracteriza o dano material. Súmula 229 do STF. redução do valor fixado a título de danos morais. Enriquecimento ilícito. Procedente. Recurso parcialmente provido.

Observe que das provas carreadas restou provada a culpa da empresa apelante, que agiu com negligência no caso em epígrafe, por não oferecer ao funcionário vitimado pelo acidente de trabalho os equipamentos essenciais para sua segurança e nem fiscalizar se os funcionários estavam usando os poucos equipamentos à disposição, o que causa à ocorrência do evento que tirou a vida de seu funcionário, excluindo assim a culpa da vítima.

[...]

A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador, súmula 229 do STF.

A indenização por danos morais deve ser feita livremente pelo julgador, a fim de que seja feita a devida justiça, não onerar o agente de modo excessivo ou descaracterizar o instituto retributório da indenização. A seguir tal linha de raciocínio, e sobrepondo os princípios da

razoabilidade, proporcionalidade e enriquecimento sem causa, deve o valor fixado ser reduzido para 150 salários mínimos. (AC n. 2003.012011-4, Três Lagoas, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 8.3.04).

Na esteira desse entendimento, a indenização requerida refere-se aos prejuízos sofridos com o ato ilícito praticado pela apelante, diferentemente da pensão concedida pelo INSS, sendo assim possível o pedido de danos materiais é correta a determinação do juízo *a quo* ao condenar a apelante ao pagamento de pensão mensal vitalícia no valor de um salário mínimo, já que seu ato ilícito culminou com uma deformidade permanente que impede o apelado de trabalhar, não merecendo reparo a sentença.

Diante dessas razões conheço do recurso interposto e nego-lhe provimento mantendo inalterados os termos da 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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, Fernando Mauro Moreira Marinho e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Agravo Regimental em Agravo n. 2008.034619-9/0001-00****Campo Grande - Terceira Turma Cível****Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli**

**E M E N T A** – AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PENHORA *ON-LINE* E BLOQUEIO DE NUMERÁRIO – MEDIDAS EXTREMAS – ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA LOCALIZAÇÃO DE OUTROS BENS NÃO VERIFICADO – OBSERVÂNCIA DO ART. 620 DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Mesmo com o advento da Lei n. 11.382/06, que inseriu a norma do art. 655-A no CPC, permitindo a penhora on line e o bloqueio de numerários em contas bancárias dos executados, tais medidas continuam a ser de extrema excepcionalidade, sendo permitidas tão-somente após demonstração de haver o credor exaurido todos os meios à sua disposição para localizar bens penhoráveis do devedor, sob pena de violação aos princípios constitucionais da quebra do sigilo bancário e da dignidade da pessoa humana, e ainda a norma do art. 620 do CPC, inalterada.

Recurso improvido.

**ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 11 de dezembro de 2008.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Banco Bradesco S.A. agrava regimentalmente contra decisão desta relatoria que, embasada no art. 557, *caput*, segunda e quinta figuras, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento que o ora agravante interpôs em face de QUIMS – Química Mato Grosso do Sul e outro, objetivando a reforma da decisão proferida pelo juízo *a quo*, que indeferiu o pedido de penhora on line de ativos em nome da executada.

Para tanto, alega que a decisão agravada não levou em consideração as recentes modificações operadas no processo civil pela Lei n. 11.382/06, especialmente no que concerne ao processo de execução, pois o art. 655, I, do CPC não deixa dúvidas de que em ação de execução a penhora deve recair preferencialmente em dinheiro em espécie ou em depósito em contas bancárias, estando, portanto, equivocada a exigência feita pela decisão agravada do esgotamento dos meios para localização de outros bens para penhora.

Insiste que, conforme dispõe o art. 655, I, do CPC, a penhora deve recair de forma preferencial em dinheiro em espécie ou em contas bancárias, o que conduz à conclusão de que a decisão agravada fez exigência que a lei não fez, ou seja, esta contrariou como legal ao exigir que o credor buscasse outros bens antes de requerer a penhora de dinheiro.

Assevera que a decisão guerreada também interpretou o art. 655-A do CPC de forma equivocada, ou afirmar que a determinação de bloqueio do numerário em contas do devedor seria uma faculdade do juízo, e não obrigatoriedade.

Esclarece que o comando legal contido no art. 655-A do CPC deve ser interpretado em conjunto com a norma do art. 655, I, do CPC, que diz que a penhora recairá preferencialmente em dinheiro.

Sustenta ainda que a Lei n. 11.382/2006 extinguiu o instituto da “nomeação de bens à penhora”, e determinou que a penhora deveria recair, preferencialmente, em dinheiro em espécie ou em depósito em contas bancárias, o que poderia ser feito, preferencialmente, por meio eletrônico ou mesmo por intermédio do ofício dirigido ao Banco Central.

Ao final, requer a reconsideração da decisão agravada ou a sua reforma pelo colegiado para, reformando a decisão *a quo*, determinar o bloqueio de numerário em contas bancárias dos agravados, o que poderá ser feito, preferencialmente, de forma eletrônica, ou, se não for possível assim proceder, que seja expedido ofício ao Bacen determinando o mencionado bloqueio.

## VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Banco Bradesco S.A. por meio do presente agravo regimental objetiva a reconsideração da decisão proferida por este relator, em juízo de retratação, ou a sua reforma pelo Colegiado, a fim de que seja dado provimento ao agravo de instrumento para, reformando a decisão de primeira instância, determinar o bloqueio de numerário em contas bancárias dos agravados, o que poderá ser feito, preferencialmente, de forma eletrônica, ou, se não for possível assim proceder, que seja expedido ofício ao Bacen determinando o mencionado bloqueio.

O recurso não merece provimento.

A questão cerne dos autos cinge-se em saber se a penhora *on-line* ou “bloqueio de numerário em contas bancárias dos agravados”, na presente hipótese, deve ser admitida ou não.

Ressalta-se que, como consignado na decisão agravada, embora este Tribunal tenha realizado convênio com o Bacen, tal fato não significa automática e irrestrita realização da chamada penhora *on line*, devendo-se averiguar, para o deferimento de referida medida a excepcionalidade do caso e a vedação constitucional à quebra do sigilo bancário.

*In casu*, como já afirmado, a medida pleiteada pelo agravante, desenvolve-se na contramão da norma constitucional que prestigia o princípio da dignidade da pessoa humana, compelindo o agravado a uma humilhação desmedida, porquanto o bloqueio de numerário em conta bancária de titularidade dos agravados ou a penhora *on line* por certo os impossibilitará de honrarem com compromissos financeiros já assumidos, causando sua inadimplência, e até mesmo, falta de condições de prover o seu sustento.



Ademais, a penhora *on-line* e o bloqueio de numerários somente terão cabimento nos casos em que não pairarem dúvidas acerca do esgotamento dos procedimentos hábeis a visualizar a existência de bens em nome do devedor, o que não restou demonstrada no caso em exame, fato não impugnado pelo agravante.

Outro não é o posicionamento adotado por esta Corte, consoante se verifica dos julgados *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – PENHORA *On-line* – ART. 655-A DO CPC – NÃO-ESGOTAMENTO DE TODOS OS MEIOS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR – INDEFERIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

Mesmo após a reforma do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei n. 11.382/2006, a qual consignou expressamente no art. 655-A que o juiz da execução pode, por via eletrônica, bloquear no Banco Central depósitos bancários ou aplicações financeiras mantidas pelo executado, somente depois de esgotadas as vias extrajudiciais de localização de bens do executado é que se justificará a utilização do sistema eletrônico para a obtenção de informações perante o sistema financeiro do país, no sentido de proceder ao bloqueio das contas bancárias do devedor. (Ag n. 2007.009344-6/0000-00, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, 31.7.07 ).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO EXECUTIVA – PENHORA *On-line* – BLOQUEIO DE CONTAS BANCÁRIAS DOS EXECUTADOS – MEDIDA EXCEPCIONAL – NÃO-DEMONSTRAÇÃO DO ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO OSTENTADO PELO EXEQUENTE – RECURSO IMPROVIDO.

Não tendo sido demonstrado o exaurimento da via administrativa por parte do credor para a obtenção de informações acerca dos bens pertencentes ao executado, deve ser indeferida a pretensão exequente de que venha a ser efetivada a penhora *on-line*, pelo sistema Bacen/Jud, da quantia existente na conta bancária àquele pertencente. (Ag n. 2007.008873-7/0000-00, Dourados, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, 24.4.07).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO DE RELATOR QUE DEU PROVIMENTO, DE PLANO, A RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, PARA REFORMAR DECISÃO PROFERIDA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO, QUE DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE PENHORA ON LINE – ALEGAÇÃO DA RECORRENTE SOBRE A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DA RESPECTIVA PENHORA, AO ARGUMENTO DE QUE SUA REALIZAÇÃO NÃO OCASIONARÁ AO DEVEDOR LESÃO GRAVE DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO, POR SER A PENHORA ON LINE MEDIDA DE EXTREMA EXCEPCIONALIDADE, SÓ SENDO PERMITIDA APÓS ESGOTAREM-SE OS MEIOS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS – RECURSO INTERPOSTO DAQUELA DECISÃO QUE NENHUM ELEMENTO NOVO TROUXE DE MOLDE A PODER O RELATOR RETRATAR-SE DA DECISÃO – RECURSO IMPROVIDO.

I-A penhora on line é medida de extrema excepcionalidade, sendo permitida tão-somente após demonstração de haver o credor exaurido todos os meios à sua disposição para localizar bens penhoráveis do devedor.

II-Se o agravante regimental não apresentou nenhum elemento novo, de molde a poder o relator retratar-se da decisão agravada, é de ser ela mantida. (AgRg em Ag n. 2006.019515-6/0001-00, Primeira Turma Cível, Bonito, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, 8.5.07).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO – AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO – AFASTADA – POSSIBILIDADE DA EFETIVAÇÃO DA PENHORA ON LINE – AFASTADA PELA AUSÊNCIA DE PROVA DA EXCEPCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Uma vez que possível a verificação da tempestividade do recurso, inspirado pelo princípio da instrumentalidade das formas, é de ser mitigado o rigor do art. 525 do CPC, para, consideradas as peculiaridades do caso concreto, dispensar a certidão de intimação do ato agravado.

A penhora on line acaba por bloquear a conta e não o exato valor da execução, o que pode levar o devedor a outras inadimplências diante da impossibilidade de honrar seus compromissos financeiros. Desta feita, apesar de notável ferramenta para efetivar e dar celeridade ao processo, há de ser utilizado de maneira excepcional, quando somente se socorre a ele havendo provas da impossibilidade de penhora de outros bens para execução, ou seja, do esgotamento da via administrativa para encontro de bens.

Recurso conhecido e provido. (Ag n. 2006.014765-0/0000-00, Miranda, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, 24.10.06). (grifei).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA – PENHORA ON LINE DOS SALDOS BANCÁRIOS – ESGOTADOS TODOS OS MEIOS PARA A LOCALIZAÇÃO DE OUTROS BENS PERTENCENTES AO DEVEDOR PARA GARANTIR A EXECUÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Não comprovado que o credor esgotou todos os meios para a localização de outros bens do devedor para garantir a execução, não há falar em penhora on line dos saldos bancários em nome do devedor. (Ag n. 2006.009515-5/0000-00, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, 17.7.06).

Outrossim, não se pode perder de vista que o art. 620 do CPC consagra o princípio da menor onerosidade, de modo que a execução deve ser processada da forma menos gravosa ao devedor. Há vários precedentes no sentido de que se trata de excepcionalidade a penhora sobre saldo de contas bancárias do executado, permissível quando for a única forma de satisfação do crédito e demonstrado que foram esgotados todos os meios para a localização de bens passíveis de constrição.

Diante dessas razões, 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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, Fernando Mauro Moreira Marinho e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Mandado de Segurança n. 2008.009680-9 - Capital**  
**Primeira Seção Cível**  
**Relator Des. Rêmoló Letteriello**

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – ABONO DE PERMANÊNCIA – ANULAÇÃO – AUTOTUTELA – PRERROGATIVA QUE NÃO É ABSOLUTA – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – DIREITO DE PERMANÊNCIA AO RECEBIMENTO DO ABONO – CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

A Administração, ao rever seus atos, está sujeita aos princípios constitucionais, sob pena de incorrer em ilegalidade.

O abono de permanência em serviço foi criado para estimular a continuação na ativa do servidor que já preencheu todos os requisitos para aposentar-se.

A Lei Estadual n. 3.150/2005 assegura aos policiais civis o direito ao recebimento do abono permanência, equivalente ao valor de sua contribuição previdenciária.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer oral, conceder a segurança. Ausente, por férias, o 3º vogal. Campo Grande, 1º de dezembro de 2008. Des. Rêmoló Letteriello – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Rêmoló Letteriello: Julio César da Fonte Nogueira, Jorge Razanaukas Neto e Maria Rita do Nascimento impetram mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato praticado pela Secretária de Estado de Administração, consistente na anulação do ato de deferimento de Abono Permanência requerido na via administrativa.

Salientam os impetrantes, em síntese, que recebiam regularmente o abono permanência, integrando suas remunerações; no entanto, de forma abrupta e sem a oportunidade de defesa, a autoridade coatora anulou o ato de deferimento do aludido abono.

Aduzem, ainda, que o fato de terem direito à aposentadoria especial em nada altera a garantia de pagamento do abono de permanência. Afirmam que o ato coator contraria o interesse público.

A liminar foi deferida (f.352-354).

O Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de litisconsórcio passivo necessário, apresentou as informações de f. 360-392, alegando, em suma, que o ordenamento previdenciário estadual, ao tratar do

benefício do abono de permanência, repetiu as disposições constitucionais sobre a matéria, as quais são taxativas ao estabelecer as situações que ensejam o abono, sendo certo que todas envolvem o preenchimento dos requisitos para a aposentadoria voluntária geral, que exigem, no mínimo, trinta e cinco anos de contribuição para homens e trinta para mulheres, ressalvada a hipótese de aposentadoria proporcional, conforme §1º do art. 3º da EC n. 41. Ressalta que, ao anular a concessão sem fundamento legal, a Administração Pública agiu no estrito cumprimento de seu poder de autotutela, o qual está consagrado na Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal. Assevera que não houve violação ao princípio da razoabilidade, na medida em que a Administração apenas deu cumprimento às disposições legais que regem a situação, não havendo nenhuma desproporção entre o ato editado, que restaura a ordem jurídica, e as consequências advindas aos autores. Sustenta que, por meio da prerrogativa da autotutela, é possível que a Administração reveja seus próprios atos, podendo a revisão ser ampla para alcançar aspectos da legalidade e mérito.

Vieram os documentos de f. 393-691.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança e pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 147, *caput*, e §1º da LC n. 114/05, nos termos do artigo 586 e seguintes do RITJMS.

## VOTO

O Sr. Des. Rêmolio Letteriello (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado por Julio César da Fonte Nogueira, Jorge Razanaukas Neto e Maria Rita do Nascimento, Delegados de Polícia, contra ato praticado pela Secretária de Estado de Administração, consistente na anulação do ato de deferimento de Abono Permanência requerido na via administrativa.

Compulsando os autos, denota-se que, após a administração estadual realizar a denominada “Revisão de Ato Concessório de Abono de Permanência”, foram anulados os atos de deferimento dos pedidos do aludido abono, sob o argumento de que contrariou o disposto no art. 75 da Lei n. 3.150/2005, combinado com a Resolução n. 373/2005, art. 37, *caput*, da CF e Súmula n. 473 do STF.

É cediço que a Administração Pública, em decorrência do princípio da Autotutela, não só pode como deve rever seus próprios atos quando ilegais e inconvenientes (poder-dever), encontrando-se tal entendimento, inclusive, sumulado pelo Supremo Tribunal Federal.

Estabelece a Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial.

Todavia,

[...] a Administração, ao rever os seus próprios atos, está sujeita às regras constitucionais, principalmente aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, sob pena de incorrer em ilegalidade e de favorecer a prática da arbitrariedade. (STJ, AgRg no Ag n. 850463/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17.5.07).

No presente caso, resta evidente a ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, porquanto, utilizando-se do seu poder de autotutela, a Administração Pública anulou a concessão dos abonos de permanência, sem oferecer aos impetrantes a oportunidade de defesa. Nem sequer houve instauração de processo administrativo, uma vez que os autores, pelo que se denota, somente ficaram cientes do ato de anulação, através de publicação no Diário Oficial.

Como bem destacado no voto do Des. Paschoal Carmello Leandro, em caso semelhante, julgado por esta 1ª seção cível, *verbis*:

Em hipótese como a dos autos, em que a Administração suprime direitos anteriormente concedidos e incorporados ao patrimônio do servidor, tenho por imprescindível que o ato de anulação do abono permanência concedido seja precedido do correspondente procedimento administrativo, assegurando-se o exercício do contraditório e da ampla defesa.

[...]

Nesse sentido, antes de anular o abono de permanência concedido e suspender o pagamento, cabia à administração a instauração regular do correspondente procedimento administrativo, para conceder aos impetrantes a oportunidade de manifestarem-se a respeito e averiguarem a correção do ato administrativo. (TJMS, n. 2008.000323-7, julgado em 2.6.08).

De outro vértice, sabe-se que o abono de permanência em serviço foi criado para estimular a continuação na ativa do servidor que já preencheu todos os requisitos para aposentar-se. É o caso dos autos, visto que os impetrantes já possuem o tempo suficiente para a aposentadoria voluntária.

Destarte, a meu ver, não se pode acolher a argumentação do impetrado de que somente pode ser concedido o abono de permanência para os servidores que preencham os requisitos da aposentadoria voluntária geral, conforme §1º do art. 3º da Emenda Constitucional n. 41.

A jurisprudência do STJ já se manifestou:

PREVIDENCIÁRIO- APOSENTADORIA ESPECIAL – ABONO DE PERMANÊNCIA. Implementado o tempo de serviço para aposentadoria especial, e optando o segurado pelo prosseguimento da atividade, faz jus ao abono de permanência. Recurso não conhecido”. (REsp n. 174191/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 17.12.98).

A própria legislação estadual, Lei n. 3.150/2005, estabelece em seu artigo 75, *verbis*:

Art.75. O segurado ativo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecida nos art.41 e 71, que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para a aposentadoria compulsória.

A 3ª seção cível do TJ-MS, através do MS n. 2008.010877-1, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, ao enfrentar esta mesma questão, deixou consignado, *in verbis*:

Não há falar, ainda, em ofensa à hierarquia das normas, porquanto, conforme destacado pela Procuradora de Justiça, ‘...a interpretação que se deve fazer ao art.40,§19, da CF, é a lógica sistemática e extensiva, com o propósito de alcançar o verdadeiro objetivo e a finalidade da norma’.

A aplicação da lei estadual para o presente caso é, portanto, conforme a Constituição, porque o objetivo do legislador constitucional foi a concessão do abono como um prêmio àquele servidor que, mesmo possuindo tempo e condições para aposentar, permanece na ativa, evitando, assim, maiores gastos à Administração com sua substituição.

Ante as razões delineadas, conclui-se que, seja por ofensa ao devido processo legal, seja em face do direito líquido e certo dos impetrantes ao recebimento do abono de permanência, deve a ordem ser concedida.

Em face do exposto, de acordo com o parecer oral da Procuradoria-Geral de Justiça, concedo a segurança postulada para tornar insubsistente os atos administrativos que anularam os abonos de permanência dos impetrantes, garantindo, definitivamente, o direito à percepção do referido abono.

O Sr. Procurador de Justiça Dr. Sílvio César Maluf: Esta Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da segurança.

O Sr. Des. Josué de Oliveira (1º Vogal): De acordo com o relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (2º Vogal): De acordo com o relator.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (4º Vogal): De acordo com o relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER ORAL, CONCEDERAM A SEGURANÇA. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 3º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Josué de Oliveira, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins e Luiz Carlos Santini.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2008.

\*\*\*



**Mandado de Segurança n. 2008.024346-0 - Capital**  
**Primeira Seção Cível**  
**Relator Des. Rêmoló Letteriello**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – DECADÊNCIA – AFASTADA - PROVA DISCURSIVA DE DELEGADO DE POLÍCIA – NÚMEROS DE QUESTÕES APLICADAS EM DESACORDO COM O ESTIPULADO NO EDITAL – NOVA AVALIAÇÃO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Não há falar em decadência para impetração do mandamus, se o ato impugnado não está relacionado ao item do Edital.

O prazo decadencial deve ser contado não a partir da publicação do edital de abertura do concurso, mas a contar da data em que ocorreu a alegada violação, ocorrida com a publicação do Edital n. 19/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS –, de 3.7.2008, o qual apresentou um novo critério de aplicação das questões das provas discursivas.

Possuem direito líquido e certo os impetrantes, postulantes ao cargo de Delegado de Polícia, de realizarem uma nova avaliação da prova escrita, em virtude de os números das questões estarem em desconformidade com o Edital do Certame.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares. No mérito, por unanimidade e contra o parecer, conceder a segurança. Campo Grande, 5 de fevereiro de 2009. Des. Rêmoló Letteriello – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmoló Letteriello: Melissa Antunes da Silva impetra mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato da Secretária de Estado de Administração e do Diretor Presidente da Fundação Escola de Governo do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega que o Edital n. 01/2008 do Concurso Público de Provas e Títulos/PCMS estabeleceu a quantidade de 20 (vinte) questões para a Etapa II do certame (Prova Discursiva).

No entanto, relata que, abertas as provas, encontrou somente 08 (oito) questões, em flagrante desrespeito ao edital. Assim, ante ao paradoxo surgido entre os requisitos estabelecidos no referido edital e o número de perguntas da prova, não atingiu a média para aprovação, restando evidente a violação ao princípio da segurança jurídica, legalidade e moralidade administrativa.

Com a inicial vieram os documentos de f.16-153.

A liminar foi concedida às f.165-167.

O Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de litisconsórcio passivo necessário, apresentou as informações de f.176-201, arguindo, em preliminares, a ocorrência da decadência e a inadequação da via eleita, ante a necessidade de dilação probatória. No mérito, afirma que a prova escrita foi realizada de acordo com o Edital do certame. Por fim, pugna pela denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança.

## VOTO

O Sr. Des. Rêmolio Letteriello (Relator): Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Melissa Antunes da Silva contra ato da Secretária de Estado de Administração e do Diretor Presidente da Fundação Escola de Governo do Estado de Mato Grosso do Sul.

Admito o ingresso do Estado na lide, tal como requerido à f. 175.

Arguiu o Estado de Mato Grosso do Sul, em preliminares, a ocorrência da decadência e inadequação da via eleita, ante a necessidade de dilação probatória.

A preliminar de inadequação da via eleita, por se confundir com o mérito, será com este analisada.

Em relação à prejudicial de decadência, assevera o Estado de Mato Grosso do Sul que os impetantes atacam a validade jurídica do Edital n. 1/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS –, de 30.1.2008, no que tange à interpretação dada ao item 8.6.3, quanto à quantidade exata de questões devidas e da pontuação que deveria ser aferida.

Desta forma, sustenta que a pretensão postulada está atacando intrinsecamente o inteiro teor do edital mencionado, que foi publicado no Diário Oficial do Estado n. 7.144, de 31.1.2008. Assim, como o mandamus foi impetrado em 12.08.2008, estaria fulminado pela decadência.

Razão não lhe assiste.

No presente caso, os impetrantes se insurgem quanto à forma de aplicação da prova escrita realizada no dia 8.6.2008, visto que foi em desacordo com o estipulado em Edital.

Logo, o prazo decadencial deve ser contado não a partir da publicação do edital de abertura do concurso, mas a contar da data em que ocorreu a alegada violação, ocorrida com a publicação do Edital n. 19/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS –, de 3.7.2008, o qual apresentou, segundo alegação dos impetantes, um novo critério de aplicação das questões das provas discursivas.

Destarte, tendo sido impetrado o mandado de segurança em 7.8.2008, o direito de impetração não foi atingido pela decadência.

Rejeito, assim, a prejudicial arguida.

Quanto ao mérito, denota-se que os requerentes alegam que o Edital n. 01/2008 do Concurso Público de Provas e Títulos/PCMS estabeleceu a quantidade de 20 (vinte) questões para a Etapa II do certame (Prova

Discursiva). No entanto, relatam que, abertas as provas, encontraram somente 08 (oito) questões, em flagrante desrespeito ao edital. Assim, ante o paradoxo surgido entre os requisitos estabelecidos no referido edital e o número de perguntas da prova, não atingiram a média para aprovação.

Verifico que as alegações trazidas na exordial pelos impetrantes, são as mesmas já enfrentadas por esta 1ª Seção Cível, com a presença deste julgador, nos Mandados de Segurança n. 2008.021095-9 e MS n. 2008.023331-1, de relatoria do Des. Josué de Oliveira, o qual adoto como razão de decidir, *in verbis*:

A defesa do Estado de Mato Grosso do Sul se lastreia basicamente em dois fundamentos, amparados no item 8.6.3 do edital, quais sejam, o de que a alínea “a” estabelece o total de oito questões na prova escrita discursiva e o de que 2 (dois) é o fator a ser utilizado no cálculo da média final da prova.

A análise desses fundamentos permitirá inferir que a razão está com o impetrante.

3.1 Segundo o Estado, a quantidade de questões formuladas na prova discursiva atendeu ao que preceitua o item 8.6.3 do edital do concurso.

Para fundamentar sua defesa, o Estado transcreveu o aludido item editalício, fazendo os seguintes destaques, destinados a comprovar suas assertivas:

8.6.3 – Para o cargo de Delegado de Polícia, observar-se-á:

a) a Prova Escrita Discursiva constará de cinco matérias: Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Constitucional e Direito Administrativo, cada qual avaliada na escala de 0 (zero) a 100 (cem) pontos através de 4 (quatro) questões, observados os seguintes critérios:

a.1) as Provas Escritas Discursivas das matérias de Direito Penal e de Direito Processual Penal, conterão uma questão com o tema para dissertação de, no mínimo, 20 (vinte) e, no máximo, 30 (trinta) linhas, valendo 40 (quarenta) pontos, e 3 questões valendo 20 (vinte) pontos cada;

a.2) as Provas Escritas Discursivas das demais matérias conterão 4 (quatro) questões, valendo 25 (vinte e cinco) pontos cada. (f. 157).

É notável que o edital atribui nomes muito semelhantes a objetos distintos. Assim é que, na alínea “a”, emprega a locução “Prova Escrita Discursiva” para indicar o conjunto das avaliações das cinco matérias, e, nas subalíneas “a.1” e “a.2” utiliza a locução “Provas Escritas Discursivas” para representar cada uma das avaliações. Dessa forma, a expressão “Prova Escrita Discursiva” ora quer dizer “conjunto das avaliações”, ora significa “avaliação de uma determinada matéria”.

Por isso mesmo, é necessário distinguir os objetos dos rótulos ou nomes que os representam, para encontrar o sentido da norma editalícia.

A partir dos destaques que fez no texto transcrito, o Estado sustenta que a prova discursiva seria constituída de duas etapas, uma com 4 (quatro) questões, a envolver as matérias de Direito Penal e Direito Processual Penal, e outra também com 4 (quatro) questões, a envolver conteúdos de Direito Civil, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Conclui que, portanto, o total de questões das provas escritas discursivas seria mesmo 8 (oito), e assim foram formuladas no concurso público.

A leitura dos destaques expostos pelo Estado, entretanto, detém-se apenas nas especificações de requisitos e ignora toda a parte inicial do texto editalício, no que se refere ao conjunto das provas.

Todavia, não se pode olvidar a primeira parte da alínea “a” do item 8.6.3, segundo a qual “*a Prova Escrita Discursiva constará de cinco matérias: Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Constitucional e Direito Administrativo, cada qual avaliada na escala de 0 (zero) a 100 (cem) pontos através de 4 (quatro) questões.*”

Depreende-se da leitura dessa alínea que a prova discursiva será constituída de 5 (cinco) matérias, cada uma delas a ser avaliada por meio de 4 (quatro) questões.

A ela se subordinam as subalíneas “a.1” e “a.2”, que agruparam as disciplinas em dois blocos distintos, um que contém Direito Penal e Direito Processual Penal, outro abrangendo Direito Civil, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

A redação dessas sub-alíneas torna evidente que cada disciplina será avaliada por meio de quatro questões.

Com efeito, a subalínea “a.1” estabelece que “*as Provas Escritas Discursivas das matérias de Direito Penal e de Direito Processual Penal conterão [...]*”.

Fica explícito, dessa forma plural, que não se trata de uma única avaliação a abranger as duas matérias, mas de uma avaliação para cada matéria.

A interpretação equivocada poderia até ocorrer se, eventualmente, o edital houvesse utilizado a locução no singular, disposto que “*a prova escrita discursiva das matérias conterá [...]*”.

Da forma como consta no edital, contudo, ressalta o acerto das alegações do impetrante, assim como o equívoco da interpretação oferecida pelo Estado.

O mesmo pode ser dito, *ipsis litteris*, a respeito da subalínea “a.2”, segundo a qual “*as Provas Escritas discursivas das demais matérias conterão [...]*”.

Conclui-se, portanto, que, de acordo com o edital de regência do “conjunto das avaliações”, cada uma das cinco matérias deve ser avaliada por meio de quatro questões, num total de vinte questões, e que as avaliações das disciplinas de Direito Penal e Direito Processual Penal devem conter, cada uma, uma dissertação e três questões, ao passo que as avaliações das outras três disciplinas devem conter, cada uma, quatro questões.

Fica afastada, assim, a interpretação exposta pelo Estado a respeito da quantidade de questões nas provas escritas discursivas, impondo-se acolher a argumentação do impetrante.

3.2 No que tange ao cálculo da média, o item 8.6.3 do Edital n. 1/2008 dispõe que:

- c) serão considerados aprovados na Prova Escrita Discursiva os candidatos que obtiverem, no mínimo, 40 (quarenta) pontos em cada matéria e a média mínima de 50 (cinquenta) pontos no conjunto das 5 (cinco) matérias. (f. 158. Destaque pelo Estado).

O Estado sustenta que, a partir desse enunciado, a média final da prova escrita discursiva deve ser feita dividindo-se por dois a soma das notas do que chama “Grupo a.1”, relativo às matérias de Direito Penal e Direito Processual Penal, e do “Grupo a.2”, relativo às outras três matérias.

Esquemáticamente, ficaria assim:

$$\text{Média final} = (\text{nota Grupo a.1} + \text{nota Grupo a.2})/2$$

Essa fórmula estaria correta se fosse concebível a idéia de que as matérias estariam reunidas em dois grupos, como quer o Estado.

Tal exegese, contudo, não encontra amparo na redação da alínea “c”, transcrita, pois o texto editalício não menciona nenhum “grupo de provas”, mas tão-somente a média a ser alcançada no conjunto das 5 matérias.

Logo, a incidência correta da alínea “c” do item 8.6.3 do edital deve ser feita somando-se as notas alcançadas pelo candidato em cada uma das cinco avaliações e dividindo o resultado por 5 (cinco).

Simple, fácil e imediato, à luz do edital, e sem nenhum dos complicadores decorrentes da gongórica explicação elaborada pelo Estado para justificar o modo pelo qual as provas escritas discursivas foram aplicadas no concurso.

3.3 No Edital n. 19/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS, de 3.7.2008, as autoridades tornaram pública a relação dos candidatos que realizaram a prova escrita discursiva, com a respectiva pontuação por cargo.

Matreiramente, para dizer o mínimo, as autoridades observaram naquele edital que:

I – a Prova Escrita Discursiva para o cargo de Delegado de Polícia, integrou:

a) a Prova a1: uma questão dissertativa, com valor de 40 pontos, e três questões, valendo 20 pontos cada, das matérias de Direito Penal e de Direito Processual Penal;

b) a Prova a2: quatro questões, com o valor de 25 pontos cada uma, das matérias de Direito Civil, de Direito Constitucional e de Direito Administrativo. (f. 29. Destaqui.).

Trata-se, contudo, de uma tentativa a posteriori de legitimar a aplicação incorreta da prova, reescrevendo as disposições das regras do concurso para adequá-las ao equívoco cometido, ao invés de anular a prova, como lhes competia fazer, e realizar uma nova, de acordo com o que estabeleceu o edital de abertura do certame.

Por outro lado, essa observação posta no Edital 19/2008 é uma eloqüente confirmação de que as provas discursivas desrespeitaram as regras editalícias regentes do concurso.

3.4 Conclui-se, portanto, que as provas discursivas foram mal aplicadas, cabendo razão ao impetrante, que esperava o respeito às normas fixadas para o certame.

A concessão da segurança, no caso em apreço, não viola o princípio da igualdade, não cria regra de aprovação específica para os impetrantes, nem estabelece traço discriminatório em relação aos demais candidatos.

Tampouco viola o princípio da separação dos Poderes, pois não se estará a aferir o mérito da prova, nem sua forma de correção, mas apenas determinando que, em virtude do flagrante desrespeito ao edital, as autoridades obedeçam aos preceitos que elas mesmas estabeleceram.

Destarte, conceder a segurança implicará tão-somente determinar que as autoridades cumpram o disposto nas regras do certame e, se aplicarem a prova escrita discursiva de forma correta apenas para o impetrante, elas mesmas estarão violando o princípio da isonomia, por manterem como válidas as aprovações baseadas em provas aplicadas de maneira diversa daquela posta na lei do concurso”. (MS n. 2008.021095-9).

Neste mesmo sentido já decidiu a 3ª Seção Cível desta Corte, no Mandado de Segurança n. 2008.024446-2, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Em face do exposto, concedo a segurança postulada, para determinar a anulação das provas escritas discursivas realizadas pelos impetrantes no Concurso Público de Provas e Títulos/PCMS, aberto pelo Edital n. 1/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS –, de 30.1.2008, e ordenar a repetição da fase discursiva, sendo que as avaliações das disciplinas de Direito Penal e Direito Processual Penal devem conter, cada uma, uma dissertação e três questões, ao passo que as avaliações das disciplinas de Direito Civil, Direito Constitucional e Direito Administrativo devem conter, cada uma, quatro questões, totalizando o conjunto das avaliações em vinte questões.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Hildebrando Coelho Neto, Divoncir Schreiner Maran, Paschoal Carmello Leandro e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.034450-4 - Campo Grande**  
**Quarta Turma Cível**  
**Relator Des. Rêmoló Letteriello**

**E M E N T A** – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C DANOS MATERIAIS – AUTORA QUE ADQUIRIRA UMA LINHA TELEFÔNICA CEDIDA PELA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS QUE POR UM LONGO PERÍODO TENTARA EFETIVAR O CORRELATO CANCELAMENTO SEM OBTER O ÊXITO ALMEJADO – PROTOCOLO DE CANCELAMENTO EFETIVADO – DÉBITO RELATIVO À ÉPOCA POSTERIOR A TAL PROTOCOLO – COBRANÇA INDEVIDA – NEGATIVAÇÃO ILEGAL – DANOS MORAIS – INDUBITÁVEIS – QUANTUM FIXADO EM ESTRITA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – VERBA HONORÁRIA ARBITRADA EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA EQUIDADE – MANUTENÇÃO – MEDIDA QUE SE IMPÕE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Restando demonstrado pelo exame do conjunto probatório colacionado que a empresa prestadora de serviços, de forma leviana, deixou de efetivar o cancelamento da linha telefônica objetivado pela consumidora, tendo efetivado a cobrança de valores correlatos a período posterior àquele em que fora registrado o protocolo de cancelamento, cobrança que terminou por motivar a negativação do nome da ofendida, não pairam dúvidas quanto aos danos de ordem moral impostos e quanto à responsabilidade da ofensora pela correlata reparação.

A injusta inscrição do nome do consumidor no cadastro de um órgão de proteção ao crédito torna presumíveis os danos morais que suportara.

Quanto à inexistência de violação cometida ao princípio da razoabilidade no momento da fixação do quantum indenizatório, necessária se mostra a manutenção da importância arbitrada.

Tendo sido a verba honorária arbitrada em estrita observância às regras esculpidas nas alíneas do §3º do Código de Processo Civil, inexistente a violação ao princípio da equidade, conjectura que impossibilita a sua modificação.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Campo Grande, 9 de dezembro de 2008. Des. Rêmoló Letteriello – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Rêmoló Letteriello: Brasil Telecom S.A., inconformada com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais c/c danos materiais ajuizada por Doralice da Silva, em trâmite pela 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS,



interpõe recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que não restaram demonstrados os danos de ordem moral narrados na peça exordial. Afirmar que meros transtornos ou aborrecimentos não geram direito à reparação por danos morais. Assevera que não foram devidamente fundamentados os critérios objetivos para a valoração do quantum indenizatório, o que termina por ilustrar uma violação cometida aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Pugna pela redução da importância indenizatória. Requer a minoração do quantum arbitrado a título de verba honorária.

Em contra-razões, a apelada, preliminarmente, assevera que foi violado o princípio da dialeticidade, o que torna imperioso o não-conhecimento do recurso. No tocante ao mérito, pugna pelo improvimento da apelação.

## VOTO

O Sr. Des. Rêmolio Letteriello (Relator): Trata-se de ação de indenização por danos morais c/c danos materiais ajuizada por Doralice da Silva em face de Brasil Telecom S.A.

Preliminarmente, em contra-razões, a apelada afirma que o recurso não deve ser conhecido, ao argumento de que fora violado o princípio da dialeticidade.

Não possui consistência tal tese.

Tenho, para mim, que a instituição recorrente não deixou de abordar em sua tese, pontos expostos na decisão que se mostram aptos a possibilitar a análise do presente recurso por esta Corte, através da apreciação dos juízos formulados, contrapostos à motivação empregada no pronunciamento jurisdicional.

Assim, constato que foram relatados os fatos que entendeu esta haver ocorrido, e o direito que sustenta possuir, de modo hábil a ensejar o conhecimento da apelação cível.

Por tais razões, rejeito a preliminar ventilada.

Passo à análise do mérito.

Transparece do exame dos autos que a recorrida se qualificava como proprietária de uma linha telefônica fornecida pela apelante.

Em síntese, afirma a consumidora que desde o mês de março do ano de 2005, por várias vezes, tentou efetivar o correlato cancelamento, intuito que nunca veio a ser atendido pela prestadora de serviços.

Narra que no momento em que conseguiu efetivar o pagamento da totalidade dos débitos originados neste lapso temporal em que almejava o cancelamento em análise, mês de junho de 2005, chegou inclusive a obter o protocolo do pedido de cancelamento realizado (número 10050412).

Relata que, mesmo diante desta realidade fática, o cancelamento em questão não ocorrera.

Salienta que, ao entrar novamente em contato com a empresa, veio a descobrir que o aludido protocolo, na verdade, se referia a um pedido de religamento de linha telefônica, e não-cancelamento conforme lhe havia sido informado, o que evidencia a má-fé da ofensora.

Ressalta que continuou aspirando ao cancelamento da linha.

Argumenta que posteriormente veio a receber uma correspondência lhe informando que seu contrato havia sido rescindido e que seu nome seria inscrito no cadastro de um órgão de proteção ao crédito em virtude do débito visualizado.

Sustenta que, desde então, vem sofrendo restrições ao seu crédito, não conseguindo fazer qualquer tipo de compra a prazo no comércio em face da referida negativação.

Aduz que, por tais razões, restam indubitáveis os danos de ordem moral que lhe foram impostos, uma vez que, tendo sido efetivado o pedido de cancelamento, inclusive protocolizado no mês de junho de 2005, não se mostram devidos eventuais valores cobrados em relação a um período subsequente.

O magistrado de instância singela, ao apreciar tal conjuntura, manifestou o seguinte entendimento (f. 73):

Resulta dos autos que a empresa telefônica agiu com desídia ao não efetuar o cancelamento de imediato da linha telefônica 388-5424 e ao permitir a indevida negativação do nome da autora em razão de faturas que, como visto, são inexigíveis. Restou demonstrada a irregularidade dos serviços prestados pela ré, que mesmo diante da insistência da autora, solicitando o cancelamento da linha, não adotou as medidas necessárias para mantê-la imune a vício de tamanha gravidade. A Brasil Telecom é, assim, responsável pelos danos causados à autora, dada a inscrição indevida no rol de maus-pagadores. Outrossim, não logrando êxito em comprovar quaisquer das circunstâncias dirimentes de responsabilidade, resta indelével a responsabilidade pelos danos morais experimentados pela autora, mesmo porque, presumem-se os prejuízos sofridos. Diante do exposto, e por tudo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados por Doralice da Silva, em desfavor de Brasil Telecom S.A., para o fim de declarar que os efeitos da rescisão do contrato de prestação de serviços de número 610.138.638-8, retroajam ao mês de junho de 2005 e, como corolário, declarar a inexigibilidade das faturas relativas aos meses de julho, agosto e setembro daquele ano. Condeno a empresa ré no pagamento de indenização por danos morais arbitrada em R\$ 5.965,00 [...]).

Sendo assim, em 1ª Instância, os prejuízos de ordem moral apontados na exordial vieram a ser reconhecidos.

Não merece ser objeto de reforma tal pronunciamento jurisdicional.

Ora, o conjunto probatório colacionado demonstra satisfatoriamente que a consumidora por vários meses tentou efetivar o cancelamento da linha telefônica adquirida na prestadora de serviços, sem ter sua aspiração atendida.

Restou inclusive comprovado que o pedido em questão chegou a ser objeto de protocolo, no mês de junho de 2005, tendo sido posteriormente revelado que tal protocolo, na verdade, registrou um pedido de religamento de linha, o que termina por evidenciar a má-fé da recorrente.

Torna-se importante ressaltar que, após várias tentativas infrutíferas, a recorrida recebeu uma comunicação enviada pela empresa ofensora informando-lhe acerca da rescisão do contrato e do envio de seu nome para inscrição em cadastro de órgãos de proteção ao crédito.

Entendo que não se mostrou razoável a negativação em questão, pois resta notório o fato de que os valores cobrados se referiam a período subsequente àquele em que fora registrado o pedido de cancelamento da linha.

Por certo, tendo sido efetivado o protocolo, a consumidora não mais precisaria se responsabilizar pelo pagamento de valores relativos à linha em questão, já que esta passou a se qualificar como inacessível.

Aclaro que, em sede de contestação, a própria empresa reconhece a falha na prestação de seus serviços ao asseverar que os valores foram estornados e que o nome da apelada veio a ser excluído do cadastro de órgãos de proteção ao crédito (f. 25):

Conforme consta em nosso sistema, o Contrato n. 610.138.638-8 referente ao n. (67) 3388-5424 atual F 681781 foi cancelado. Constata-se, ainda, em nossos cadastros que os valores já foram estornados e que o nome da requerente já fora excluído dos cadastros de proteção ao crédito. Portanto, não há se falar em indenização, eis que os valores já foram estornados, o contrato cancelado e o nome da requerente excluído dos cadastros de proteção ao crédito.

Afirmar que não houve a comprovação dos danos morais alegados equivale a contrariar as normas de pacificação social, pois a abominável conduta praticada pela empresa recorrente os torna presumíveis, visto que, para aquele que norteia seus atos no cumprimento das normas legais, a injusta restrição ao seu nome, indiscutivelmente viola sua integridade moral.

O Superior Tribunal de Justiça não adota entendimento diverso:

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, considera-se presumido o dano moral, não havendo necessidade da prova do prejuízo, desde que comprovado o evento danoso (REsp n. 419365 – MT, do qual foi relator a Ministra Nancy Andrighi).

Mostram-se plausíveis; entretanto, ainda inadmissíveis as conjecturas apelantes, quando analisadas do ponto de vista de uma empresa que presta seus serviços em manifesta inobservância às normas protetivas dos direitos do consumidor, pois, para esta, certamente não advirá da injusta restrição ao nome de um terceiro a caracterização de qualquer dano.

Os prejuízos de ordem moral ocasionados pela ação da recorrente se configuram como irreparáveis, porém passíveis de compensação, hábil não só a suavizar a dor visualizada, mas também a cumprir a função social de impor àquele que adotou uma reprovável conduta lesiva, uma pena hábil a evitar que ato no molde do punido volte a ser praticado.

Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa (Direito Civil – Responsabilidade Civil (f.24) esclarece:

[...] forma-se recentemente um entendimento jurisprudencial, mormente em sede do dano moral, no sentido de que a indenização pecuniária não tem apenas cunho de reparação do prejuízo, mas também caráter punitivo, educativo e repressor: a indenização não apenas repara o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua como forma educativa para o ofensor e a sociedade e intimidativa para evitar perdas e danos futuros.

Noto que a importância fixada, qual seja, R\$ 5.965,00 (cinco mil, novecentos e sessenta e cinco reais) não afronta o princípio da razoabilidade, pois exerce de maneira satisfatória a descrita função compensatória, atenuando o sofrimento suportado pela lesada, através da imposição de uma indenização arbitrada com base na experiência e no bom senso do magistrado, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso concreto, em observação ao grau de culpa, a lesividade do ato e ao nível socioeconômico das partes, em estrita observância aos critérios relatados pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira (REsp n. 187283 – PB).

Advém da nitidez dos prejuízos visualizados, no presente caso, a certeza de que a compensação aspirada não suplantou o seu fim maior, obstando, por conseguinte, o vedado enriquecimento sem causa da ofendida.

Sendo assim, mantenho o quantum indenizatório.

Noto que, em 1º Grau, o Juiz fixou os honorários com amparo na norma contida no §3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Tal dispositivo legal estipula que os honorários advocatícios deverão ser fixados levando-se em consideração: “a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”.

José Roberto dos Santos Bedaque (Código de Processo Civil Interpretado – Coordenado por Antônio Carlos Marcato (p.107)) esclarece:

Muitas das expressões utilizadas não têm conteúdo preciso, o que acaba por ampliar a margem concedida ao juiz para interpretá-las. Isso não significa, todavia, a existência de poder discricionário na determinação dos honorários. A decisão a esse respeito deve ser devidamente fundamentada.

Neste momento deve ser ressaltado o fato de que, ao efetivar o arbitramento em análise, não pode o magistrado desvincular-se do critério da equidade, realidade fática que imporá óbice à fixação de um valor manifestamente injusto.

No caso vertente, não pairam dúvidas quanto ao grau de zelo do patrono da recorrida e quanto ao tempo exigido para a efetivação de seu serviço.

Aclaro que, em razão do lugar da prestação do serviço (Comarca de Campo Grande-MS) e do trabalho realizado, resta irrefragável a não-configuração da natureza e da importância da causa como complexas.

Ora, versou a presente ação sobre questões exaustivamente analisadas pelos Tribunais Pátrios, fato que termina por atribuí-las o caráter da simplicidade.

Entretanto, entendo que a singeleza do procedimento, por si só, não possibilita a fixação de um quantum inapto a traduzir com razoabilidade os serviços prestados pelo advogado da requerente.

De tal forma, mantenho o percentual arbitrado em 1º Grau, qual seja, 10% (dez por cento) sobre o valor arbitrado a título de verba honorária.

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolio Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolio Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolio Letteriello, Atapoã da Costa Feliz e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.019672-1- Campo Grande**  
**Terceira Turma Cível**  
**Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO ÔNIBUS DO MUNICÍPIO – REVELIA DO MUNICÍPIO – IMPOSSIBILIDADE – INTERESSE PÚBLICO A SER PRESERVADO – AFASTAMENTO DOS EFEITOS DA REVELIA – JULGAMENTO ANTECIPADO – IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL – CERCEAMENTO DE DEFESA – SENTENÇA NULA – RECURSO PROVIDO.

A fim de se preservar o interesse público, que é indisponível, é vedado o reconhecimento da revelia em face da Fazenda Pública, conforme disposição expressa do art. 320, II, do CPC.

A sentença que decreta a revelia do município não deve ser declarada nula, devem, neste caso, tão-somente, ser afastados os efeitos da revelia, passando-se à análise do mérito, se o feito estiver em condições de ser julgado.

Se o feito estiver a depender da produção de outras provas, declara-se a nulidade da sentença, a fim de que retorne à instância de origem para o seu prosseguimento, evitando, com isso, o cerceamento do direito de defesa.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, dar provimento ao recurso do Município de Rochedo, para julgar insubsistente a sentença, para que seja feita a instrução, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de novembro de 2008.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Trata-se de apelações recíprocas interpostas por Município de Rochedo e Dalveniza Alves da Silva Matos, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz da 4ª Vara Cível desta comarca, que, nos autos da ação de indenização que Dalveniza Alves da Silva Matos move em face de Município de Rochedo e Deoclides Correa da Silva, julgou procedente o pedido inicial.

Da apelação cível interposta por Dalveniza da Silva Matos:

O inconformismo da apelante restringe-se ao quantum fixado a título de danos morais, o qual entende que está muito inferior aos valores arbitrados pelos Tribunais pátrios.

Aduz que a fixação em patamar semelhante ao da sentença não prestigia o caráter punitivo da indenização, sendo, entretanto, conivente para que práticas desta ordem continuem a ocorrer.

Requer a reforma da sentença para majorar o valor arbitrado para a indenização, em valor não inferior a 300 (trezentos) salários-mínimos.

Por fim, requer que a verba honorária seja distribuída proporcionalmente entre a Defensoria Pública, levando-se em consideração o trabalho realizado e o benefício alcançado.

Não foram ofertadas contra-razões de apelação.

Da apelação cível interposta por Município de Rochedo:

Sustenta, inicialmente, que, embora o julgador monocrático tenha decretado a revelia e aplicado seus efeitos aos requeridos, o direito público é indisponível, de sorte que sobre a Fazenda Pública não pode haver confissão, não se lhe aplicam, portanto, os efeitos da revelia.

Aduz que a apelada deveria provar os fatos constitutivos do seu direito, através das provas que pretendia produzir, em especial, a testemunhal.

Requer seja declarada a nulidade da sentença de primeiro grau, para que se proceda à instrução processual, a fim de que a apelada, se quiser, prove o alegado na inicial.

Em contra-razões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso.

## **VOTO (15.10.2008)**

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelações recíprocas interpostas por Município de Rochedo e Dalveniza Alves da Silva Matos, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz da 4ª Vara Cível desta comarca, que, nos autos da ação de indenização que Dalveniza Alves da Silva Matos move em face de Município de Rochedo e Deoclides Correa da Silva, julgou procedente o pedido inicial.

Da apelação cível interposta por Município de Rochedo:

Sustenta o apelante que, embora o julgador monocrático tenha reconhecido a revelia e aplicado seus efeitos aos requeridos, o direito público é indisponível, de sorte que sobre a Fazenda Pública não pode haver confissão, não se lhe aplicam, portanto, os efeitos da revelia.

Aduz que a apelada deveria provar os fatos constitutivos do seu direito, através das provas que pretendia produzir, em especial, a testemunhal.

Requer seja declarada a nulidade da sentença de primeiro grau, para que se proceda à instrução processual, a fim de que a apelada, se quiser, prove o alegado na inicial.

Assiste razão ao apelante quanto à aplicação dos efeitos da revelia à Fazenda Pública, já que, em se tratando de interesse público, estes são considerados indisponíveis.

Nesse sentido as disposições do art. 320, inc. II, do CPC:

Art. 320 - A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

I – [...]

II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

Nesse sentido já decidiu reiteradamente esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – FAZENDA PÚBLICA – SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE MUNDO NOVO – CONFISSÃO E EFEITOS DA REVELIA – INADMISSIBILIDADE – ARTIGOS 302, I E 320, II, DO CPC – DIREITOS INDISPONÍVEIS – FALTA DE ANUÊNCIA PARA DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO SUPRIDA POR DOCUMENTOS QUE COMPROVAM O FATO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Em se tratando de direitos indisponíveis e diante das disposições legais contempladas nos artigos 302, I e 320, II, do CPC, é vedado o reconhecimento da revelia e seus efeitos contra a Fazenda Pública.[...] (AC n. 2004.004180-2/0000-00, Mundo Novo, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 14.8.07). (destacado).

REEXAME OBRIGATÓRIO E APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO - JUÍZO COMUM ESTADUAL - PAGAMENTO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO POR ATOS DA CÂMARA MUNICIPAL - PRELIMINAR AFASTADA - PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO: INAPLICABILIDADE DO ART. 7º DA CF - NOMEAÇÃO PARA CARGO EM COMISSÃO - FALTA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DO CARGO E DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - FATOS QUE, MALGRADO A, OBSTAM O ACOLHIMENTO DO PEDIDO INICIAL - RECURSO PROVIDO. [...] Conquanto o Município não tenha contestado, como com relação a ele não operam os efeitos da revelia, cabia ao demandante provar os fatos constitutivos de seu direito (art. 333, I, CPC), sem o que a pretensão manifestada não procede. (AC n. 2001.004489-0/0000-00, Mundo Novo, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, 14.3.06). (destacado).

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DO DEVEDOR – DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO – TÍTULO EXECUTIVO QUE PRESCINDE DE INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA – NÃO-APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS – INEXISTÊNCIA DOS EFEITOS DA – INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO – CÂMARA MUNICIPAL – AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA – INCAPACIDADE PARA ESTAR EM JUÍZO – COMPENSAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVAS CABAIS DO SUPOSTO CRÉDITO PARA COM A MUNICIPAL – RECURSO IMPROVIDO.



[...] O interesse público é dotado de prevalência ante o particular, razão pela qual é dotado de caráter de indisponibilidade, não havendo falar-se em efeitos da revelia quando a Fazenda Municipal deixa de impugnar os embargos à execução.[...] (AC n. 2000.003081-3/0000-00, Bandeirantes, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, 8.11.05).

Contudo, ao contrário do que pretende o apelante, nesses casos não se decreta a nulidade da sentença, mas sim afastam-se os efeitos da revelia, passando-se à análise do mérito, principalmente se o feito encontra-se em condições de ser julgado, não estando a depender da produção de outras provas.

Outrossim, neste caso específico, vê-se que, em razão do julgamento antecipado da lide, não foi oportunizado à autora a produção de prova testemunhal, as quais foram arroladas nos autos (pág. 103).

Assim sendo, a fim de se evitar futura alegação de cerceamento de defesa, é prudente o retorno dos autos à instância de origem, a fim de se concluir a instrução probatória; deve o julgador monocrático prolatar nova decisão, afastando, porém, os efeitos da revelia com relação ao município.

Fica prejudicada a análise do recurso interposto por Dalveniza Alves da Silva Matos.

Pelo exposto, conheço do recurso interposto por Município de Rochedo e dou-lhe provimento, para julgar insubsistente a sentença de f. 115-119, determinando a remessa dos autos à instância de origem para prosseguimento do feito. Julgo prejudicado o recurso interposto por Dalveniza Alves da Silva Matos.

Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Revisor)

De acordo com o relator.

ADIADO O JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO VOGAL, DES. PAULO ALFEU PUCCINELLI. O RELATORE O REVISOR DAVAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MUNICÍPIO PARA JULGAR INSUBSISTENTE A SENTENÇA E, POR CONSEQUÊNCIA, PREJUDICADO O RECURSO DE DALVENIZA ALVES DA SILVA MATOS.

### **VOTO (3.11.2008)**

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Vogal)

Trata-se de apelos interpostos por ambas as partes contra sentença prolatada pelo Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que, nos autos da ação de indenização promovida por Dalveniza Alves da Silva Matos em face do Município de Rochedo e de Deoclides Correa da Silva, julgou procedente o pedido inicial, para condenar os requeridos, solidariamente, a pagar à autora, mensalmente, valor equivalente a 1,5 (um e meio) salário-mínimo, desde a data do acidente (12.7.2002) até a data em que a autora completar 60 anos (8.11.2023 - f. 13) ou a data de seu falecimento, se anterior, ressaltou que as parcelas já vencidas sejam pagas de uma só vez, corrigidas pelo IGPM a partir do vencimento e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do Código Civil) a partir do trânsito em julgado, determinou que a autora seja incluída na folha de pagamento do Município de Rochedo, sem embargo do direito de regresso deste contra o requerido Deoclides, e ainda, condenou ambos os requeridos, também solidariamente, a pagar à autora, a título de compensação por danos morais, a importância de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), a ser atualizada pelo IGPM a partir desta sentença e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado, bem como a pagar os honorários

do perito, atualizados pelo IGPM a partir da fixação (f. 65-66), com juros de 1% a partir do trânsito, bem como os honorários advocatícios à Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação, devidamente atualizada pelo IGPM. Isentou o município requerido do pagamento das custas processuais que serão arcadas pelo requerido Deoclides Correa da Silva na proporção de 50% do seu valor.

O relator do recurso Des. Rubens Bergonzi Bossay, houve por bem em conhecer do recurso de apelação interposto pelo Município de Rochedo e dar-lhe provimento, a fim de julgar insubsistente a sentença, determinando a remessa dos autos à instância de origem para prosseguimento do feito, e julgou, por consequência, prejudicado o apelo interposto por Dalveniza Alves da Silva Matos.

Na sessão de julgamento realizada no dia 15.10.08 pedi vista dos autos para examinar com maior atenção a matéria em discussão.

No caso em apreço, divirjo do relator.

Da análise dos autos e da sentença recorrida, entendo que o recurso interposto pelo município requerido não merece prosperar, uma vez que, contrário à tese sustentada por ele, na hipótese não foram aplicados os efeitos da revelia.

Ora, como consta da sentença, esta, embora tenha declarado o município requerido como revel, em nenhum momento aplicou os efeitos da revelia (art. 319, CPC). Na verdade, consoante se verifica do trecho do decisum a seguir transcrito, o magistrado *a quo* apreciou e julgou o feito de acordo com as provas produzidas nos autos, utilizando-se do princípio do livre convencimento (art. 131, CPC), senão vejamos:

Primeiramente verifico que, inobstante pessoalmente citado (f. 86), o requerido Deoclides deixou de apresentar sua defesa em tempo hábil, o que autoriza presumir quanto a ele, nos termos do art. 319 do Código de Processo Civil, a veracidade dos fatos alegados na inicial.

E, quanto ao requerido Município de Rochedo, deixou de trazer aos autos procuração outorgada ao subscritor da contestação de f. 92-94, ou qualquer outro documento que comprovasse os poderes de representação, apesar de ter sido especificamente intimado para tanto e estar perfeitamente ciente das consequências da inércia (f. 108-109). Assim, pela regra do art. 13, inciso II, do Código de Processo Civil, será considerado revel, desconsiderando-se a contestação e demais manifestações dos autos, as quais permanecerão no processo apenas por cautela.

Quanto à questão central destes autos, o acidente de trânsito descrito à f. 3 ocorreu em 12.7.02 e está comprovado pelos boletins de ocorrência de f. 12 e f. 32-34.

A perícia realizada às f. 80-83 comprova a afirmativa de invalidez permanente da autora. Concluiu o perito judicial que a autora apresenta limitação nos movimentos do braço esquerdo e que, não obstante possa melhorar seu estado por meio de tratamentos, não deverá ter recuperação em grau suficiente para retornar ao exercício normal de seu trabalho anterior, ou qualquer outra atividade que requeira o uso do membro superior esquerdo.

O nexó causal entre o acidente e a invalidez é incontroverso nos autos, e está corroborado pelo laudo do IML à f. 27.

O Município de Rochedo responde objetivamente pelos danos causados à autora, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, uma vez que o motorista do ônibus prestava

serviço público no momento do acidente.

Quanto à responsabilidade do motorista Deoclides, a autora alega que o ônibus imprudentemente interceptou sua trajetória e abalroou a motocicleta no momento em que esta fazia a ultrapassagem. Diante da revelia dos requeridos, e por não haver qualquer elemento nos autos que pudesse caracterizar a culpa exclusiva da autora, deve ser reconhecida a culpa do motorista do ônibus pelo acidente. (f. 115-116)

Assim, evidente que os efeitos da revelia não foram aplicados, tendo o magistrado *a quo* julgado o feito em consonância com o conjunto probatório carreado para os autos, ou seja, de acordo com o seu livre convencimento (art. 131, CPC).

Ademais, insta esclarecer que no caso em tela não há falar em supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o particular, isto porque, tratando-se de responsabilidade civil (direito privado), o município requerido litiga em condições equivalentes ao do particular, em atenção ao princípio da equidade e da igualdade.

Nesse sentido, oportuna a lição de Pontes de Miranda, *in* Tratado de Direito Privado. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966:

O Estado - portanto, qualquer entidade estatal - é responsável pelos fatos ilícitos absolutos, como o são as pessoas físicas e jurídicas. O princípio de igualdade perante a lei há de ser respeitado pelos legisladores, porque, para se abrir exceção à incidência de alguma regra jurídica sobre responsabilidade extranegocial, é preciso que, diante dos elementos fáticos e das circunstâncias, haja razão para o desigual tratamento.

E ainda, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que: “o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando-se que alguns suportem prejuízos ocorridos pro ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito”. (Curso de Direito Administrativo; 10ª edição; p. 618; São Paulo; Malheiros Editores).

Portanto, uma vez que a autora se desincumbiu do ônus que lhe competia (art. 333, I, CPC), demonstrando o nexo de causalidade entre o ato do motorista do ônibus do município requerido e o dano sofrido, evidente o dever deste de indenizá-la.

Aliás, mais uma vez, como leciona Celso Antonio Bandeira de Melo:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Como qualquer outro sujeito de direito, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva. (op. cit., p. 606).

No tocante ao apelo da autora, tenho que este merece provimento.

Como cediço, não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o quantum a ser fixado a título de indenização por dano moral, esta é uma questão subjetiva, que deve apenas obedecer a alguns critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, que se devendo constituirá em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

A respeito do tema, o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, faz o seguinte balizamento para a fixação do ressarcimento no caso de dano moral, que, sem dúvida, correspondente à melhor e mais justa lição sobre o penoso tema:

A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.

Oportuna ainda a lição da prof. Maria Helena Diniz leciona:

O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento, nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o quantum da indenização o juiz não procederá ao seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação. (Indenização por dano moral: a problemática do quantum, Revista Jurídica Consulex, n. 3, março/1997).

Portanto, na quantificação do dano moral, deve-se valer de critérios de razoabilidade, ou seja, deve-se considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mais o grau da ofensa e suas conseqüências, para que não constitua, a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

No caso em tela, levando-se em conta os parâmetros adotados pelo STJ para fixação do quantum indenizatório, as circunstâncias dos autos, o grau e resultado do dano efetivamente causado à autora (incapacidade permanente para as atividades laborais antes exercidas), a capacidade econômica do ofensor e da ofendida, o quantum arbitrado a título de indenização por dano moral que corresponde à importância de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), não guarda proporcionalidade com os critérios acima e não cumpre a sua dupla finalidade compensatório/inibitória, devendo ser majorada.

A propósito, no mesmo sentido consigne-se a jurisprudência desta Corte de Justiça, *in verbis*:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA. REJEITADA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. DANO MORAL. CPC. SERASA. INSCRIÇÃO. FALTA DE NOTIFICAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. FIXAÇÃO DO VALOR. OBSERVÂNCIA DA RAZOABILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

A obrigação de reparar possui dupla finalidade: compensar o dano experimentado pela vítima e punir o ofensor, a fim de servir de lenitivo, de uma espécie de compensação para atenuar o sofrimento havido, bem como atuar como sanção ao causador do dano, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos. (AC n. 2007.017169-2/0000-00, Corumbá, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 27.8.07).

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE PRESIDÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. EXCLUDENTES NÃO VERIFICADAS. QUANTUM INDENIZATÓRIO INSUFICIENTE. MAJORAÇÃO. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO. NEGADO PROVIMENTO AO DO ESTADO.

[...]

Na indenização por dano moral deve o julgador agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso e em consonância com a extensão do dano. O valor não deve ser baixo a ponto de ser irrelevante para o condenado nem alto de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do beneficiado, levando-se em conta também o caráter preventivo da reparação, evitando-se assim a ocorrência de novos danos. Arbitrada de modo insuficiente, segundo estes parâmetros, impõe-se sua majoração. (AC n. 2006.000455-6, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 18.4.06).

Assim sendo, adotando-se os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, majoro o valor da condenação a título de dano moral, fixando-a em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Diante dessas razões, conheço do recurso interposto pelo Município de Rochedo e nego-lhe provimento, e conheço do apelo interposto por Dalveniza Alves da Silva Matos e dou-lhe provimento, a fim de majorar o valor da indenização por danos morais, e fixá-la na importância de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a ser corrigida monetariamente pelo IGPM/FGV a partir da prolação da sentença e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado.

CONCLUSÃO DO JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM VIRTUDE DO PEDIDO DE VISTA DO RELATOR PARA REVISAR O VOTO. O VOGAL DAVA PROVIMENTO AO RECURSO DE DALVENIZA ALVES DA SILVA MATOS PARA FIXAR O VALOR DO DANO MORAL E NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO DO MUNICÍPIO DE ROCHEDO.

## VOTO (10.11.2008)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

O caso em questão aborda apelações recíprocas interpostas pelo Município de Rochedo e Dalveniza Alves da Silva Matos, sendo que a sentença (pág. 164-168) reconheceu a revelia do município de Rochedo, condenando-o a pagar à autora o equivalente a 1,5 (um e meio) salário mínimo, desde a data do acidente (12.7.2002) até a data em que a autora completar 60 anos (8.11.2023) ou a data de seu falecimento, se anterior

Em suas razões recursais o município requereu fosse declarada a nulidade da sentença de primeiro grau para que a apelada provasse o alegado na inicial, tendo em vista não ser possível decretar a revelia e aplicar seus efeitos sobre a Fazenda Pública.

Proferi voto e dei provimento ao recurso interposto pelo município, a fim de julgar insubsistente a sentença de f. 115-119, determinando a remessa dos autos à instância de origem para prosseguimento do feito; e julguei, por consequência, prejudicado o recurso interposto por Dalveniza Alves da Silva Matos.

Na sessão do dia 15.10.08, este relator e o revisor (Des. Oswaldo Rodrigues de Melo) deram provimento ao recurso do Município, para julgar insubsistente a sentença e, por consequência, julgaram prejudicado o recurso de Dalveniza Alves da Silva Matos, tendo o vogal (Des. Paulo Alfeu Puccinelli) requisitado vista dos autos.

Em sessão do dia 3.11.08, o vogal (Des. Paulo Alfeu Puccinelli) proferiu voto divergente, argumentando que o julgador monocrático, embora tenha reconhecido a revelia contra o Município, não aplicou os seus efeitos, tendo se valido para sentenciar apenas do princípio do livre convencimento, bem como que a autora se desincumbiu do ônus que lhe competia, demonstrando o nexo de causalidade entre o ato do motorista do ônibus do município requerido e o dano sofrido, passando, em seguida à análise do mérito do recurso, ocasião em que deu provimento ao recurso da autora, para majorar a indenização por danos morais para R\$ 25.000,00 e negou provimento ao recurso interposto pelo município.

Contudo, cumpre observar que este relator não analisou o mérito do recurso, uma vez que acolheu a tese do município, julgando insubsistente a sentença, no qual foi acompanhado pelo revisor (Des. Oswaldo Rodrigues de Melo).

No caso, o voto do vogal deveria ter se limitado à análise da prejudicial arguida pelo município.

Mantenho o posicionamento do voto já proferido

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Vogal)

Mantenho meu voto.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

O relator tem razão, pois é melhor processarem-se devidamente esses autos; do contrário, poderão ser anulados posteriormente.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MUNICÍPIO DE ROCHEDO, PARA JULGAR INSUBSISTENTE A SENTENÇA, PARA QUE SEJA FEITA A INSTRUÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 10 de novembro de 2008.

\*\*\*

**Mandado de Segurança n. 2008.022122-0 - Capital**  
**Terceira Seção Cível**  
**Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay**

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONEXÃO - DECADÊNCIA – PRELIMINARES REJEITADAS – CONCURSO PÚBLICO – ALTERAÇÃO DO EDITAL – IMPOSSIBILIDADE – PONTUAÇÃO NECESSÁRIA PARA APROVAÇÃO PARA OUTRA FASE DO CERTAME – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Por ter a ação de mandado de segurança regras próprias, rejeita-se a preliminar de conexão do artigo 103 do CPC.

O prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da ciência pela parte do teor do ato impugnado.

Se a Administração Pública não demonstrar que as alterações referentes à pontuação mínima para aprovação para a próxima fase do concurso público foram estabelecidas a fim de ajustá-las à nova legislação, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo do candidato.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, rejeitar a preliminar e conceder a segurança. Ausente, justificadamente, o 1º vogal.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2009.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Paulo Ricardo Ramos Costa impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato coator do Secretário de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul e Diretor Presidente da Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul, arguindo, preliminarmente, que o presente feito tem a mesma causa de pedir, objeto e pedido que o Mandado de Segurança n. 2008.021095-9, razão pela qual faz jus à conexão do presente mandamus.

Alega ser candidato ao cargo de Delegado de Polícia Civil no Concurso Público de Provas e Títulos/PCMS, conforme previsto no Edital n. 1/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS, e que referido edital estabeleceu a quantidade de vinte questões para a Etapa II – Da prova escrita discursiva, quatro de cada uma das cinco disciplinas.



Afirma que abertas as provas, encontrou apenas oito questões, em flagrante desrespeito à previsão editalícia, sendo duas de direito penal, duas de direito processual penal, duas de direito constitucional, uma de direito administrativo e uma de direito civil, de acordo com o Edital n. 19/2008, que publicou a relação dos candidatos que realizaram a mencionada prova.

Assevera que o Edital previa vinte questões e que, ao serem aplicadas somente oito questões, ocorreu uma ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que o Edital faz lei entre as partes.

Afirma que não foi dada publicidade das provas para que os candidatos pudessem recorrer, e, sem ter acesso às provas, o impetrante ficou sem saber o que errou, se foi erro de português, jurídico ou até mesmo erro do examinador.

Assevera que, no caso vertente, ficou cabalmente demonstrada a ilegalidade do ato praticado pelos impetrados, quer seja quanto à modificação quanto ao conteúdo da prova discursiva, quer seja quanto à ausência da publicidade das provas.

Requer a concessão da segurança para declarar nulo o resultado da prova discursiva, e para determinar ao impetrado que proceda a uma nova aplicação de prova discursiva, nos moldes previstos no edital, e com a publicidade das provas corrigidas.

A liminar foi concedida tão somente para determinar que as autoridades apontadas como coatoras apresentassem cópia dos cadernos das provas discursivas, aplicadas na 2ª etapa da 1ª fase do concurso. (f. 92-96 TJ/MS)

Notificadas as autoridades apontadas como coatoras (f. 101v.), o Estado de Mato Grosso do Sul pleiteou a sua admissão no feito.

As autoridades apontadas coatoras apresentaram informações, nas quais alegam preliminares de: a) decadência, uma vez que a pretensão ventilada na inicial está atacando intrinsicamente o inteiro teor do Edital n. 001/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS, sendo que este fora publicado no Diário Oficial do Estado n. 7.144, em 31.1.08; b) inadequação da via eleita, por não estar provado de plano a existência do direito líquido e certo e de sua efetiva vulneração.

No mérito, aduzem que tão somente fizeram cumprir a lei que rege a questão, em absoluta observância do princípio da legalidade, sem qualquer violação ao exercício de direito de defesa do impetrante.

Explicam que, consoante previsão dos itens 17.1 e 17.2 item ‘b’ do Edital 001/2008, o impetrante teve a possibilidade de pleitear cópia de seu caderno de provas, haja vista que no item ‘b’ existe a possibilidade de recurso somente nos casos em que há ausência de correção de prova ou erro na somatória da pontuação atribuída às questões.

Asseveram que, na prova discursiva para o cargo de Delegado de Polícia Civil, foi previsto, expressamente no item 8.6.3 do Edital n. 001/2008, quais seriam as matérias previstas no aludido exame e a respectiva quantidade, que são oito questões ao todo e não vinte como alegado pelo impetrante de modo falacioso.

Afirmam que para o candidato ser considerado aprovado, terá que obter a pontuação mínima de quarenta pontos na prova discursiva da alínea “a1” e quarenta pontos na prova discursiva da alínea “a2” previstos na alínea “c” do item 8.6.3 do Edital n. 001/2008.

Dispõem que, em essência, o Edital n. 001/2008 e os Editais n. 14 e 19/2008 exigiram do candidato a realização de no mínimo 50% da prova para que fosse aprovado, tanto que a alínea “c” do item 8.6.3. é categórica ao expressar a terminologia média como fator aritmético para se obter o valor mínimo de cinquenta pontos no conjunto das cinco matérias (somatório das alíneas “a1” com o “a2”).

Estabelecem que o impetrante aceitou os termos do edital tal como publicado, não se insurgindo, oportunamente, contra as regras e/ou omissões que entendessem existentes e que necessitavam de suposta correção, portanto, o edital tal como publicado é lei entre as partes, em obediência ao princípio da vinculação ao edital.

Asseguram que é pacífico o entendimento de que ao Poder Judiciário é vedada a reapreciação dos critérios usados na formulação, correção e atribuição de notas em provas de concurso público, limitando-se sua análise à legalidade e à observância das regras editalícias, situações estas estritamente observadas pela Comissão de Concurso.

Requerem seja acolhida a preliminar ou que seja denegada a segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não conhecimento do mandamus, tendo em vista o transcurso do prazo decadencial. E, no mérito, pela denegação da ordem.

## VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

1 - Admito o Estado de Mato Grosso do Sul na qualidade de litisconsórcio passivo.

2 – Trata-se de mandado de segurança impetrado por Paulo Ricardo Ramos Costa contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Administração e pelo Diretor Presidente da Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul, no qual objetiva a concessão da segurança para declarar nulo o resultado da prova discursiva, objeto do Edital n. 019/2008, ante a manifesta violação aos termos do Edital n. 01/2008, e para declararem-se, outrossim, nulas as exigências prevista na letra “c”, do item 8.6.3, do edital n. 01/2008, o que garantirá, de qualquer forma, o direito ao impetrante de prosseguir no certame.

Inicialmente, necessário faz-se analisar e decidir as preliminares arguidas.

a) Da prevenção em razão da conexão estabelecida entre o presente mandado de segurança e o mandado de segurança n. 2008.021095-9:

Vê-se que não assiste razão ao impetrante, quanto à preliminar arguida.

Embora tenha indeferido a preliminar arguida pelo impetrante, quando da análise dos requisitos para a concessão da liminar, com fulcro no artigo 172 do RITJ/MS, verifica-se que tais fundamentos não restaram elucidados nem em conformidade com a Lei específica para o mandado de segurança.

Portanto, passo a analisar e decidir a preliminar de conexão do presente mandamus com o Mandado de Segurança n. 2008.021095-9, da relatoria do Des. Josué de Oliveira.

Em que pesem os argumentos do impetrante, a referida preliminar deve ser rejeitada.

No caso vertente, vê-se que não devem prosperar os argumentos do impetrante quanto à existência de conexão entre o presente mandado de segurança e o de n. 2008.021095-9, em razão dos critérios próprios da Lei n. 1.533/51.

Para elucidar a matéria, trago à baila os esclarecimentos doutrinários de Hely Lopes Meirelles, *in* Mandado de Segurança, ed. Malheiros, pág.31 e 122 e 123:

O mandado de segurança, como a lei regulamentar o considera, é ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem, estas a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento da notificação judicial. Sendo ação civil, como é, o mandado de segurança enquadra-se no conceito de causa, enunciado pela Constituição da República, para fins de fixação de foro e juízo competentes para o seu julgamento quando for interessada a União (art. 109, I e VIII), e produz todos os efeitos próprios dos feitos contenciosos. Distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, que é próprio e só subsidiariamente aceita as regras do Código de Processo Civil.

[...]

A regra em mandado de segurança é a inexistência de prevenção de competência por impetração anterior entre as mesmas partes e com pedidos conexos ou consequentes. Isto porque cada impetração representa um feito processual autônomo. Não se aplicam, portanto, à ação de segurança as normas dos artigos 102 a 106 e 253 do CPC, concernentes à prevenção por conexão e continência. (grifei)

Portanto, por ter a ação de mandado de segurança regras próprias, rejeito a preliminar de conexão.

#### b) Da Decadência:

No caso vertente, o prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetrar o mandamus começou a fluir a partir de 3 de julho de 2008, data em que se tornou pública, para conhecimento dos interessados, a relação dos candidatos que realizaram a Prova Escrita Discursiva, com a respectiva pontuação por cargo (Edital n. 19/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS – f. 84)

Oportuna a lição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, *in* Remédios Constitucionais, Rio de Janeiro, Editora Impetus, p. 59-60:

O prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado.

O Supremo Tribunal Federal firmou orientação de que esse prazo extintivo é de decadência do direito à impetração do remédio constitucional em apreço. Sendo prazo decadencial, uma vez iniciado, não se interrompe nem se suspende.

Assim, rejeito a preliminar.

c) Preliminar de inadequação da via eleita:

A preliminar de inadequação da via eleita se confunde com o mérito, razão pela qual com ele será analisada.

No mérito, a segurança deve ser concedida.

Verifica-se dos autos que há divergência com relação à pontuação necessária para que os candidatos sejam considerados aprovados para próxima fase do concurso.

Consta do Edital n. 1/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS, item n. 8.6.3, letra c, que “serão considerados aprovados na Prova Escrita Discursiva os candidatos que obtiverem, no mínimo, quarenta pontos em cada matéria e a média mínima de cinquenta pontos no conjunto das cinco matérias”.(f. 22 – TJ/MS.)

Já, no Edital n. 14/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS, que convocou os candidatos aprovados na prova escrita objetiva para a prova escrita discursiva, assim restou consignado: “c) a média da Prova Escrita Discursiva é calculada pela somatória dos pontos obtidos nas cinco matérias;” (f. 72 – TJ/MS)

Por fim, estabelece o Edital n. 19/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS, item II:

II – serão considerados aprovados na Prova escrita Discursiva, os candidatos ao cargo de Delegado de Polícia que obtiverem, no mínimo, 40 pontos em cada uma das Provas “a1” e “a2” e, no mínimo, a média de 50% do total de pontos do conjunto das matérias; (f. 79 – TJ/MS).

Portanto, evidencia-se que não é possível averiguar qual é a pontuação mínima necessária para que os candidatos possam ser aprovados nessa fase do Concurso Público.

Vale ressaltar que é lícito à administração alterar as condições e/ou requisitos estabelecidos pelo edital regulador de certame público, desde que o faça em razão do princípio da legalidade, ou seja, para ajustar o instrumento à nova legislação, enquanto não concluído e homologado o certame. Contudo, no caso dos autos, a Administração Pública não logrou demonstrar que as alterações referentes à pontuação mínima para aprovação para a próxima fase do concurso público foram estabelecidas a fim de ajustá-las à nova legislação.

O que se observa dos referidos editais é a total divergência entre um e outro, pois enquanto o Edital n. 1/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS, item n. 8.6.3, letra c, considera aprovado o candidato que tiver obtido na Prova Escrita Discursiva, no mínimo, 40 (quarenta) pontos em cada matéria, no Edital n. 19/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS, item II, a aprovação está condicionada à obtenção de, no mínimo, 40 pontos em cada uma das Provas “a1” e “a2”.

A respeito do tema, confirmam-se os julgados abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE QUESTÕES SOB O FUNDAMENTO DE COBRANÇA DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DIVERSO E DUPLICIDADE DE RESPOSTAS PARA CONTINUAÇÃO NO CERTAME. DESCABIMENTO. PROVAS DE APTIDÃO FÍSICA JÁ REALIZADAS. INOVAÇÃO DOS LIMITES DO RECURSO. FASE DE CARÁTER ELIMINATÓRIO. PERDA DO INTERESSE DE AGIR NA VIA ESCOLHIDA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PRETENDIDA. 1.O Concurso Público é regido pelas regras dispostas em seu Edital do qual não podem se desvincular nem o candidato nem a Administração. As regras que regem o

certame são apresentadas previamente a fim de que seja observado não só o Princípio da Publicidade, mas também os da Moralidade e Isonomia.<sup>2</sup> É defesa a alteração das regras no decorrer do certame, o que vale tanto para a Administração quanto para os candidatos. Limites previamente estipulados no Edital. [...] (TJDF, Ag n. 20080020098053, Terceira Turma Cível, Rel. ALFEU MACHADO, julgado em 01.10.08, DJ 07.10.08, p. 79).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÃO. COBRANÇA DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DIVERSO. 1. O Concurso Público é regido pelas regras dispostas em seu Edital, do qual não pode se desvincular. As regras que regem o certame são apresentadas previamente, a fim de que seja observado não só o Princípio da Publicidade, mas também os da Moralidade e Isonomia.<sup>2</sup> É defesa a alteração das regras no decorrer do certame, a criação de novos requisitos, bem assim a exigência de conteúdo programático diverso do previsto.[...]. (TJDFT, Ag n. 20070020103538, Primeira Turma Cível, Rel. FLAVIO ROSTIROLA, julgado em 24.10.07, DJ 22.11.07, p. 320).

Assim, resta evidente a ofensa ao direito líquido e certo do impetrante, e deve, por conseguinte, ser anulada a prova escrita discursiva realizada pelo impetrante, porquanto elaborada em desconformidade com o disposto no Edital n. 1/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS, que rege o Concurso Público de Provas e Títulos/PCMS.

Contudo, para prosseguir nas fases seguintes do certame, torna-se incontestável a necessidade de que o impetrante se submeta à nova prova escrita discursiva elaborada pelos impetrados, cumprindo-se, rigorosamente, o disposto no Edital n. 1/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS.

Por fim, vale ressaltar que, como o impetrante não pleiteou a anulação do concurso, não é possível analisar tal questão, devendo o presente mandamus ficar restrito ao pedido contido na inicial.

Pelo exposto e contra o parecer, rejeito as preliminares e, no mérito, concedo a segurança para anular a prova escrita discursiva realizada pelo impetrante e determinar que este continue no certame, assim, devem os impetrados providenciar a aplicação de nova prova escrita discursiva nos termos do Edital n. 1/2008 – SAD/ESCOLAGOV/PCMS, que rege o Concurso Público de Provas e Títulos/PCMS.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E CONCEDERAM A SEGURANÇA. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 1º VOGAL.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Atapoã da Costa Feliz, João Maria Lós e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Mandado de Segurança n. 2009.001808-0 - Capital**  
**Terceira Seção Cível**  
**Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay**

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – LEGITIMIDADE ATIVA – LEGITIMIDADE PASSIVA – LIMINAR CONCEDIDA POR JUIZ DE 1º GRAU – PODER GERAL DE CAUTELA – PRELIMINARES REJEITADAS – APREENSÃO DE MERCADORIAS – INEXISTÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DA NOTA FISCAL – LIBERAÇÃO DA MERCADORIA MEDIANTE PAGAMENTO – ATO NULO – ORDEM CONCEDIDA.

A transportadora de mercadorias é parte legítima para impetrar o mandamus, quando a apreensão das mercadorias transportadas decorrer do transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, em conformidade com a alínea “a”, inciso III, do artigo 117 da Lei 1.810/97 (Código Tributário Estadual de Mato Grosso do Sul).

Aquele que tem o poder de mando para validar, ou não, os atos praticados por seus agentes e ainda encampa o ato praticado, é parte legítima para figurar no polo passivo do mandamus.

Em razão do poder geral de cautela, o juiz de 1º grau pode determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause, ao direito da outra, lesão grave e de difícil reparação.

Se o agente fiscal notar, de imediato, a ausência de nota fiscal das mercadorias transportadas, poderá reter a mercadoria apenas pelo tempo necessário à constatação da ilegalidade e lavratura do auto de infração.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, rejeitar as preliminares e conceder a segurança. Ausente, justificadamente, o 1º vogal.

Campo Grande, 16 de março de 2009.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Viação Ouro e Prata S.A. impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, no qual alega que, em 20 de novembro de 2008, foi abordada no Setor de Cargas e Encomendas, pela Fiscalização Móvel da Secretaria da Fazenda Estadual de Mato Grosso do Sul, que a autuou por suposto “embaraço ou dificuldade à fiscalização – EFERMS” e apreendeu as mercadorias constantes na Nota Fiscal n. 057970, lavrando, assim, o Termo de Apreensão n. 3.686.

Esclarece que não criou embaraço à fiscalização, tanto que, ao ser abordada pelos agentes, no Setor de Cargas e Encomendas, a impetrante já havia entregue as mercadorias, acompanhadas da nota fiscal, ao responsável pelo recebimento.

Afirma que não constava o carimbo de fiscalização na nota fiscal, apresentada antes, pelo motorista, aos agentes fiscais do Posto de Ilha Grande/MS, por um lapso, pelo volume dos documentos ou por ter o fiscal entendido que se tratava de 2ª via de outra nota fiscal ao fazer a conferência.

Sustenta que os agentes da Fiscalização Móvel entenderam que o motorista da empresa dificultou ou criou embaraços à fiscalização, por pretender que fosse solicitado ao destinatário das mercadorias que transportava a vinda das notas fiscais e esclarecesse a falta de carimbo na nota fiscal.

Aduz que a apreensão das mercadorias é ato ilegal por visar o recolhimento do tributo e da multa, no prazo de 7 (sete) dias, sob pena de venda em leilão público.

Explica que, ao sujeito ativo da obrigação tributária, cumpria lavrar o Auto de Infração e notificar a impetrante para apresentar defesa administrativa, para, só após a defesa, inscrever o débito em dívida ativa.

Requer a concessão da ordem, para que seja autorizada a liberação das mercadorias apreendidas.

Com a inicial vieram os documentos de f. 26-49

A liminar foi concedida. (f. 52-54 TJ/MS)

Notificada a autoridade apontada como coatora (f. 66), esta apresentou informações nas quais alega preliminar de: a) Incompetência absoluta do juízo em razão da matéria, devendo ser declarada nula a decisão singular que concedeu a medida liminar; b) Ilegitimidade ativa ad causam e ad processum, uma vez que, no termo de apreensão n. 3.686, de 20.11.08, consta como destinatário das mercadorias a empresa ASSETUR Associação de Empresas de Transportes de Mato Grosso do Sul, logo não devem prosperar os argumentos da impetrante de que possui legitimidade para impetrar o mandamus por ter de responder pelo prejuízo causado ao proprietário das mercadorias apreendidas; c) Ilegitimidade passiva, porquanto o ato apontado como coator não foi emanado pelo Secretário de Fazenda.

No mérito, sustenta que a medida deu-se em perfeita consonância com a legislação tributária estadual, pois, constatada a irregularidade, não havia outra alternativa ao Estado de Mato Grosso do Sul a não ser reter as mercadorias, conforme determina o artigo 139 do Decreto n. 9.203/98.

Esclarece que a apreensão de mercadorias transportadas pela Impetrante decorreu da legislação tributária aplicável ao caso, qual seja, os artigos 49 e 50 da Lei Estadual n. 1.810/97, artigo 75 do RICMS, Decreto n. 10.100/2000 e Decreto n. 10.178/2000.

Requer o acolhimento das preliminares para extinguir o feito sem julgamento do mérito, ou, no mérito, a denegação da ordem.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição das preliminares e, no mérito, pela concessão da ordem, no sentido de determinar ao impetrante que proceda à imediata liberação das mercadorias apreendidas.



**VOTO**

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Viação Ouro e Prata S.A. contra ato praticado pelo Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, no qual alega que, em 20 de novembro de 2008, foi abordada no Setor de Cargas e Encomendas, pela Fiscalização Móvel da Secretaria da Fazenda Estadual de Mato Grosso do Sul, que a atuou por suposto “embaraço ou dificuldade à fiscalização – EFERMS” e apreendeu as mercadorias constantes na Nota Fiscal n. 057970, lavrando, assim, o Termo de Apreensão n. 3.686.

Afirma que a atitude de apreender as mercadorias como meio coercitivo de cobrança da obrigação tributária acessória (multa), com o encaminhamento das mercadorias à leilão, caso não seja recolhido o valor da multa no prazo legal, não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico.

Explica que o sujeito ativo da obrigação tributária deveria lavrar o Auto de Infração e notificar a impetrante para apresentar defesa administrativa e, só então, caso estivesse correta a apreensão fiscal, proceder à inscrição do débito em dívida ativa.

Inicialmente, analiso e decido as preliminares arguidas pela autoridade coatora.

a) Ilegitimidade ativa, por não ser proprietária das mercadorias apreendidas:

A autoridade coatora assevera que a impetrante não tem legitimidade ativa para impetrar o presente mandamus, já que não é a proprietária das mercadorias apreendidas e, que consoante o Termo de Apreensão n. 3.686, de 20.11.08, consta como destinatário das mercadorias a empresa ASSETUR Associação de Empresas de Transportes de Mato Grosso do Sul.

No entanto, conforme dispõe o artigo 11 da Resolução n. 1737/2006 da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, os documentos de embarque devem ser apresentados ou pelo transportador ou pelo condutor da mercadoria, *in verbis*:

Art. 11. Os procedimentos de fiscalização, apuração de irregularidades e aplicação das penalidades de que trata esta Resolução observarão as normas e regulamentos da ANTT, sendo obrigatória a apresentação, pelo transportador ou condutor, de documentos de embarque.

Parágrafo único. Para os fins previstos no *caput*, entende-se por documento de embarque: a Nota Fiscal, inclusive a Nota de Produtor Rural, que contenha informações de transporte; o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga; a ordem de embarque; ou o manifesto de carga.

No caso vertente, as notas fiscais das mercadorias apreendidas não foram apresentadas pela transportadora, tanto que consta como infração a prática descrita no artigo 90, II, parágrafos 3º e 4º da Lei Estadual n. 1.810/97 – Código Tributário Estadual, *in verbis*:

Art. 90. Os contribuintes devem, relativamente a cada um de seus estabelecimentos:II - manter escrita fiscal destinada ao registro das operações efetuadas, ainda que não tributadas ou isentas do ICMS. § 3º Os documentos e livros das escritas fiscal e comercial são de exibição obrigatória ao Fisco e devem ser conservados: § 4º Para efeito do parágrafo anterior, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes da obrigação de exhibir, ou limitativas do direito do Fisco de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos contribuintes.

Ademais, a impetrante, que é a transportadora das mercadorias apreendidas, é parte legítima para impetrar o presente mandamus, em razão da norma disposta na alínea “a”, inciso III, do artigo 117 do Código Tributário Estadual (Lei n. 1.810/97), que prevê a responsabilidade tributária da transportadora quanto à apresentação dos documentos fiscais necessários quando realiza o transporte de mercadorias, *ex vi*:

Art. 117. O descumprimento de obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do ICMS, sujeita o infrator às seguintes multas punitivas:

[...]

III - INFRAÇÕES RELACIONADAS COM OS DOCUMENTOS FISCAIS NOS CASOS DE ENTREGA, REMESSA, TRANSPORTE, RECEBIMENTO, ESTOCAGEM, DEPÓSITO, POSSE OU PROPRIEDADE DE MERCADORIAS OU BENS IMPORTADOS OU, AINDA, QUANDO CABÍVEL, NOS CASOS DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS:

a) entrega, remessa, transporte, recebimento, estocagem, depósito, posse ou propriedade de mercadoria ou bem desacompanhados de documentação fiscal, bem como a entrega de mercadoria ou bem importado a destinatário diverso do indicado no documento fiscal - MULTA equivalente a trinta por cento do valor da operação aplicável ao contribuinte que promoveu a entrega, remessa, recebimento, estocagem ou depósito da mercadoria ou do bem ou que destes detenha a posse ou propriedade e MULTA de vinte por cento do valor da operação ou prestação aplicável ao transportador. Quando o transportador da mercadoria ou bem for o próprio remetente ou destinatário, a multa é equivalente a cinquenta por cento do valor da operação; (redação dada pela Lei n. 2.596, de 26 de dezembro de 2002)”(grifei)

Portanto, deve ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade ativa da impetrante, uma vez que, por ser a transportadora das mercadorias, tem a responsabilidade de estar com todas as notas fiscais das mercadorias que transporta e, outrossim, de apresentar ao agente fiscal quando solicitadas, sem realizar qualquer embaraço ou dificuldade à fiscalização.

Outro não é o entendimento da Ministra Eliana Calmon, do Superior tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE MERCADORIAS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: SÚMULA 280/STF – APLICAÇÃO DA SÚMULA 323/STF: SÚMULA 7/STJ.

1. Acórdão recorrido que, para reconhecer a condição de responsável tributário do transportador, pautou-se no art. 18, I, “a”, da Lei Estadual n.11.580/96. Súmula 280/STF.

2. Hipótese em que o Tribunal, a partir do exame da prova, concluiu que a apreensão teve por escopo verificar a ocorrência de infração penal e não o objetivo de coibir a parte ao pagamento do ICMS. Constatação em sentido contrário esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

3. Recurso especial não conhecido.(REsp n. 858928/PR, Resp n. 2006/0122403-5, Segunda Turma, Relª. Minª. ELIANA CALMON, julgado em 23.9.08, DJ 29.10.08 Ementa).

Sendo assim, a impetrante, por ser responsável por portar e apresentar as notas fiscais das mercadorias que transporta, deve figurar como parte legítima no presente mandamus.

Ademais, não foi alegada pela Procuradoria- Geral do Estado apenas a ilegalidade passiva da parte, mas também prestou informação sobre o mérito, encampando o ato acoimado de ilegal, ao defender a sua legalidade.

Portanto, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa da impetrante.

b) Ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul:

Autoridade coatora é tanto aquela que executa propriamente o ato impugnado, como aquele com poderes de mando e competência para corrigir a ilegalidade apontada e praticada pelo agente.

No caso vertente, a autoridade apontada como coatora é o Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, ou seja, aquele que detém poder de mando e competência para corrigir o ato apontado e praticado pelo agente fiscal que apreendeu as mercadorias.

Por oportuno, este é o entendimento doutrinário de Alexandre de Moraes, *in* Constituição do Brasil interpretada, 3. ed., Ed. Atlas, p. 2.481:

Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde por suas consequências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte.

Deste modo, por ter a autoridade apontada como coatora poder de mando e competência para corrigir a ilegalidade do ato apontado, então não há como refutar sua legitimidade para figurar no polo passivo do presente mandamus.

Portanto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade coatora.

c) Incompetência absoluta do Juízo em razão da matéria, devendo ser declarada nula a decisão singular que concedeu a medida liminar:

No caso vertente, ao cotejar os autos, nota-se que a liminar para determinar a imediata liberação das mercadorias apreendidas foi deferida por juiz de 1º grau. No entanto, o mandamus foi impetrado contra ato praticado pelo Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul.

Verifica-se que, no caso vertente, a competência para processar e julgar o presente feito é de uma das Seções Cíveis deste Tribunal de Justiça, tanto que, após a concessão da liminar, foi determinada a remessa do mandamus para uma das Seções Cíveis desta Corte, para ser processado e julgado.

No entanto, em razão do poder geral de cautela, deve ser mantida a decisão que concedeu a liminar. A priori, assim dispõem os artigos 798 e 799 do CPC:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

Sendo assim, como no caso vertente somente a liminar foi deferida por juiz de 1º grau, em razão do poder geral de cautela, não há falar em incompetência absoluta para analisar e decidir o presente mandamus.

Portanto, rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, verifica-se que a segurança deve ser concedida.

O mandado de segurança destina-se a garantir direito líquido e certo, que deverá vir nitidamente demonstrado nos autos pela impetrante, como é o que se verifica no caso ora em questão.

É cediço que o transporte de mercadorias deve estar sempre acompanhado das respectivas notas fiscais. Entretanto, é vedado à Administração Pública a apreensão da mercadoria para exigir o pagamento do tributo, para então haver a liberação.

Conforme estabelece a Lei n. 1.810/97, a apreensão de mercadorias deve ocorrer nas seguintes condições:

Art. 94. Ficam sujeitos à apreensão os bens móveis existentes em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, ou em trânsito, que constituem material de infração à legislação tributária:

§ 1º A apreensão pode ser feita, ainda, nos seguintes casos:

I – quando transportadas ou encontradas mercadorias sem as vias dos documentos fiscais que devam acompanhá-las ou, ainda, quando encontradas em local diverso do indicado na documentação fiscal;

II – quando houver evidência de fraude, relativamente aos documentos fiscais que acompanhem as mercadorias no seu transporte;

III – quando estiverem as mercadorias em poder de contribuintes que não provem, quando exigida, a regularidade de sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS.

Art. 95. Podem, também, ser apreendidos os livros, documentos e papéis, que constituam provas de infração à legislação tributária.

No entanto, o sujeito passivo da obrigação tributária tem o direito de discutir a legalidade do crédito tributário, não sendo razoável que a autoridade coatora condicione essa discussão ao seu pagamento imediato, inclusive, utilizando-se da apreensão de mercadorias.

Outrossim, a incidência do tributo e aplicação de eventuais irregularidades, bem como as penalidades impostas em virtude das infrações cometidas devem ser apuradas mediante processo administrativo fiscal, que prevê a oportunidade da ampla defesa e contraditório àquele cujo Fisco lavrou o auto de infração.

Ademais, a Súmula 323, do Supremo Tribunal Federal dispõe: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.”

Nesse sentido a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE MERCADORIAS. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS COM A FAZENDA PÚBLICA. PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. ARTIGO 170, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA N. 547 DO STF.

1. [...]

2. A sanção, que por via oblíqua objetive o pagamento de tributo, gerando a restrição ao direito de livre comércio, é coibida pelos Tribunais Superiores através de inúmeros verbetes sumulares, a saber: a) “é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo” (Súmula 70/STF); b) “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos” (Súmula 323/STF); c) “não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais” (Súmula 547/STF); e d) “É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado” (Súmula 127/STJ).

3. Destarte, é defeso à administração impedir ou cercear a atividade profissional do contribuinte, para compeli-lo ao pagamento de débito, uma vez que este procedimento redundaria no bloqueio de atividades lícitas, mercê de representar hipótese da autotutela, medida excepcional ante o monopólio da jurisdição nas mãos do Estado-Juiz.

4. Recurso especial provido.” (REsp n. 899664/AL, Resp n. 2006/0144532-1, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 11.12.07, DJ 08.05.08 Ementa.)

“TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. RETENÇÃO DA MERCADORIA POR ERRO NA CLASSIFICAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 323/STF.

1. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos” (Súmula 323/STF).

2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag n. 933675/SP, AgRg no Ag n. 2007/0168660-4, Segunda Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 20.11.07, DJ 31.10.08 Ementa).

MANDADO DE SEGURANÇA - Infração à legislação tributária - Apreensão de mercadoria.

- Ainda que perfeitamente legal a atuação do agente fiscal, nada justifica a retenção da mercadoria após lavrado o respectivo auto - Aplicação da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal – Remessa oficial improvida. (TJSP, AC. N 32.355-5, São Paulo, Segunda Câmara de Direito Público, Relator Corrêa Vianna, julgado em 30.6.98 - v.u.). Agravo de Instrumento n. 274.190.5/9 - voto 2.7.98

MANDADO DE SEGURANÇA – Apreensão de mercadoria após lavratura de Auto de Infração e Imposição de Multa Inadmissibilidade - Súmula 323 do STF

Apreensão de mercadorias que não pode servir como meio coercitivo para pagamento de tributos - Recurso não provido. (TJSP, AC n. 228.216-2, São Paulo, Rel. Scarance Fernandes, julgado em 03.5.94 - v.u.).

TRIBUTÁRIO - Apreensão de mercadoria com finalidade de coerção ao pagamento de tributo exigido - Legitimidade ativa – Súmula 323/STF

É pacífico no STJ o entendimento de que “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. (Súmula 323/STF). Recurso improvido. (STJ, REsp n. 162.034, RS, Rel. Min. José Delgado, julgado em 12.3.98 -DJU 15.6.98).

Outrossim, apreendida a mercadoria para fins da lavratura do auto de infração e procedida a autuação, cessam os motivos que justificam a retenção daquela, devendo aquele ser liberado.

Portanto, a conduta realizada pela autoridade coatora, qual seja, reter mercadoria com manifesto intuito de coagir o pagamento do tributo, fere direito líquido e certo do impetrante, e, no caso vertente, resta ilegal a vinculação de pagamento de tributo à liberação de mercadorias.

Pelo exposto, com o parecer, rejeito as preliminares e, quanto ao mérito, concedo a ordem, a fim de determinar a imediata liberação das mercadorias apreendidas, referente ao Termo de Apreensão n. 3.686.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, REJEITARAM AS PRELIMINARES E CONCEDERAM A SEGURANÇA. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 1º VOGAL.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Atapoã da Costa Feliz, João Maria Lós e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 16 de março de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2004.006821-2 - Naviraí**  
**Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. Sérgio Fernandes Martins**

E M E N T A – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – TRIBUTÁRIO – MUNICÍPIO DE NAVIRAÍ – TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA – ILEGALIDADE DA COBRANÇA – ART. 145, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SERVIÇO PRESTADO UTI UNIVERSI – IDENTIDADE DA BASE DE CÁLCULO DO IPTU – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A taxa é um tributo vinculado a uma determinada prestação de serviço.

O serviço de limpeza de logradouros públicos é realizado em benefício da população em geral portanto é prestado uti universi, sem possibilidade de individualização dos respectivos usuários, não podendo ser cobrado mediante taxa.

A taxa de limpeza pública utiliza a mesma base de cálculo do IPTU, porque incide sobre a área construída, que também é utilizada pelo Município para a fixação do valor venal do imóvel, que serve como base para o cálculo do IPTU, o que é vedado.

Recurso conhecido e não provido.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 13 de janeiro de 2009.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Fazenda Pública do Município de Naviraí-MS, inconformada com a sentença que julgou procedente o pedido inicial formulado na ação de embargos à execução fiscal e declarou na via difusa a inconstitucionalidade material das taxas de limpeza pública, de expediente e de coleta de lixo e ordenou a exclusão dos valores lançados nas certidões de dívida ativa juntadas na ação executiva em apenso, interpõe apelação.

Este Tribunal, ao proferir julgamento, deu provimento ao recurso de apelação cível para julgar improcedente o pedido formulado nos embargos à execução, declarando a impossibilidade de reconhecimento incidir tantum da inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 446/69.



Inconformada, a apelada opôs embargos infringentes que foram providos parcialmente, entendendo que a questão da constitucionalidade da lei municipal, deve ser examinada pela turma recursal de origem, pois não foi objeto de divergência.

Ocorre que os autos foram devolvidos à primeira instância sem a decisão sobre tal questão.

Ato contínuo, o recurso foi distribuído, razão pela qual foi encaminhado a este relator para análise da constitucionalidade da referida lei municipal.

## VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de apelação cível na qual a recorrente, Fazenda Pública do Município de Naviraí-MS, pede a reforma da sentença para que seja considerada legal a cobrança de taxa de serviço de limpeza pública.

Fundamenta seu recurso acerca da possibilidade da cobrança de taxas de serviços públicos pela instituição da Lei Municipal n. 466/89:

Art. 190. A taxa de limpeza tem como fato gerador a utilização ou a possibilidade de utilização pelo contribuinte, de serviços municipais de limpeza das vias e logradouros públicos e particulares.

Parágrafo único: Considera-se serviço de limpeza:

I – a coleta de remoção de lixo domiciliar;

II – a varrição, a lavagem e a capinação das vias e logradouros; a limpeza de córregos, bueiros e galerias pluviais.

A instituição da taxa está prevista no artigo 145, II, da Constituição Federal:

Art. 145 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

O artigo 77 do Código Tributário Nacional igualmente prevê a cobrança, conforme se abstrai do texto abaixo colacionado:

Art. 77 - As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas.

Segundo as regras atinentes à taxa, para que seja possível a cobrança desse tributo, faz –se necessário que o serviço público prestado ou posto à disposição do contribuinte e utilizado, efetiva ou potencialmente, seja específico e divisível. Entretanto, não é o que ocorre no presente caso.

Sobre o assunto, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo lecionam<sup>1</sup>:

A taxa é, pois, um tributo que tem como fato gerador ou hipótese de incidência uma atuação estatal específica relativa ao contribuinte. Por ser a hipótese de incidência da taxa vinculada a um ato ou fato do Estado, diz-se ser ela um tributo vinculado... Quanto às taxas de serviço, maiores dificuldades existem na conceituação de especificidade e divisibilidade, requisitos sem os quais é ilegítima a cobrança desse tributo.

Hugo de Brito Machado, em sua obra Curso de Direito Tributário, explica que um dos requisitos da taxa é a divisibilidade, sem a qual o tributo não pode ser cobrado. Veja-se:

Para que o serviço público possa servir como fato gerador de taxa, deve ser (a) específico e divisível; (b) prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição; e, finalmente, (c) utilizado, efetiva ou potencialmente, pelo contribuinte.

Não é fácil definir o que seja um serviço público específico e divisível. Diz o Código que os serviços são específicos quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou necessidade públicas, e divisíveis quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um se de seus usuários (ar. 79, incs. II e III)”. (p. 415).

Não se faz necessário muito esforço para se compreender que, no caso, o serviço de limpeza, quando realizado pela administração pública, não é suscetível de individualização, ou seja, utilização separada por cada contribuinte, já que a limpeza de ruas, calçadas e logradouros é aproveitado a toda a comunidade.

Por isso, conclui-se que a limpeza pública é um serviço público geral e indivisível, fornecido indistintamente a todos, prestado *uti universi* e, em razão disso, não há como se mensurar o proveito que dele retira cada um dos habitantes do Município, sendo, impossível apurar em relação a cada contribuinte as unidades de utilização.

Acerca dos serviços públicos gerais (custeados pelos impostos) e específicos (instituídos por taxas e contribuição de melhoria), o Supremo Tribunal Federal, seguindo as lições de Roque Antonio Carrazza, decidiu:

Os serviços públicos, segundo a lição de Roque Carrazza, se dividem em gerais e específicos. Os serviços públicos gerais, ditos também universais, são os prestados *uti universi*, isto é, indistintamente a todos os cidadãos. Eles alcançam a comunidade, como um todo considerada, beneficiando número indeterminado (ou, pelo menos, indeterminável) de pessoas. É o caso dos serviços de iluminação pública, de segurança pública, de diplomacia, de defesa externa do país etc. Esses serviços, acrescenta Carrazza, são custeados pelos impostos. (Roque Carrazza, ‘Curso de Direito Tributário’, Malheiros Editores, 11.<sup>a</sup> ed., 1998, pág. 327). Os serviços públicos específicos, segundo o mesmo autor, também chamados singulares, são os prestados *uti singuli*. Referem-se a uma pessoa ou a um número determinado (ou, pelo menos, determinável) de pessoas. São de utilização individual e mensurável. Gozam, portanto, de divisibilidade, é dizer, da possibilidade de avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada (AgRg no Ag n. 231.132-0, Rel. Min. Carlos Velloso).

<sup>1</sup> Direito Tributário na Constituição e no STF. 8. ed. Niterói: Impetus, 2004, p. 8-9.

O serviço de limpeza pública, em razão de sua natureza, é indivisível, pois não há como limpar uma área destinada somente a um determinado contribuinte, logo não é prestado *uti singuli*, mas sim *uti universi*.

Por isso, a instituição da taxa para custear os serviços de limpeza pública, se revela ilegal e, devidamente “assentou o plenário do STF (RE 199.969, Galvão, DJ 6.2.98), que ela tem por fato gerador prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte.” (Ag n. 501679 AgR/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 27.9.05, DJ 14.10.05, PP-00010).

Não bastasse, referida taxa utiliza a mesma base de cálculo do IPTU, porque incide sobre a área construída, que também é utilizada pelo Município para a fixação do valor venal do imóvel, que serve como base para o cálculo do IPTU, o que é vedado, pois, como bem explica Hugo de Brito Machado:

Segundo o parágrafo único do artigo 77 do CTN, a taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a impostos. É de toda evidência que a taxa não pode ter fato gerador idêntico ao de um imposto, pois a diferença entre as duas espécies tributárias reside precisamente na diferença da natureza dos respectivos fatos geradora. Assim, inteiramente desnecessária é a restrição contida no referido dispositivo legal, porquanto, com ou sem ela, nenhuma taxa poderia ter fato gerador idêntico ao de um imposto.

Nesse sentido, a jurisprudência tem entendimento firmado:

RECURSO ESPECIAL – IPTU PROGRESSIVO E TAXA DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA – LANÇAMENTO CONSIDERADO NULO – PRETENDIDA REFORMA QUANTO À TAXA – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 77 E 79 DO CTN – RAZÕES DE RECURSO NO SENTIDO DE QUE O LANÇAMENTO DEVE SER CONSIDERADO NULO EM PARTE E APLICAÇÃO DO ART. 153 DO CC – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO – Prevalece o entendimento de que a base de cálculo da taxa de limpeza pública não se amolda ao serviço público específico e divisível previsto nos artigos 77 e 79 do Código Tributário Nacional, de maneira a evidenciar a correta interpretação adotada pela Corte *‘a quo’*. Precedentes deste Sodalício e da Corte Máxima. (STJ, Resp n. 192760, SP, RIP: 199800783571 - Segunda Turma, Rel. Franciulli Netto, julgado em 28.5.02, DJ 7.10.02).

Nesse sentido, aliás, tive oportunidade de ementar em caso idêntico:

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - TRIBUTÁRIO - MUNICÍPIO DE NAVIRAÍ - TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - ILEGALIDADE DA COBRANÇA - ART. 145, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SERVIÇO PRESTADO UTI UNIVERSI - IDENTIDADE DA BASE DE CÁLCULO DO IPTU - RECURSO NÃO PROVIDO.

A taxa é um tributo vinculado a uma determinada prestação de serviço.

O serviço de limpeza de logradouros públicos é realizado em benefício da população em geral portanto é prestado *uti universi*, sem possibilidade de individualização dos respectivos usuários, não podendo ser cobrado mediante taxa.

A taxa de limpeza pública utiliza a mesma base de cálculo do IPTU, porque incide sobre a área construída, que também é utilizada pelo Município para a fixação do valor venal do imóvel, que serve como base para o cálculo do IPTU, o que é vedado. (AC n. 2004.011006-5, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins; publicado em 6.5.08, DJMS 1723, julgado em 1.4.08)

Por fim, cumpre anotar que este Tribunal de Justiça, por sua composição plenária, acolheu, em sessão de 1º de setembro de 2004, o pedido formulado pelo Procurador-Geral de Justiça, na ação direta de inconstitucionalidade n. 2004.004345-7, tendo por base dispositivos de lei complementar do município de Naviraí, ficando a ementa do acórdão, naquilo que interessa a solução do presente recurso, com a seguinte redação:

Com relação às taxas de serviço de limpeza pública e remoção de lixo, sendo um serviço público geral, fornecido indistintamente a todos, não se pode mensurar o proveito que dele retira cada um dos habitantes do Município, é, pois, impossível medir, em relação a cada contribuinte, unidades autônomas de utilização, estão, portanto, ausentes os elementos caracterizadores do tributo, como a divisibilidade e a especificidade, razão por que se afigura de plano sua inconstitucionalidade. (grifei)

Por tais razões, é totalmente ilegal a instituição das referidas taxas, razão pela qual deve ser mantida a sentença de primeiro grau.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto pela Fazenda Pública do Município de Naviraí-MS.

## 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. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Josué de Oliveira e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 13 de janeiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2007.026367-2 - Campo Grande**  
**Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. Sérgio Fernandes Martins**

E M E N T A – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CANDIDATA IMPEDIDA DE REALIZAR O TESTE FÍSICO EM RAZÃO DE UMA CIRURGIA CESÁREA – DESIGNAÇÃO DE NOVA DATA PARA A REALIZAÇÃO DA PROVA AMPARADA EM MEDIDA LIMINAR – APROVAÇÃO – TÉRMINO DO CURSO DE FORMAÇÃO – EXCLUSÃO DAS FILEIRAS DA POLÍCIA – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO-PROVIDOS.

Nos casos em que um candidato, por apresentar problemas físicos na data do exame, com amparo em uma medida liminar realiza uma nova prova, na qual obtém êxito, vindo a terminar o curso de formação, não se mostra razoável determinar a sua exclusão das fileiras da polícia, sob pena de causar-lhe danos irreparáveis, razão pela qual deve ser reconhecida a imperatividade da teoria do fato consumado.

Recursos conhecidos e não-providos.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 27 de janeiro de 2009.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul nos autos do mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Elisângela de Oliveira contra ato do Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul e outro.

O apelante alega, em síntese, que:

[...] o ingresso no serviço público faz-se por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos. (f. 142)

[...] a acessibilidade a cargos e empregos públicos tem por objetivo a concretização do princípio do mérito que se verifica pela investidura por meio de concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei. (f. 142)

[...] a avaliação física tem por finalidade avaliar a capacidade do candidato para suportar física e organicamente (biologicamente) o treinamento físico a que será submetido como exigência para o exercício do cargo de Soldado PMMS. Portanto, a exigência de exame físico encontra-se prevista em lei, mormente na Lei Complementar Estadual n. 53/90. (f. 142-143)

[...] a impetrante-apelada não realizou o indigitado exame físico no momento em que os demais candidatos o fizeram. Isso porque, quando da apresentação de sua documentação e análise pela junta do certame, ou seja, em seu exame médico, constatou-se que a mesma se encontrava em convalescença após cirurgia neo-natal. (f. 144)

[...] consta do item 6.2 do indigitado edital (f. 23) que será apreciado no exame médico, se o candidato “goza de saúde física e psíquica, se está em condições correlacionadas com a idade e, por fim, se está em condições de submeter-se e suportar os testes de aptidão física. (f. 144)

[...] a exigência de habilitação em exame médico não ofendeu qualquer direito líquido e certo da impetrante/recorrida, pois se constitui em ato vinculado, praticado sob obediência de normas positivas, que impõem eliminar o candidato que não preencher tal requisito. (f. 145)

[...] estando amparada por lei, não cabe à candidata/impetrante, ora apelada, se insurgir contra a mesma, haja vista que se o exame médico está devidamente amparada em lei e com requisitos objetivos descritos em Edital (como no caso em tela) há razoabilidade e legalidade quanto a exigência de tal requisito no presente certame. (f. 145)

Ao final, requer “[...]seja dado provimento ao recurso de apelação, reformando-se a r. sentença objurgada em no ponto aqui ventilado.” (f. 151)

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

De uma análise minuciosa dos autos, verifica-se que a impetrante, ora apelada, foi aprovada na 1ª fase do concurso para seleção interna ao curso de formação de sargento policial militar de Mato Grosso do Sul, mas que apenas um dia após a sua convocação para a 2ª fase (exame médico), a impetrante, no quinto mês de gravidez, teve que se submeter a uma cirurgia de cesárea, vindo a perder os gêmeos.

A médica que atendeu a apelada atestou sua aptidão apenas para atividades administrativas e, por consequência, a necessidade de sua dispensa de atividades físicas pelo prazo de 90 dias.

Diante dos fatos, foi a apelada considerada inapta para o curso de formação de Sargentos, sendo eliminada do certame.

Requeru, então, a concessão de liminar visando garantir a sua participação no curso, bem como a realização do teste de aptidão física apenas após o término do lapso temporal estipulado em seu atestado médico.

A liminar foi deferida para que a apelada pudesse ser submetida a outro exame de aptidão, o qual foi realizado na data de 3.12.2004, no qual foi considerada apta e aprovada, conforme documento de f. 81.

Com efeito, aplica-se ao presente caso a teoria do fato consumado, pois a situação jurídica foi consolidada pelo tempo, visto que o resultado do concurso foi divulgado em 3.12.2004, ou seja, há mais de 4 anos. Desse modo, pode-se afirmar que a impetrante, ora apelada, há muito já se encontra investida na patente de Sargento, pois logrou aprovação em todas as etapas do mencionado concurso.

Como cediço, é assente na jurisprudência pátria, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, a teoria do fato consumado, por meio da qual se tem confirmado a validade de situações jurídicas já sedimentadas. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXAME SUPLETIVO. IDADE MÍNIMA. APROVAÇÃO NO VESTIBULAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES DO STJ.

1. O decurso de tempo consolida fatos jurídicos que devem ser respeitados, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado.

Precedentes desta Corte: REsp n. 686991/RO, DJ de 17.06.05; REsp n. 584.457/DF, DJ de 31.05.04; REsp n. 601499/RN, DJ de 16.8.04 e Resp n. 611394/RN, Rel. Min. José Delgado, DJ de 31.5.04.

2. *In casu*, o aluno aprovado em concurso vestibular, a despeito de não possuir a idade mínima de 18 (dezoito) anos exigida pelo art.

38, § 1º, II, da Lei n. 9.394/96, obteve, em sede de liminar em mandamus, o direito de inscrever-se em curso supletivo para fins de conclusão do ensino médio, viabilizando sua matrícula em Curso Superior.

3. Deveras, consumada a matrícula para o exame supletivo (Banco de questões) naquela oportunidade, o impetrante, ora Recorrente, obtendo êxito nos exames, logrou a expedição do seu certificado de conclusão do 2º Grau, pelo que se impõe a aplicação da Teoria do Fato Consumado.

4. Recurso especial provido para manter incólume a sentença concessiva de segurança. (REsp n. 900263/RO, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 13.11.07, DJ 12.12.07, p. 397)(grifei)

Agravo Regimental interposto contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial ofertado pela parte agravada, para garantir à agravada o direito à colação de grau, por ter a mesma concluído, com aproveitamento, todas as disciplinas integrantes do currículo exigido, independentemente da realização de exame vestibular, com espeque na ocorrência da teoria do fato consumado, aplicável ao caso em apreço. [...] Concluídas todas as disciplinas integrantes do currículo pleno do Curso de Farmácia, com o respectivo aproveitamento, tem direito a estudante à colação de grau, independentemente da realização de exame vestibular, visto que tal exigência, de aluno que ingressou na Universidade por uma das formas regulares (reingresso)



e que já concluiu todas as disciplinas, mostra-se dissociada da razoabilidade, e terá como efeito excluir um dos possíveis candidatos ao mesmo curso. A condição de aluno especial não assegura os mesmos direitos atribuídos ao aluno regular. Contudo, *in casu*, há o fato consumado, para o qual concorreu a Universidade, permitindo a matrícula em todas as disciplinas pretendidas pela recorrida, sendo decorrência legal a colação de grau. Não podem os jurisdicionados sofrer com as decisões colocadas à apreciação do Poder Judiciário, em se tratando de uma situação fática consolidada pelo lapso temporal. Em se reformando o V. Acórdão recorrido, neste momento, estar-se-ia corroborando para o retrocesso na educação dos educandos. Em assim acontecendo, não teria a impetrante, com a reforma da decisão, o acesso à reta final do seu curso. Pior, estaria perdendo anos de sua vida em freqüentando um curso que nada lhe valia no âmbito universitário e profissional, posto que cassada tal freqüência. Ao mais, ressalte-se que a manutenção da decisão *a quo* não resultaria qualquer prejuízo a terceiros, o que é de bom alvitre. Cabe ao juiz analisar e julgar a lide conforme os acontecimentos passados e futuros. Não deve ele ficar adstrito aos fatos técnicos constantes dos autos, e sim aos fatos sociais que possam advir de sua decisão. Ocorrência da teoria do fato consumado, aplicável ao caso em apreço. Precedentes desta Casa Julgadora” (STJ – AG em REsp n. 491202, RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU 30.6.03, p. 00152).

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME FÍSICO. INSCRIÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO. NOMEAÇÃO E POSSE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

Com o direito à participação no Curso de Formação, afastou-se o caráter eliminatório do respectivo exame. Decisão que não se afigura ultra petita.

A “teoria do fato consumado”, conforme precedentes desta Corte, aplica-se perfeitamente à hipótese, considerando que o recorrido encontra-se no devido exercício do cargo há mais de quatro anos.

Recurso desprovido. (REsp n. 231084/CE, Quinta Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, julgado em 4.9.01, DJ 22.10.01, p. 345)(grifei)

No mesmo sentido, eis trechos do voto proferido pelo Ministro Ari Pargendler, no REsp n. 155052/RN, sobre a aplicação da teoria do fato consumado:

[...]

O direito se vale da lógica, mas não se esgota nela, e todo profissional que milita na atividade forense sabe que as normas jurídicas são incapazes de abarcar a multiplicidade dos fenômenos que estão vocacionados a disciplinar. É de sua contingência que sofram as limitações de pertencer a um sistema. O sistema implica um corte no mundo, reduzindo todas as possibilidades a um número limitado. No sistema jurídico essa restrição tem o acréscimo de ser incompatível com situações anômalas. Quando nele se diz que a medida liminar é por natureza precária e provisória, está pressuposto que ela terá vigência nos estritos prazos previstos para o processamento da ação cautelar. A compulsoriedade de norma legal não admite que se suponha a hipótese de uma medida liminar que se eternize. Por isso falha o juiz que, a priori, decide sempre que a medida liminar é provisória. Há casos e casos. A medida liminar é precária enquanto não for desvirtuada pelos efeitos definitivos que produzir. Um provimento desse tipo que frustra a expectativa autorizada pela lei, como seja, a de que o processo judicial terá uma decisão mais ou menos dentro dos prazos assinados pelo Código de Processo Civil, não pode ser visto como uma decisão de caráter provisório. Ainda mais se os prazos fluem contra os mais elásticos critérios de tolerância.

[...]

Existente o fato consumado, o provimento judicial não se torna apenas desnecessário, mas impossível. Sob a expressão fato consumado, o direito pretoriano tem efetivamente considerado a utilidade da sentença judicial, que não pode infligir à parte dano maior do que teria sofrido se não lhe tivesse sido deferida a medida liminar. Fato consumado, no modo como tem sido focalizado, é aquele irreversível, pois para declará-lo é dispensável o ato do juiz. Fato consumado, para os efeitos visados, é o que não convém seja modificado, sob pena de afrontar valores.

Na mesma linha de raciocínio, eis o posicionamento desta Corte:

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CANDIDATA IMPEDIDA DE REALIZAR O TESTE FÍSICO EM RAZÃO DE UMA LESÃO - DESIGNAÇÃO DE NOVA DATA PARA A REALIZAÇÃO DA PROVA COM AMPARO EM UMA MEDIDA LIMINAR - APROVAÇÃO - TÉRMINO DO CURSO DE FORMAÇÃO - EXCLUSÃO DAS FILEIRAS DA POLÍCIA - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

Nos casos em que um candidato, por apresentar problemas físicos na data do exame, com amparo em uma medida liminar realiza uma nova prova, na qual obtém êxito, vindo inclusive a terminar o curso de formação, não se mostra razoável determinar a sua exclusão das fileiras da polícia, sob pena de causar-lhe danos irreparáveis, razão pela qual deve ser reconhecida a imperatividade da teoria do fato consumado. (Reexame de Sentença n. 2007.031269-0, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmo Letteriello, DJ 3.4.2008, Julgamento em 11.3.08). (grifei)

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA E AÇÃO DECLARATÓRIA – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL REJEITADA – ENSINO SUPERIOR – CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO SEGUNDO GRAU NULO – INCIDÊNCIA DA TEORIA DO FATO CONSUMADO – RECURSO PROVIDO.

Está presente o interesse recursal da parte cujo apelo, apesar de ter, por uma mera irregularidade, sido acostado na ação cautelar, impugna a sentença que simultaneamente julgou também a ação principal.

Embora possa o Estado nulificar certificado de conclusão do 2º grau (ensino médio) expedido por instituição irregular, mostra-se descabida a pretensão de modificar situação de fato (curso superior), a qual se consumou ao longo da tramitação dos autos, aplicando-se a denominada teoria do fato consumado. Assim, a situação de acadêmicos que já terminaram seu curso superior ou estão em vias de terminar deve ser mantida incólume, até porque a prestação jurisdicional não deve traduzir em um mal maior do que aquele que teriam sofrido as partes se não tivessem sequer iniciado o curso superior, especialmente quando o colégio que expediu o certificado de conclusão do segundo grau estava autorizado judicialmente a tanto por liminar. (AC n. 2005.012214-3, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maranhão, DJMS 11.7.06, julgado em 20.6.06) (grifei)

Portanto, outro remédio não há senão aplicar, ao presente caso, a teoria do fato consumado e, assim, afastar todas as insurgências do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ante o exposto, conheço de ambos os recursos e nego-lhes provimento, mantendo intacta a sentença.

## 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. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Josué de Oliveira e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2008.031994-1 - Aquidauana**  
**Primeira Turma Cível**  
**Relator Des. Sérgio Fernandes Martins**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE FRALDAS GERIÁTRICAS PARA PESSOA DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO ESTATAL EM SENTIDO LATO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CUMPRIMENTO DE FORMALIDADES BUROCRÁTICAS – PRESCINDIBILIDADE – NÃO-CONFIGURAÇÃO DE AFRONTA COMETIDA À ORDEM ECONÔMICA E ORÇAMENTÁRIA – IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA – INCABÍVEL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A Constituição estabelece como dever do Estado o cumprimento do disposto em seu art. 196, razão pela qual o ente estatal pode ser compelido a fornecer os medicamentos necessários ao tratamento de saúde de pessoa carente.

A fixação de multa por eventual descumprimento da ordem judicial diária mostra-se desarrazoada, pois onera ainda mais o Estado que já possui inúmeras dificuldades para prestar adequadamente os serviços de saúde determinados de maneira universal pela Constituição Federal.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 25 de novembro de 2008.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de recurso obrigatório e apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença que, nos autos da ação de obrigação de fazer movida por Wilson da Silva Paulo, representado por sua mãe Edith da Silva Paula, julgou procedente pedido de fornecimento mensal de fraldas geriátricas.

O Estado apelante alega, em síntese, que:

[...] embora tenha o Magistrado entendido que a responsabilidade, no caso, é solidária, certo é que a Constituição Federal, em seus artigos 173 e 175, ao dispor que é dever do Estado

prestar o serviço de saúde, não diz, evidentemente, que essa atribuição compete unicamente ao Estado-membro, no caso, o Estado de Mato Grosso do Sul. Refere-se, sim, ao Estado *latu sensu*. (f. 153)

[...] com a criação do Sistema Único de Saúde – SUS e com a edição das Leis n. 8.080/90 e 8.142/90 que se teve o amparo legal para organização dos serviços de saúde de forma regionalizada, prestigiando-se a já mencionada descentralização para os municípios. (f. 102)

[...] a responsabilidade do Estado-membro, no que diz respeito à saúde pública, além do desempenho das competências do art. 17 da Lei n. 8.080/90 (que se refere a ações e desenvolvimento de políticas públicas, sempre com o enfoque de promover a descentralização aos municípios), encontra-se limitada, especialmente no que concerne às prestações de serviços diretos aos usuários. Com efeito, apenas três foram os setores que couberam ao Estado/Réu atuar, segundo o que estipulam as portarias expedidas pelo Ministério Público da Saúde.”(f. 156)

[...] o produto não se encontra dentro do âmbito de competência a que o Estado-membro encontra-se obrigado. A responsabilidade pelo fornecimento desses produtos é, assim, exclusiva do Município de Aquidauana. (f. 156)

[...] cuidando-se de saúde pública, as considerações médicas não podem simplesmente prevalecer sobre o parecer dos Consultores Técnicos da Secretaria de Estado da Saúde do Estado, uma vez que vigora o princípio da presunção de legitimidade dos atos do Poder Público (corolário da superioridade do interesse público sobre o privado. (f. 114)

[...] caso se entenda pela manutenção do Estado no pólo passivo desta lide, impõe-se então a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário também com a União Federal, cujo interesse decorre do disposto nos artigos 198 e 204 da Constituição Federal. (f. 158)

[...] medicamentos excepcionais são somente aqueles listados na Portaria n.2.577, de 27 de outubro de 2006, em anexo, portaria que regulamenta o componente de medicamentos de dispensação excepcional (a cargo do Estado-membro portanto), publicada no Diário Oficial n. 208, de 30 de outubro de 2006. (f. 160)

[...] ao se obrigar o administrador a fazer frente a tais despesas, o Judiciário está, sem dúvida alguma, usurpando seu campo de competência, ao invadir atuação exclusiva do Executivo como, também, do Legislativo, pois está a criar exceção não prevista em lei, estabelecendo uma situação que impõe uma atuação ao Estado-membro em contrariedade à legislação federal. (f. 165)

[...] sob o fundamento de proteger o direito de saúde, não se pode transformar o Poder Judiciário em co-gestor dos recursos destinados à saúde pública, com o que se viola o postulado básico da independência entre os poderes, tal qual inserto no artigo 2º da Constituição Federal.”(f. 165)

[...] em que pese seja significativo o valor dos remédios e produtos pleiteados, o valor fixado como multa diária é absolutamente desproporcional. (f. 167)

Ao final, requer “[...]seja dado provimento ao presente recurso, reformando-se a r. sentença, a fim de que: a) preliminarmente seja declarada a ilegitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul ou que seja reconhecida a legitimidade da União para integrar a lide, sendo, por consequência, reconhecida a incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito; b) na eventualidade de não serem acolhidas as preliminares acima arguidas, seja o pedido da parte autora julgado totalmente improcedente; c) seja como for, requer a redução da multa fixada. (f. 171)

O apelado, devidamente intimado, apresentou contra-razões e pugnou pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Wilson da Silva Paulo, representado por sua mãe, Edith da Silva Paula, ingressou com ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, com o fito de obter do Estado de Mato Grosso do Sul e do Município de Aquidauana o fornecimento mensal de fraldas geriátricas descartáveis.

O autor, ora apelado, alegou em síntese que é portador de epilepsia, doença que lhe causa descontrole dos esfíncteres, razão pela qual necessita de tratamento especializado e das fraldas geriátricas pleiteadas.

O juízo *a quo* julgou procedentes os pedidos formulados na exordial para (I) tornar definitiva a tutela antecipada concedida e (II) determinar ao Município de Aquidauana e ao Estado de Mato Grosso do Sul que forneçam ao ora apelado 90 fraldas geriátricas por mês, enquanto perdurar a sua necessidade.

Busca o Estado a reforma da sentença, alegando, em resumo, que (I) é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda; (II) é necessária a formação de litisconsórcio passivo com a União; (III) é totalmente improcedente o pedido do apelado; (IV) houve ofensa ao princípio orçamentário e ao princípio da separação dos poderes; e (V) o eventual pagamento de multa será suportado pelo Erário Estadual.

O apelo merece provimento tão-somente no que diz respeito à exclusão da multa diária fixada.

Com efeito, a multa diária de R\$ 200,00, arbitrada pelo juízo de origem, caso não sejam fornecidas imediatamente as 90 fraldas geriátricas mensais deferidas ao ora apelado, mostra-se desarrazoada.

De fato, a jurisprudência é remansosa nesse sentido:

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - FUNDADO RECEIO DE DANO GRAVE E RISCO DE INEFICÁCIA - VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES - PRESENÇA DOS REQUISITOS - IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO SEU DESCUMPRIMENTO - INADMISSIBILIDADE - PARCIAL PROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 273 DO CPC. Restando comprovados os requisitos autorizadores da tutela antecipada, a sua concessão é de rigor, notadamente quando o que se pretende é a concessão de medicamento indispensável ao tratamento da saúde de cidadã carente, sendo, contudo, desarrazoada a fixação da multa pelo seu descumprimento, em virtude da complexidade burocrática da Administração para a aquisição do fármaco. (grifei) (Número do processo: 1.0625.07.069003-1/001(1) Precisão: 9; Rel. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA, julgado em 10.1.08, DJ 22.1.08).(grifei)

Tive, aliás, oportunidade de assim ementar:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - AFASTADA - IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA - INCABÍVEL - CONDENAÇÃO DA FAZENDA ESTADUAL AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS À DEFENSORIA PÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE - CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (grifei) (AC n. 2008.008945-7, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, Julgado em 3.6.08 DJMS, de 23.6.08, n.1754).

Ocorre que o eventual pagamento da multa fixada acabará por ser suportado pelo Poder Público, ou seja, pelo erário, que, em última análise, nada mais é do que o próprio contribuinte. Ora, não é aceitável que se onere mais ainda a coletividade, fazendo-a arcar, mesmo que de forma indireta, com mais este ônus, decorrente de descumprimento de ordem judicial por autoridade responsável por sua execução.

De fato, encontram-se presentes no ordenamento jurídico pátrio outros meios de coerção da autoridade administrativa que porventura persistir na desobediência da decisão judicial em questão.

Sendo assim, mostra-se desarrazoada a cominação de multa.

No mais, é cediço que o artigo 196 da Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Com efeito, a Lei Maior, quando se refere ao Estado, aponta para o ente estatal no seu sentido lato, ou seja, o Poder Público em geral. Portanto, para fins de direito, não é possível fazer-se distinção se determinada prestação de assistência à saúde é de responsabilidade da União, do Estado-membro ou do Município.

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi idealizado para ser um conjunto de ações a serem desenvolvidas na área da saúde por órgãos e instituições públicas tanto federais, quanto estaduais e municipais, envolvendo as administrações direta e indireta e também as fundações mantidas pelo Poder Público, nos termos do disposto no art. 4º da Lei n. 8.080/90, cujas funções encontram-se enumeradas no art. 200 da Constituição Federal<sup>1</sup>.

Observa-se, assim, que o Sistema Único de Saúde é composto por todos os entes federados (Município, Distrito Federal, Estado-membro e União), tendo por objetivo o atendimento integral à saúde, seja de forma individualizada ou coletiva. Inegável, portanto, a solidariedade entre a União e os demais entes políticos naquilo que se refere à prestação de serviços e ações de saúde. Por tais razões, e por ser o dever de prestar assistência à saúde expressão que decorre do próprio texto constitucional, o ora recorrido não está obrigado a demandar contra todos os entes da Federação, pois a responsabilidade, no caso, é solidária e subsidiária.

Pode, por conseguinte, a ação ser ajuizada em face de todos eles, de alguns ou de apenas um dos entes políticos, hipóteses estas duas últimas em que poderão as partes-requeridas voltar-se regressivamente contra aqueles que não fizeram parte do feito. Por essa razão, não há falar em incompetência do Estado e, por consequência, em formação de litisconsórcio necessário com a União para o fornecimento das fraldas geriátricas pleiteadas.

1 Art. 200 - Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.



A Constituição Federal de 1988, com acerto, erigiu a saúde como um direito de todos e dever do Estado. E mais: dispôs em seu artigo 198, expressamente, que o Sistema Único de Saúde é composto pelos três entes federativos.

Simple portaria, portanto, ao contrário do que alega o apelante, não tem o condão de restringir – e muito menos pode pretender tanto – o alcance das normas constitucionais mencionadas, sob pena de afrontar direito constitucionalmente garantido.

Este, aliás, é o entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. HEPATITE C. RESTRIÇÃO. PORTARIA/MS N.º 863/02.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não “qualquer tratamento”, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

2. O medicamento reclamado pela impetrante nesta sede recursal não objetiva permitir-lhe, apenas, uma maior comodidade em seu tratamento. O laudo médico, colacionado aos autos, sinaliza para uma resposta curativa e terapêutica “comprovadamente mais eficaz”, além de propiciar ao paciente uma redução dos efeitos colaterais. A substituição do medicamento anteriormente utilizado não representa mero capricho da impetrante, mas se apresenta como condição de sobrevivência diante da ineficácia da terapêutica tradicional.

3. Assim sendo, uma simples restrição contida em norma de inferior hierarquia (Portaria/MS n. 863/02) não pode fazer tábula rasa do direito constitucional à saúde e à vida, especialmente, diante da prova concreta trazida aos autos pela impetrante e à mingua de qualquer comprovação por parte do recorrido que venha a ilidir os fundamentos lançados no único laudo médico anexado aos autos.

4. As normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte do cidadão carente, em especial, quando comprovado que a medicação anteriormente aplicada não surte o efeito desejado, apresentando o paciente agravamento em seu quadro clínico.

5. Recurso provido (RMS n. 17.903/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 20.9.04, p. 215).

Em julgamento recente, tive também a oportunidade de emendar decisão nesse mesmo sentido:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - SENTENÇA MANTIDA - CONDENAÇÃO DA FAZENDA ESTADUAL AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS À DEFENSORIA PÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE - CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A Constituição estabelece como dever do Estado o cumprimento do disposto em seu art. 196, razão pela qual o ente estatal pode ser compelido a fornecer os medicamentos necessários ao tratamento de saúde do carente.

A Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a fazenda em causa patrocinada por Defensor Público.

Aplicação do art. 381 do Código Civil, no sentido de que há confusão entre a pessoa do credor e a do devedor, visto que a Fazenda Pública não poderá ser reconhecida como obrigada para consigo mesma.

Recurso conhecido e parcialmente provido. (AC n. 2008.010055-5, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, Julgado em 20.5.08, Publicado em 4.6.08. DJ n.1742)

Assim, estando estabelecida a premissa de que o Estado-membro tem o dever de fornecer os meios necessários para a realização de tratamento estipulado pela própria Constituição Federal, não há razão para se alegar que o cumprimento de tais obrigações compromete a ordem econômica e orçamentária.

Ademais, inadmissível a alegação de que o cumprimento de obrigação, como se viu, expressamente consignada no texto constitucional, afronte a teoria da reserva do possível, pois trata-se aqui de mera proteção ao padrão mínimo de vida do indivíduo. Não há cogitar, outrossim, de sobrecarga orçamentária, sobretudo em face da necessidade de proteção a bem jurídico muito mais relevante, qual seja, a dignidade da pessoa humana, erigida a princípio fundamental da Carta de 1988 (art. 1º, III da CF).

Despicienda, portanto, a sustentação de que tais direitos encontram-se hospedados em normas de eficácia limitada, mormente sob a deficiente fundamentação de que se deve ater à observância de prévia dotação orçamentária.

Portanto, se o Estado não está cumprindo com seu dever de adotar políticas públicas que viabilizem o acesso igualitário e universal aos serviços e medicamentos necessários para a manutenção da saúde, cabe ao Poder Judiciário a tarefa de lhe impor a obrigação de prestar tal assistência sempre que a parte interessada lhe provocar para tanto.

Cumpra anotar que, no caso presente, o documento de f. 11 comprova que o apelado, de fato, é portador de epilepsia e necessita, portanto, do tratamento requerido.

A despeito do que afirma o apelante, não há falar em reforma da sentença que condenou solidariamente o Município de Aquidauana e o Estado de Mato Grosso do Sul a fornecer ao apelado as fraldas geriátricas pleiteadas na exordial.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul tão-somente para excluir a imposição de multa e, em reexame necessário, retifico a sentença no que se refere à aplicação de multa diária.

## 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. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Josué de Oliveira e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 25 de novembro de 2008.

\*\*\*

**Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2005.008597-9/0001-00 – Naviraí**  
**Quinta Turma Cível**  
**Relator Des. Sideni Soncini Pimentel**

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – JORNAL QUE VEICULA O TELEFONE DA AUTORA EM ANÚNCIO DE CONOTAÇÃO SEXUAL – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – DANO PRESUMIDO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – FIXAÇÃO RAZOÁVEL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Ainda que a publicação do número do telefone da agravada tenha sido realizada a pedido de terceiro, não está isento de responsabilidade o agravante. A jurisprudência é uníssona no sentido de que os meios de comunicação são responsáveis pelas informações prestadas por meio de seus veículos, seja falado, escrito ou televisionado, ainda que solidariamente, sem prejuízo da ação regressiva competente em face do autor do anúncio ou matéria paga veiculada. O dano em razão da gravidade do fato é presumido. O valor da indenização arbitrado em R\$ 10.000,00, levando em consideração as circunstâncias e as características das partes, não se apresenta excessivo e deve ser mantido. Se o termo inicial para incidência de juros e correção não foi objeto do recurso de apelação, nem da decisão agravada, ausente o interesse recursal quanto a esse ponto.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de novembro de 2008.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Correio do Estado S.A., inconformado com a decisão monocrática que manteve a sentença que julgou procedente o pedido inicial apresentado nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais, que lhe foi ajuizada por Giovana Silvério, e o condenou ao pagamento de R\$ 10.000,00, a título de danos morais sofridos em consequência da publicação indevida do número do seu celular em anúncio de conotação sexual, no seu caderno de classificados, ingressou com agravo regimental, aduzindo que a sentença merece reforma porque restou comprovado nos autos que não agiu com dolo; que a responsabilidade civil, em virtude da liberdade de imprensa, se efetiva apenas quando houver excesso pelo abuso de direito; que agiu com as cautelas necessárias para minimizar os riscos; que houve fato de terceiro, sendo este o efetivo anunciante; que não existe prova do dano sofrido e que o valor fixado a título de danos morais fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser reduzido, inclusive com modificação quanto ao termo inicial da incidência de correção e juros de mora, que deve ser a data do julgamento. Pugnou pelo recebimento e reconsideração da decisão e, se mantida, pela remessa ao órgão colegiado, a fim de que seja dado provimento ao recurso, afastando a responsabilidade civil, ou reduzindo o valor da condenação, com incidência de juros e correção a partir da sentença.

**VOTO**

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

O Correio do Estado S.A. ingressou com o presente agravo regimental, aduzindo que a decisão monocrática deve ser reformada, uma vez que provou que não agiu com dolo e que a culpa é de terceiro; que não existem provas dos danos morais e que, se mantida a condenação, o valor da indenização deve ser reduzido, pois a importância fixada é excessiva, sendo que a incidência dos juros e correção deve contar apenas a partir da sentença.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

Vistos, Jornal Correio do Estado S/A - Radiojornal Empresa Jornalística Matogrossense - interpõe recurso de apelação contra a sentença que julgou procedente o pedido inicial apresentado nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que lhe foi ajuizada por Giovana Silvério, e o condenou ao pagamento de R\$ 10.000,00, a título de danos morais sofridos em consequência da publicação indevida do número do seu celular em anúncio de conotação sexual, no seu caderno de classificados. Aduz o apelante que apenas divulgou a publicidade contratada por terceiro, nada tendo de responsabilidade objetiva, mas sim subjetiva; que resta indubitável sua ilegitimidade passiva para figurar no pólo passivo, sendo aplicável a teoria do fato de terceiro. Sustenta, também, que o juiz da causa estabeleceu valor exacerbado a título de danos morais e que referidos danos não foram comprovados nos autos. Ao final, requer o provimento do apelo para que a ação seja julgada improcedente, invertendo-se o ônus da sucumbência, tendo em vista não ser o apelante o responsável pelo dano causado. Em contra-razões, a apelada pugna pelo improvimento do recurso. É o relatório. Decido. Trata-se de recurso de apelação interposto por Jornal Correio do Estado S/A - Radiojornal Empresa Jornalística Matogrossense - contra sentença que julgou procedente o pedido de Giovana Silvério de indenização por danos morais em razão da indevida publicação de seu número de celular em anúncio de conotação sexual na seção de classificados. Em sua sentença o juiz da causa reconheceu a responsabilidade da apelante pela confecção de seus anúncios, porque exerce atividade econômica de natureza lucrativa, tendo o dever de diligenciar a fim de se certificar da veracidade ou não das informações prestadas por seus clientes. Considerou o dano moral presumido e fixou a indenização em R\$ 10.000,00, principalmente em razão do seu caráter sancionador. Pois bem. A meu ver, a sentença deve ser mantida. É que realmente o Jornal tem o dever de zelar pelo conteúdo das informações que publica. A respeito do tema, pertinente a lição de Enéas Costa Garcia<sup>1</sup>: “O jornal deve ter a cautela de guardar a identidade daquele que realiza a publicação, bem como ressaltar que se trata de matéria paga. De certo modo, também incumbe ao meio de comunicação a fiscalização do teor da publicação, devendo recusar a matéria que possa acarretar danos ao direito alheio”. O mesmo autor esclarece que a responsabilidade é solidária, ainda que ocorra fato de terceiro: “O reconhecimento do fato de terceiro pressupõe alguns requisitos. Inicialmente é preciso que o fato do terceiro tenha relevância causal. O fato de terceiro deve ser a causa do resultado. Sendo a causa única haverá isenção de responsabilidade do demandado. Havendo concorrência de causas surgirá a responsabilidade solidária entre o demandado e o terceiro”. Assim, ainda que a publicação do número do telefone da apelada tenha sido realizada a pedido de terceiro, não está isento de responsabilidade o apelante. A jurisprudência é uníssona no sentido de que os meios de comunicação são responsáveis pelas informações prestadas através de seus veículos, seja falado, escrito ou televisionado, ainda que solidariamente, sem prejuízo da ação regressiva competente em face do autor do anúncio ou matéria paga vinculada. Desse modo, deve ser afastada as alegações do apelante de ilegitimidade passiva e de excludente de culpa por fato de terceiro. Sobre esta questão há, inclusive, súmula do Superior Tribunal de Justiça: “Súmula n. 221 - São

<sup>1</sup> **Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação.** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 422 e 429.

civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”. Confira o teor dos recentes julgados deste Tribunal de Justiça em casos semelhantes: “E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – JORNAL QUE VEICULA O TELEFONE DA AUTORA EM UM ANÚNCIO DE CASA DE MASSAGEM – DANO CARACTERIZADO – EXCESSO NO ARBITRAMENTO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – NÃO-OCORRÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO. [...]”. (AC n. 2002.011465-0/0000-00, Primeira Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto, Julgado em 04.11.03) destaquei. “E M E N T A – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EMPRESA DE RADIODIFUSÃO – SITE PARA OUVINTES MANDAREM RECADOS – RESPONSABILIDADE PELO QUE É VEICULADO – RECADO DIFAMATÓRIO – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – QUANTUM INDENIZATÓRIO – MAJORAÇÃO – POSSIBILIDADE – RECURSO DA EMPRESA-RÉ NÃO PROVIDO E RECURSO DA AUTORA PROVIDO. Tratando-se o ofensor de empresa de radiodifusão prestadora de serviços, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Demonstrado que a empresa de radiodifusão, se beneficia, ainda que indiretamente, do serviço prestado em seu site na internet para atrair ouvintes à sua rádio, tem responsabilidade objetiva pelo que for publicado no seu “mural virtual”, devendo responder pelo danos causados às pessoas, ainda que não comprovada a sua culpa. Se restar demonstrado que o recado veiculado no site da empresa de radiodifusão ofendeu a honra da pessoa citada na mensagem, cabível a indenização a título de danos morais. O quantum indenizatório a título de danos morais deverá ser fixado, obedecendo aos critérios da compensação à vítima pela dor sofrida e da punição ao causador do dano, a fim de desestimulá-lo a reincidir na prática do ato”. (AC n. 2007.021825-1/0000-00, Naviraí, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Julgado em 17.12.07) destaquei. “E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C DANOS MATERIAIS – VEICULAÇÃO DE ANÚNCIO CLASSIFICADO DE CUNHO SEXUAL COM O NÚMERO DE CELULAR DA AUTORA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADAS – DANOS MORAIS – CONFIGURAÇÃO – REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA ESTIPULADA – ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – JUROS DE MORA A CONTAR DA SENTENÇA – ILÍCITO PENAL – INCOMPETÊNCIA PARA APRECIACÃO DA QUESTÃO – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] A veiculação em “caderno de classificados” de anúncio de oferta de favores sexuais, com o número do celular da autora é de responsabilidade solidária da empresa jornalística, que vislumbra a obtenção de lucros com a publicação. São extremes de dúvidas o constrangimento e a ofensa moral que suporta aquele que teve seu número de celular erroneamente veiculado em anúncio que oferece serviços sexuais. Tal situação interfere na esfera anímica do ofendido, causando-lhe graves transtornos morais e configura atitude negligente da empresa jornalística. [...]”. (AC n. 2006.002507-9/0000-00, Dourados, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan, Julgado em 22.8.06) destaquei. Deste modo, amparado na remansosa jurisprudência e doutrina especializada, verifico presentes a conduta antijurídica e o nexo causal necessários à imputação da responsabilidade civil ao apelante. Fixado esse entendimento, me reporto à análise da alegação de falta de prova dos danos sofridos. No que concerne aos danos morais, tenho que estes restaram demonstrados, porquanto, a meu ver, é evidente que a divulgação do número de celular da apelada em anúncio de prostituição lhe causou injusta lesão à honra, sendo devida a indenização por dano moral, bastando para a sua reparação a demonstração da lesão e do nexo causal com o fato que a ocasionou, não se cogitando da prova concreta do dano, como pretende o apelante. A respeito disso, o novo Código Civil, quando trata do dano moral, prescreve no artigo 186 que comete ato ilícito aquele que, “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”. E a propósito do tema discutido, trago a colação os seguintes julgados: “A indenização por dano moral independe de qualquer



vinculação com o prejuízo patrimonial, por estar diretamente relacionada com valores eminentemente espirituais e morais, bastando a demonstração da lesão e do nexo causal com o fato que a ocasionou”<sup>2</sup>. Ainda o já citado julgado: “[...] São extremes de dúvidas o constrangimento e a ofensa moral que suporta aquele que teve seu número de celular erroneamente veiculado em anúncio que oferece serviços sexuais. Tal situação interfere na esfera anímica do ofendido, causando-lhe graves transtornos morais e configura atitude negligente da empresa jornalística. [...]”. (AC n. 2006.002507-9/0000-00, Dourados, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan, Julgado em 22.8.06). De modo que, constatada a prática de ato ilícito por parte do apelante, uma vez que, por falta de cautela, por negligência, ou seja, com culpa, violou direito e causou dano à apelada – permitindo a divulgação de seu número de celular em seção de anúncios de conteúdo sexual – a condenação à devida reparação é medida que se impõe, como forma de compensar a apelada e, de modo reflexo, punir o apelante. Ao mesmo tempo em que serve de lenitivo, atua como sanção do lesante como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem. Impende destacar que é direito assegurado constitucionalmente indenização ao dano moral (artigo 5º, inciso V, da CF). E nesse diapasão o insigne Rui Stoco, reportando-se a Agostinho Alvim e Carlos Roberto Gonçalves, consagra: “Portanto, ‘indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o ‘status quo ante’, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária”<sup>3</sup>, corroborando a assertiva com o seguinte julgado:”Após a CF/88 a noção do dano moral não mais se restringe ao ‘pretium doloris’, abrangendo também qualquer ataque ao nome ou imagem da pessoa, física ou jurídica, com vistas a resguardar a sua credibilidade e respeitabilidade”<sup>4</sup>. Assim, irretocável a sentença quanto à existência do dano moral, daí que passo à análise do valor fixado pelo juiz da causa, cuja redução pretende o apelante. Primeiramente, importa deixar claro que a indenização por dano moral, para a vítima, não leva a um ressarcimento, mas a uma compensação. Já para o causador do dano, representa uma forma de punição suficiente para inibir a sua reincidência. Segundo os ensinamentos de Caio Mário, “Responsabilidade Civil”. 8ª edição. Editora Forense, 1997, p.97: “quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido”. Para tanto, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as conseqüências do ato. Além disso, na quantificação da reparação do dano moral, há 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*”, considerando tais elementos, tendo em vista ausência de cautela do apelante quando disponibiliza seção “Relax e Cia” para anúncios de prostituição e permite a publicação sem diligenciar a veracidade das informações, podendo vir a causar lesão a terceiros de boa-fé, no caso a apelada, a qual teve seu telefone indevidamente publicado na referida seção, recebendo inapropriadas ligações, sobretudo, com ressalvou o juiz da causa, na fase de sua vida em que estava com a sensibilidade aflorada pela gravidez, causando-lhe, assim, transtornos e abalos psíquicos desnecessários, tenho que os R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme estipulado na sentença, constituem “quantum” capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que o apelado torne-se reincidente, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Destarte, conclui-se que o recurso é manifestamente improcedente, dando azo ao seu julgamento singular, forte no artigo 557, “*caput*”, do Código de Processo Civil. Posto isso, amparado nos fundamentos expostos, nego seguimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença recorrida em todos seus termos e efeitos. Intimem-se.

2 Apelação Cível n. 2002.004616-7 - Coxim; Apelação Cível n. 2001.003300-6 - Dourados e Apelação Cível n. 2001.004873-9 - Três Lagoas, Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.

3 STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência, 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 653.

4 TJRJ, 2ª C. – Ap. – Rel. Sérgio Cavalieri Filho, julgado em 8.11.94 – RT 725/336.

Por força do presente regimental, revisei a matéria e estou convencido de que a decisão atacada não merece reparos.

Com efeito, embora exista nos autos a demonstração de que a agravante não agiu com dolo e que houve fato de terceiro, não está isenta de responsabilidade, pois em razão da natureza de sua atividade, especialmente do tipo de publicação em questão, a responsabilidade é objetiva e solidária. O dano moral pela gravidade do fato é presumido e sua indenização não se apresenta desarrazoada.

Importante ressaltar que os critérios de incidência de correção e juros não foram objeto do recurso de apelação, nem foram apreciados na decisão monocrática ora agravada, razão pela qual nesse ponto falta ao agravante interesse recursal.

Ademais, como se vê, o ora agravante não apresentou razões novas que pudessem alterar a decisão monocrática, senão aquelas já expostas em sua apelação, daí que também me reporto aos mesmos fundamentos da decisão agravada.

Feitas essas considerações, conheço em parte do presente recurso regimental e, na parte conhecida, nego-lhe provimento, mantendo na íntegra 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. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Dorival Renato Pavan e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 27 de novembro de 2008.

\*\*\*



**Apelação Cível n. 2006.021397-3 - Campo Grande****Quinta Turma Cível****Relator Des. Sideni Soncini Pimentel**

**E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA – NATUREZA ESTÉTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – CULPA DO CIRURGIÃO PRESUMIDA – PLANO DE SAÚDE – PROCEDIMENTO ESTÉTICO NÃO AUTORIZADO – RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO INEXISTENTE – MÉDICO NÃO ESPECIALISTA – DESÍDIA NA INDICAÇÃO – RESPONSABILIDADE – DANOS ESTÉTICOS E DANO MORAL – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – FUNDAMENTOS DISTINTOS – JULGAMENTO ULTRA PETITA – NULIDADE DO EXCEDENTE.**

A cirurgia plástica com fim exclusivo ou preponderantemente estético é obrigação de resultado, presumindo-se a culpa do cirurgião, a quem incumbe provar sua inocência ou causa exonerativa.

Se a empresa de plano de saúde não autorizou o procedimento médico realizado, não pode ser responsabilizada pelos danos causados pelo médico, máxime se não é locadora direta dos serviços médico-hospitalares prestados à paciente, não havendo relação de preposição a ensejar sua responsabilização. Todavia, se credencia médico sem os necessários cuidados quanto às qualificações indicadas, responde pelos danos causados ao usuário do plano.

Admite-se a cumulação do dano moral com o dano estético, ainda que derivados do mesmo fato, quando passíveis de apuração em separado, com fundamentos distintos.

Se o julgamento é ultra petita, ultrapassando o pedido feito na inicial, deve ser decotada a parte julgada a mais, de forma a adequar a sentença aos limites do pedido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento parcial aos recursos da Unimed e de Alberto Jorge Rondon de Oliveira e negar provimento ao recurso adesivo, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de janeiro de 2009.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Unimed - Campo Grande Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - e Alberto Jorge Rondon de Oliveira apelam da sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Dano Moral e Estético proposta por América Marques Farias, que os condenou solidariamente a pagar à apelada o valor de R\$ 30.000,00, por danos morais, e de R\$ 30.000,00 por danos estéticos.

A apelada ingressou com a ação, afirmando que em janeiro de 1990 se submetera a uma cirurgia para retirar tumores dos seios. O procedimento fora realizado pelo apelante Alberto Jorge Rondon de Oliveira, médico credenciado pela apelante Unimed como cirurgião plástico. Em razão da cirurgia, apresentara inflamação e cicatrizes, com seqüela na musculatura dos membros superiores, perda de força nas mãos e fortes dores. Por causa das cicatrizes, o marido deixou-lhe, pois seu marido achava difícil o relacionamento íntimo.

A sentença reconheceu a responsabilidade dos apelantes, consignando que a prestadora de serviços de plano de saúde é responsável pelos danos decorrentes dos atos praticados pelos médicos que credencia. Entendeu que as alegações da autora estão em consonância com as provas dos autos, permitindo concluir que a cirurgia realizada pelo apelante Rondon, não obstante a extração de nódulos mamários, teve natureza estética. Assim, consignou que o apelante Rondon assumira obrigação de resultado, e não de meio, e as fotografias de f. 19-21 demonstram um evidente dano estético causado à paciente. Acrescentou que o laudo pericial não foi de grande utilidade, por não avaliar a conduta profissional do médico, nem do convênio, e frisou serem públicas e notórias “as barbaridades cometidas pelo réu com suas pacientes”. Concluiu que competia ao apelante Rondon ter provado que não agira com culpa, tendo procedido com o cuidado e as cautelas necessárias ao melhor proveito da cirurgia. Na cirurgia plástica, é dever do cirurgião manter o paciente informado dos riscos da intervenção cirúrgica e das possibilidades de sucesso ou fracasso dela, o que não foi feito. A intenção da autora, quando procurou os réus, foi retirar os nódulos e, conseqüentemente, se embelezar, visto ter justamente procurado, entre os médicos credenciados pela apelante Unimed, um cirurgião plástico. Todavia, da cirurgia foi mal-sucedida, dela resultando seqüelas físicas na apelada, além de constrangimento, dor, sofrimento e aborrecimento.

Por tais fundamentos, julgou procedente o pedido referente aos danos morais e ao dano estético, condenando os apelantes a indenizar a apelada em R\$ 30.000,00 por danos morais e R\$ 30.000,00 por dano estético.

Ambos recorreram.

A Unimed, às f. 415-423, aduz que a sentença não atentou ao fato de o procedimento realizado não ter observado a prescrição clínica, a qual se referia exclusivamente à extirpação dos nódulos que a apelada possuía nos seios. Esclarece que o contrato de prestação de serviços firmado com a apelada não cobria a realização de procedimentos cirúrgicos destinados à finalidade exclusivamente estética, sendo que os documentos dos autos comprovam ter sido realizado o procedimento de cirurgia plástica terapêutica (mamoplastia). Contudo, se foi realizado procedimento meramente estético, tal procedimento realizou-se à margem do contrato. Além disso, segundo o laudo pericial, a maior responsável pelo aparecimento do defeito cicatricial na apelada é sua própria propensão orgânica ao desenvolvimento de quelóides. No mais, houve um verdadeiro *bis in idem* na fixação da indenização, pois o dano moral e o estético são o mesmo dano. Assim, pugna pelo provimento do apelo e requer sejam considerados prequestionados todos os dispositivos legais mencionados em suas razões.

Em contra-razões, a apelada sustenta que a sentença não merece nenhuma reforma, pois os fatos foram suficientemente comprovados pela documentação constante dos autos. Esclarece ter optado por um cirurgião plástico justamente pela maior certeza de a cirurgia ser um sucesso. Afirmar que sua dor moral está evidenciada pelas fotografias de f. 19-21 e 259-262, tendo, ademais, sofrido separação do marido, vergonha, angústia, dor, sendo que ficou com deformidade permanente, impossibilitada de levantar o braço, sem sensibilidade nos seios, não conseguindo amamentar o filho. Assevera que o dano estético está à vista de todos e é bastante distinto do dano moral. Salienta não ter procurado o réu Alberto Jorge Rondon para submeter-se a um procedimento estético, mas para ter retirados nódulos dos seios; nada obstante, o médico realizou cirurgia estética, sem as cautelas e cuidados necessários. Afirmar serem públicos e notórios os danos causados pelo médico Rondon a suas pacientes, como afirmado na sentença, razão pela qual requer seja negado provimento ao apelo da Unimed.

Alberto Jorge Rondon de Oliveira apresentou suas razões às f. 462-479, pelas quais alega, preliminarmente, julgamento ultra petita, já que o pedido referente ao dano estético foi de R\$ 10.000,00, e a condenação consistiu no pagamento de R\$ 30.000,00 a este título. Por isso, sustenta a nulidade da sentença, no que se refere ao dano estético. No mérito, afirma não existir dever de indenizar, já que foram tomadas todas as providências necessárias ao bom resultado da cirurgia, que – assevera – não foi estética, mas reparadora, até porque a cirurgia estética não é nem sequer autorizada pela Unimed.

Nesses termos, afirma que a obrigação era de meio, e não de resultado, exigindo-se do médico apenas a realização de técnicas aprovadas e reconhecidas, e não o sucesso do procedimento ou a cura total da moléstia.

Alega ter sido comprovada a utilização da técnica mais recomendada, com a retirada dos nódulos mamários da apelada. Logo, foi correto o procedimento cirúrgico realizado, e seu objetivo alcançado.

Alega, ainda, que a apelada abandonou o tratamento, fato que o exime de culpa e conseqüente dever de reparação.

Por outro lado, o surgimento dos quelóides na apelada deve-se à sua própria propensão orgânica, como afirmado na perícia.

Observa que, segundo o laudo pericial, é impossível, por imperícia médica, ocorrer as seqüelas verificadas na apelada, além de que o resultado da cirurgia era imprevisível, daí a flagrante excludente de culpabilidade.

Assim, os documentos dos autos não permitem imputar-lhe responsabilidade pelo ocorrido. Quanto aos danos moral e estético, não são cumuláveis; nesse sentido, como a apelada se queixa das cicatrizes decorrentes da cirurgia, o dano a que se refere é o estético, e não o moral, e a indenização reclamada é de apenas R\$ 10.000,00.

Afirma que a apelada não possui grandes recursos financeiros e, além disso, não demonstrou nenhuma alteração de humor, quando da realização da perícia; por isso, o valor da condenação, fixado em R\$ 30.000,00, para cada dano, é exagerado, consistindo em enriquecimento sem causa.

Acrescenta, ainda, que a apelada teve eventuais danos estéticos reparados por cirurgia plástica gratuitamente realizada por médicos de outro Estado, de modo que as cicatrizes não são ordinariamente visíveis, além de que a diminuição dos movimentos não foi comprovada.

Pugna, assim, pela anulação da sentença, no que tange aos danos estéticos, por falta de congruência com o pedido, pelo reconhecimento da inexistência do dever de indenizar e, sucessivamente, pelo reconhecimento da impossibilidade de cumulação do dano estético com o moral, ou, em última hipótese, pela redução do valor da indenização.

Por fim, requer sejam enfrentados todos os dispositivos de lei mencionados, para fins de prequestionamento.

À apelação do médico, não foram apresentadas contra-razões, conforme certidão a f. 518.

A autora interpôs apelação adesiva (f. 449-457), por meio da qual alega, em suma, que o Juízo *a quo* arbitrou um valor ínfimo para a indenização, sem considerar sua deformidade permanente, a incapacidade de movimentar o braço, a presença de quelóides e a perda da sensibilidade dos seios, o que comprometeu sua capacidade de produção de leite. Assim, requer seja modificado o valor da indenização, com a condenação solidária dos apelados ao ressarcimento dos danos causados.

O apelado Rondon apresentou suas contra-razões às f. 497-507, repisando os argumentos expedidos em sua apelação, consistentes, em suma, no seguinte: a cirurgia teve finalidade terapêutica, e não reparadora; a responsabilidade do médico, nesses casos, é de meio, e não de resultado; as cicatrizes decorrem da própria constituição genética da apelante; não é possível que as alegadas seqüelas na musculatura decorram de imperícia médica; o valor da indenização não pode consistir em fonte de enriquecimento ilícito; o valor do dano estético fixado na sentença é superior ao valor pleiteado na inicial. Desse modo, requer seja negado provimento ao apelo.

Em suas contra-razões, a Unimed também reiterou os argumentos de sua apelação, aduzindo que a cirurgia consistiu em obrigação de meio, e não de resultado, e o procedimento estético não estava previsto no contrato de prestação de serviços celebrado pelas partes. Requer o improvimento da recurso-adesivo.

## VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

A controvérsia central, objeto dos recursos apresentados pelos réus, diz respeito à natureza do procedimento cirúrgico realizado pelo médico Alberto Jorge Rondon de Oliveira. Dessa questão, decorrem os seguintes desdobramentos: a determinação da natureza da obrigação assumida pelo médico (meio ou resultado?) e a responsabilidade da Unimed, dada a cobertura do contrato celebrado.

Como os recursos apresentados pelos réus se fundamentam praticamente nas mesmas razões fáticas e jurídicas, passo a analisá-los em conjunto, fazendo as ressalvas necessárias.

A leitura atenta dos autos e dos documentos que o instruem permite concluir que a cirurgia teve dois objetivos: o terapêutico e o estético. Não há dúvidas sobre esse fato, muito embora seja evidente e lamentável a falta de imparcialidade do perito nomeado pelo Juízo, como se depreende das respostas curtas e furtivas aos quesitos apresentados, com a justificativa de ausência de documentos para se concluir sobre a responsabilidade ou não do médico, e dos comentários que se lêem no laudo, bastante comprometedores da imparcialidade, como a afirmação, a f. 243, de não haver nos autos nenhuma prova de que o procedimento cirúrgico realizado pelo médico tenha sido autorizado pela Unimed. Tal observação, além de extrapolar da competência do perito, acaba por comprometer a credibilidade do laudo que elaborou.

Por outro lado, essa preocupação do perito, com o propósito de ressaltar a responsabilidade da Unimed, deixa entrever que o procedimento realizado pelo médico também teve um cunho estético, pois a Unimed vinha se defendendo com a afirmação de que o contrato não cobria cirurgia plástica estética.

Aliás, no próprio laudo, a f. 241, consta o seguinte: “Refere que antes de operar, em 1991, sentia ‘caroço’ nos seios, que fora diagnosticado pelo ginecologista da Unimed. Escolheu o médico Alberto Jorge Rondon de Oliveira, para retirada dos nódulos e Cirurgia Plástica para redução das mamas”.

Mais adiante, consignou o perito, litteris: “Houve de fato uma Cirurgia Plástica das mamas, porém sem laudos ou fotografias pré-operatórias não se pode afirmar se a mesma foi em caráter estético ou reparador” (f. 234, grifo nosso).

Do exposto, é possível concluir que, além de se submeter a uma cirurgia para a retirar os nódulos dos seios, a apelada submeteu-se a uma cirurgia plástica de redução das mamas, muito embora este fato não tenha sido expressamente afirmado, em suas participações nos autos. A propósito, tendo sido reconhecida pelo ginecologista a necessidade de retirar os nódulos, é curioso o fato de a apelada ter procurado um cirurgião plástico para realizar a cirurgia, quando o correto teria sido procurar, por exemplo, um mastologista.

Não se deve levar em consideração a afirmação do perito, no sentido de que, pela falta de documentos, não lhe foi possível afirmar se o procedimento foi reparador ou estético. É difícil compreender o que pretendeu afirmar com “caráter reparador” da cirurgia plástica das mamas, pois é duvidoso que, a examinar a apelada, não lhe fosse possível constatar a finalidade da plástica realizada. Parece-me que, se esse tipo de perícia dependesse da análise de documentos, então o expert perderia sua utilidade de auxiliar o Juízo a esclarecer a verdade.

Se o médico realizou cirurgia reparadora, ele pretendia reparar o quê?

A cirurgia plástica reparadora, segundo a doutrina especializada, “tem por fim reparar verdadeiras enfermidades, congênicas ou adquiridas”<sup>1</sup>, ou reparar deformidades causadas, por exemplo, por acidentes, queimaduras, situações nas quais se dessume, pela lesão em si, a necessidade da intervenção médica. E não está entre elas a hipótese dos autos.

Neste passo, insta observar que a defesa apresentada pelo médico consiste no seguinte: a cirurgia realizada foi reparadora, tratando-se, portanto, de obrigação de meio, e não de resultado. Ora, se, como afirma, foi reparadora, é certo que o médico chamou a si, independentemente do tipo de obrigação que sustenta ter assumido, o ônus de esclarecer e comprovar o que é que pretendeu reparar, evidenciando a necessidade de sua intervenção, a fim de justificar que a obrigação era mesmo de meio.

Um fato é certo: ele realizou cirurgia plástica. Nesse norte, dado o propósito da intervenção – extrair nódulos dos seios – se as cicatrizes decorrentes da extração, as chamadas lesões iatrogênicas, que são as seqüelas normais e esperadas do procedimento realizado (AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 355 e ss.), por acaso demandassem uma correção por cirurgia plástica, é certo que o resultado final da cirurgia reparatória não poderia ser pior que as seqüelas naturais do ato cirúrgico de extração dos nódulos. Se o médico afirma que a cirurgia foi reparatória, então as deformidades decorrentes de sua intervenção deixam evidente que agiu com imperícia, pois nada foi reparado; ao revés, as seqüelas na paciente foram indiscutivelmente agravadas.

Observo que, se, por um lado, não é sensato exigir do médico a cura do paciente, mas o emprego de todos os meios indispensáveis à sua obtenção – daí a razão de ser da obrigação de meios –, por outro, é sensato exigir do cirurgião plástico um resultado ao menos próximo daquele que justificou a realização da cirurgia plástica. E, na hipótese dos autos, não se admite falar em obrigação de meios, pois a cirurgia plástica não era indispensável, não tinha caráter terapêutico (evidenciado pela necessidade e pela não-exigência de um resultado prometido, entendido como a satisfação da obrigação), e o apelante, por se apresentar como especialista em cirurgia plástica, assumiu a obrigação de resultado, no sentido de que a cirurgia de extração, relativamente às cicatrizes deixadas nos seios da apelada, fosse mais satisfatória que a realizada por um médico de outra especialidade, como um cirurgião geral, ou um mastologista. O resultado, porém, foi justamente o contrário do pretendido, e não se pode olvidar, como lembra Aguiar Dias, da existência, no contrato de serviços médicos, de uma cláusula de incolumidade, que “não alcança, decerto, domínio tão amplo quanto o da obrigação do transportador, mas envolve, a obrigação geral de prudência e diligência”<sup>2</sup>.

O risco a correr deve ser sempre menor que a vantagem procurada, sendo dever do médico prevenir o paciente de todos os riscos previsíveis, ainda que só se realizem excepcionalmente<sup>3</sup>. Ademais, sustentar que o resultado da obrigação foi alcançado, uma vez que os nódulos foram retirados dos seios da apelada, é, tendo em vista os danos decorrentes da intervenção, revelar a mais completa indiferença e falta de sensibilidade, respeito e responsabilidade em face do mister que desempenha.

1 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003, p. 169.

2 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 331.

3 KFOURI NETO, Miguel, ob. cit., p. 169.

Sem embargo, a leitura atenta dos autos permite concluir que, necessitando submeter-se a uma cirurgia para a extração de nódulos dos seios, a apelada aproveitou a oportunidade para também se submeter a uma mamoplastia de redução. Entre os médicos credenciados pela Unimed, procurou justamente por um cirurgião plástico, e escolheu o apelante Alberto Jorge Rondon de Oliveira, que realizou a cirurgia, retirou os nódulos e, no mesmo procedimento, realizou cirurgia plástica de redução das mamas, tudo a partir do plano de saúde da Unimed.

Não há dúvidas a respeito disso, muito embora a própria apelada não tenha sido clara o suficiente, o que se compreende, ante o fato de que o procedimento estético não tinha cobertura por seu plano de saúde.

Assim, andou bem o magistrado prolator da sentença, ao afirmar que, não obstante a finalidade terapêutica do procedimento realizado, “a intenção da autora, quando procurou os réus, era retirar os nódulos e, conseqüentemente se embelezar, visto que procurou um cirurgião plástico entre os credenciados da Unimed” (f. 403).

Conclui-se, destarte, que o médico Rondon claramente assumiu obrigação de resultado, e a conseqüência disso é a inversão do ônus da prova em benefício da apelada, competindo ao médico afastar a presunção de que o resultado colimado pelo contrato decorreu de sua atuação inadequada ou culposa. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

No procedimento cirúrgico estético, em que o médico lida com paciente saudável que apenas deseja melhorar sua aparência física e, conseqüentemente, sentir-se psicologicamente melhor, estabelece-se uma obrigação de resultado que impõe ao profissional da medicina, em casos de insucesso da cirurgia plástica, presunção de culpa, competindo-lhe ilidi-la com a inversão do ônus da prova, de molde a livrá-lo da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente em razão do ato cirúrgico. (REsp n. 81.101, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 13.4.99.)

Não bastasse isso, a situação versada nos autos é daquelas que comporta a aplicação da teoria *res ipsa loquitur*, ou seja, ‘a coisa fala por si mesma’, já que, diante do resultado visivelmente desastroso da cirurgia realizada pelo médico Rondon, a péssima aparência da apelada, as dores, o comprometimento do movimento do braço, o fato de ter sido contemplada pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica com uma cirurgia, agora sim, reparadora – é manifesto que o resultado do procedimento realizado pelo médico Rondon foi muito pior que o mal que pretendia sanar pela alegada “cirurgia reparadora” (A respeito, KFOURI NETO, Miguel, ob. cit. p. 172).

A cirurgia reparadora justifica-se para remediar um dano maior; portanto, tem caráter de necessidade e propósito de atenuação. O resultado desastroso é evidente erro médico. Outro fato bastante sugestivo de que o médico realizou mamoplastia redutora na apelada está no segundo quesito por ele mesmo apresentado ao perito, a f. 254, que consiste na seguinte pergunta: “Em pacientes portadoras de gigantomastia e obesas há necessidade de incisão de maior porte para se obter um bom resultado?”

A leitura do quesito revela que o médico parte do pressuposto de que a apelada era portadora de gigantomastia, ou seja, de mamas muito grandes, volumosas e que necessitassem, por isso mesmo, de cirurgia plástica redutora. No entanto, a finalidade terapêutica da cirurgia não era a redução das mamas da apelada, mas a extração de nódulos. Assim, não houve cirurgia plástica reparadora de mamas volumosas, pesadas, que, por exemplo, estivessem a causar sobrepeso na coluna da apelada, requerendo a intervenção médica. A cirurgia plástica teve finalidade estética.

Demais, como já afirmado e bem considerado pelo Juízo *a quo*, o laudo pericial, infelizmente, não cumpriu a finalidade que dele se esperava e, portanto, não tem o condão de afastar a responsabilidade do apelante Rondon, até pela flagrante falta de isenção e comprometimento do perito, fato que, de resto, não refoge ao dia-a-dia das ações de indenização por erro médico, como bem observa Miguel Kfoury Neto:



Evidentemente, há natural tendência dos médicos ao exame mais tolerante do ato culposo, atribuído a seu colega. [...]

Aí surgem as dificuldades mencionadas linhas atrás. Laudos inconclusivos, dúbios, tergiversantes, contendo meias-verdades, reveladores do receio de ‘condenar o colega’. Essa conduta mais prejudica que beneficia a classe médica, porquanto conduz à deformação oposta.<sup>4</sup>

No caso dos autos, o perito, ao mesmo tempo em que se deu por privado de avaliar a conduta médica do apelante Rondon, por falta de documentação médica (f. 253), não se sentiu incapacitado de afirmar que, em seu entender, “a propensão orgânica da autora à formação de quelóide é o maior responsável pelo aparecimento deste defeito cicatricial” (f. 253 e 254). É de se questionar o fundamento de tal afirmação, pois, ou estamos na seara da simples opinião pessoal, ou tal afirmação, em vez de eximir o médico de responsabilidade, evidencia a sua negligência.

A se considerar o fato de que os quelóides surgidos da cirurgia são decorrentes da propensão orgânica da própria apelada, como o perito julgou conveniente afirmar, pode-se concluir que umas pessoas são mais propensas que outras a desenvolver quelóides (propensão orgânica). Deixando de lado o fato de o perito não ter explicado o porquê dessa sua opinião, não se pode deixar de considerar que, em tal situação, seria dever do cirurgião plástico levar essa hipótese em consideração, advertindo a paciente de possível resultado tão expressivamente desagradável aos olhos.

Este fato faz-me lembrar a famosa história da modista francesa, registrada por Carvalho Santos, em seu Código Civil Brasileiro Interpretado, e narrada por Aguiar Dias, em sua obra clássica sobre responsabilidade civil (cit., p. 373 e ss.). A jovem, insatisfeita com as pernas, foi operada pelo Doutor Dujarrier, famoso cirurgião plástico daquele tempo. Realizada a cirurgia, a paciente começou a sentir fortes dores, que só passavam com injeções de morfina. Com o tempo, a perna operada infeccionou e começou a surgir gangrena, até que, três semanas depois, foi necessário amputá-la. Processado, uma das defesas apresentadas pelo cirurgião foi o fato de que a paciente possuía uma pele excessivamente rígida, o que teria sido responsável pela infecção. A sentença, contudo, condenou o cirurgião e, quanto ao argumento sobre a rigidez da pele da paciente, observou que este fato não escusaria o médico, que não se certificara previamente desse pormenor. A respeito, escreveu Aguiar Dias:

Ora, também nós condenaríamos o médico, se nos fosse dado julgar causa desse gênero. Não, porém, como sucedeu na espécie citada, para pronunciar a reprovação da cirurgia estética, mas porque da impressão da leitura resultou considerarmos provada a negligência do cirurgião, não verificando a natureza da pele, e permitindo que se manifestasse a gangrena.<sup>5</sup>

Diante disso, forte nos ensinamentos de Jean Penneau, o notável Aguiar Dias adverte que “ao cirurgião incumbe o dever de proporcionar uma informação clara e exata, mas limitada à evolução ou aos riscos normalmente previsíveis em função da comum experiência e dos dados estatísticos disponíveis”<sup>6</sup>. E continua, citando o jurista francês:

Em princípio, o cirurgião estético intervém não para restabelecer a saúde do paciente, mas para trazer-lhe um conforto, ou um reconforto estético. Intervém para corrigir um defeito que, fora da sua repercussão psíquica habitual, não põe absolutamente em causa a saúde da paciente. Daí resulta, bem evidentemente, de uma parte, que o cirurgião não pode

4 Culpa Médica e Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 69-70.

5 *Ob. cit.*, p. 377.

6 *Ob. cit.*, p. 380.



empregar senão uma terapêutica que, com rigorosa segurança, superará os inconvenientes da desgraça que pretende desfazer. De outra parte, mais estritamente no plano da informação, que ele deve prevenir o cliente de todos os riscos previsíveis, ainda que não se realizem senão excepcionalmente.<sup>7</sup> (grifo nosso)

Entre os deveres do médico, sem dúvida, está o dever de informar o paciente a respeito das possíveis consequências da cirurgia. Aguiar Dias – novamente ele –, em referência à Corte de Cassação Francesa, lembra esse dever especial de informação sobre as consequências da intervenção, notadamente em relação ao problema da cicatrização, e afirma: “O fenômeno do quelóide está entre eles e entre nós tem sido tratado com a natural displicência de médicos que não se têm excedido em cuidados nesse particular”<sup>8</sup>.

Apenas para ilustrar, a apelada, na inicial, a f. 3, afirma que, “em relação à intervenção cirúrgica, o réu assegurou para autora que teria bom resultado com ela, e que não permaneceriam cicatrizes, sem portanto qualquer comprometimento estético”. Em sua contestação, o apelante Rondon chegou a enfatizar a existência de fatores que influenciam no resultado da cirurgia, principalmente no que diz respeito à cicatrização, esclarecendo que depende de condições determinadas, como, por exemplo, a espessura e textura da pele da paciente.

Ora, se, como afirmado – de forma bastante eufêmica, diga-se de passagem –, a paciente sofreu uma “complicação cicatricial” (f. 41), era seu dever ter previsto ou cogitado essa possível complicação, ainda que excepcional, dadas as condições da pele da apelada e outros fatores que pudessem interferir no resultado da cirurgia. O dever de informação é, como afirmado, dever que se impõe ao médico, constituindo, principalmente na hipótese de cirurgia plástica, dever de advertir o paciente de que os riscos da intervenção não compensam as vantagens que dela se espera. Assim, “se do ato preconizado pelo médico em virtude do diagnóstico ou tratamento, deriva uma prestação inadequada, menos ‘clássica’, apresentando um certo perigo, o profissional deve informar o doente dos riscos do ato proposto, a fim de obter seu consentimento expresso. O paciente deve, nesse caso, ter exata compreensão da questão, para poder decidir motivadamente se vai ou não se submeter ao tratamento”<sup>9</sup>. A respeito, dispõe o art. 59 do Código de Ética Médico (Resolução 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina):

É vedado ao médico:

Art. 59. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

Por fim, insustentável o argumento de que o resultado danoso decorreu do fato de a apelada ter abandonado o tratamento. Se o problema fosse o “tratamento” pós-operatório, era de se esperar que esse tratamento fosse decorrência natural da operação, e o médico, em sua defesa, esclarecesse em que consistiria tal tratamento. No entanto, a proposta do médico foi submetê-la a uma nova cirurgia plástica, para reparar as seqüelas da cirurgia que ele mesmo realizou. Assim, é óbvio que a apelada não tinha razões para retornar ao consultório do apelante. Ademais, não se pode olvidar de que a apelada chegou a ser beneficiada pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica com uma cirurgia reparadora, tendo em vista, justamente, a gravidade das seqüelas deixadas pelo apelante Rondon (f. 28).

Pelo exposto, reconheço a responsabilidade do apelante Alberto Jorge Rondon de Oliveira pelos danos causados à apelada.

<sup>7</sup> Ob. cit., pp. 380 e 381.

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 384.

<sup>9</sup> KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 5. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003, p. 167.

Quanto à Unimed, a questão reclama maiores considerações. O plano de saúde não cobria o procedimento estético, e é certo que a apelada submeteu-se à cirurgia estética. Segundo a tese da Unimed, este fato afastaria sua responsabilidade pelos danos causados pelo médico à apelada, já que a autorização do plano se adstringia à extração dos nódulos.

No entanto, chama a atenção a afirmação da apelante, em suas razões, no sentido de que “os documentos trazidos aos autos [...] comprovam que até mesmo no que tange à autorização para a realização da intervenção cirúrgica, os respectivos códigos de autorização foram emitidos com a essa referência, ou seja, cirurgia plástica (mamoplastia) terapêutica” (f. 420; grifo nosso).

Muito embora referidos documentos, ao contrário do afirmado pela apelante, não tenham sido carreados aos autos, sua afirmação permite concluir que a opção da apelada pelo médico Rondon teve por objetivo um resultado esteticamente mais seguro na cirurgia de extração dos nódulos. Do contrário, não se compreende o que seria essa cirurgia plástica reparadora. Todavia, essa finalidade “reparadora” deve ser considerada com ressalva, já que, conforme se afirmou em linhas anteriores, a cirurgia plástica reparadora é aquela cuja realização se torna necessária, tendo em vista os danos que pretende remediar. Fora dessas hipóteses, a cirurgia tem finalidade estética.

Assim, em outras palavras, a própria Unimed reconhece que a escolha do médico pela apelada levou em consideração a especialidade do cirurgião. Por isso, escolheu, entre os credenciados, segundo uma lista de especialistas fornecida pelo plano, um cirurgião plástico de sua preferência. Optou pelo médico Alberto Jorge Rondon de Oliveira.

Acontece que o médico Rondon, segundo consta dos autos, não é cirurgião plástico. Apesar das declarações de que teria sido autorizado a fazer residência em cirurgia plástica, o seu título é de cirurgião geral (doc. f. 80), tanto é que não é membro da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (f. 27 e 84), nem possui registro de cirurgião plástico no Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul.

Por oportuno, a Lei n. 3.268/57, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, estabelece, em seu art. 20:

Todo aquele que mediante anúncios, placas, cartões ou outros meios quaisquer, se propuser ao exercício da medicina, em qualquer dos ramos ou especialidades, fica sujeito às penalidades aplicáveis ao exercício ilegal da profissão, se não estiver devidamente registrado.

Mais enfático, prescreve o art. 17 da mesma lei:

Os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade.

Assim, como observam Jorge R. Ribas TImi e Patrick G. Mercer (*Influência do Direito no Exercício da Medicina*. Rio de Janeiro: Revinter, 2004, p. 11), ‘o médico só pode anunciar especialidade que possua comprovação, entretanto não basta apenas possuir título de especialista, este deve ser registrado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

Na hipótese dos autos, o médico Rondon não possuía título de especialista e, conseqüentemente, não estava registrado no Conselho Regional de Medicina como médico especialista em cirurgia plástica. Por isso, a Unimed foi descuidada, ao credenciar um médico como cirurgião plástico, sem tomar as devidas precauções a respeito da especialidade que afirmava possuir. Com exceção do certificado a f. 80, que confere ao médico Rondon o título de especialista em Cirurgia Geral, os demais documentos não passam de declarações e certificados de participação em congressos e cursos.

Afirma José de Aguiar Dias “que o candidato ao credenciamento se submete a uma longa bateria de questionamentos sobre a sua qualificação, especialidades, títulos e experiência demonstrada no exercício da profissão”; assim, “se, eventualmente, a instituição credenciadora dispensa o exame prévio ou credencia sem os necessários cuidados, a sua responsabilidade se agrava, pela desídia em permitir o credenciamento de que não possuía as qualificações suficientes para merecer uma indicação”<sup>10</sup>.

Não obstante isso, em que pesem os respeitáveis posicionamentos em contrário, partilho do entendimento segundo o qual a responsabilidade dos planos de saúde decorre, em regra, da relação de preposição entre o médico, ou o hospital, e a operadora do plano. Como ensina Rui Stoco, “a empresa de assistência médica será responsabilizada não em razão de ter firmado contrato de plano de saúde com a vítima, mas porque o padrão responde, objetivamente, pelos atos culposos de seus prepostos, nos termos do art. 932, III, c.C. o art. 933 do Código Civil, no suposto de que o hospital ou médicos por ele mantidos são autênticos prepostos do mantenedor”<sup>11</sup>. Com fundamento na relação de preposição, conclui o eminente desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Não há como estabelecer liame de causalidade entre a empresa que contratou o plano de saúde e o dano sofrido pelo associado. Aliás, credenciar mais de um hospital ou médico é o mesmo que dar direito de escolha ou liberdade de opção, hipótese em que o autor citado [Ruy Rosado de Aguiar] entendeu não ser possível a responsabilização.

E, efetivamente, não será.

[...]

A responsabilidade da empresa de plano de saúde somente nascerá quando ela tenha os seus próprios hospitais, clínicas de atendimentos de urgência, os quais dirige, mantém e por eles responde diretamente<sup>12</sup>.

Portanto, apesar de a Unimed ter sido negligente e, de certa forma, ter contribuído com que a apelada escolhesse o médico Rondon para realizar sua cirurgia, confiante em que ele era cirurgião plástico, não se pode estabelecer um liame de causalidade entre os danos decorrentes da cirurgia e a negligência da Unimed. Entendo que, conquanto a Unimed tenha se descuidado do dever de averiguar a especialidade do médico que credenciou, não pode ser responsabilizada pelos danos causados por aquele que não é seu preposto, sendo certo que, nos termos da teoria do dano direto e imediato, adotada pelo Código Civil brasileiro, art. 403, “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.

Contudo, isso não significa afirmar que a Unimed não possa ser responsabilizada por danos morais decorrentes de sua conduta. Apenas não é responsável pelos danos decorrentes diretamente da cirurgia. Por isso, aliás, torna-se irrelevante apurar sua responsabilidade pelo tipo de procedimento plástico autorizado: cirurgia reparadora ou cirurgia estética. Estando assentado que a cirurgia autorizada foi cirurgia plástica, isto basta para concluir que a apelada confiou na credibilidade do plano, relativamente à informação sobre a especialidade dos médicos; com base nisso, optou pelo médico Rondon, como afirmou, na inicial:

Outrossim, é oportuno salientar que a autora ao escolher o co-réu Rondon, contou com a qualificação técnica que este exibia publicamente e mais ainda, com o credenciamento de cirurgião plástico que tinha na Unimed (f. 8).

<sup>10</sup> Ob. Cit., pp. 361 e 362.

<sup>11</sup> Tratado de Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 555.

<sup>12</sup> Ob. cit., p. 555-556.

Logo, é claro que esse ato negligente causou dano moral à apelada, não em virtude de relação de preposição entre a Unimed e médico, que não há, mas em virtude da falsa informação prestada. No entanto, e justamente por não se poder responsabilizar a Unimed pelos danos causados diretamente pelo médico, é que se deve reconhecer a causa diferente desses danos morais: um decorre do fato de a apelada ter sido enganada; outro, das sequelas deixadas pela cirurgia mal-sucedida. Por isso mesmo, o dever de indenizar é diverso; não há solidariedade entre os causadores do dano. Além disso, nos termos do art. 944 do Código Civil, “a indenização mede-se pela extensão do dano”, e o dano causado pela Unimed é muito inferior ao causado pelo médico.

Passa-se, assim, à análise da indenização fixada pelo Juízo *a quo*.

A sentença condenou os apelantes a indenizar a apelada em R\$ 30.000,00 por danos morais e R\$ 30.000,00 por dano estético. O apelante Rondon sustenta que o julgamento foi ultra petita, já que o pedido de danos estéticos foi R\$ 10.000,00.

Com efeito, assiste razão ao apelante. A sentença concedeu indenização em valor muito superior ao pleiteado pelo autor. Em função disso, deve ser considerada nula na parte em excesso, a teor do disposto no art. 460 do Código de Processo Civil, que reza:

É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

A esse respeito, a doutrina de Misael Montenegro Filho:

A sentença ultra petita é marcada pela circunstância do magistrado considerar a fundamentação jurídica contida na inicial, atribuindo ao promovente o objeto solicitado, mas, além disso, conferir-lhe parcela não requerida de forma expressa, como observamos na hipótese em que o autor da ação indenizatória requer a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, resultando a prolação de sentença favorável, que, além de deferir a indenização perseguida, condena o promovido ao pagamento da indenização pelos danos materiais. Nesse caso, a sentença não é nula, devendo ser decotada a parte em excesso, adequando o pronunciamento ao requerimento formulado pelo autor.<sup>13</sup>

Com relação à cumulação do dano moral e com o estético, é indubitoso ser o estético espécie do moral, “na medida em que altera a imagem e o próprio vultus da pessoa, causando-lhe sofrimento, angústia, temor, indecisão, vergonha e outros sentimentos”<sup>14</sup> No entanto, como ensina Rui Stoco, a discussão que se deve travar não é propriamente conceitual, “mas quantitativa, pois em casos tais deve-se considerar a repercussão da dupla agressão moral no quantum a ser fixado a título de compensação” (grifo nosso). Em outras palavras, nada impede que o dano estético, o qual também é dano moral, possa ser separadamente aferido, pois a consequência de seu reconhecimento é quantitativa, vale dizer, é ser o dano estético levado em consideração, quando do arbitramento do valor da indenização. Daí o entendimento, pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o ressarcimento por dano estético não significa o esgotamento do que seria devido a título de dano moral, pois, além da dor que decorre do dano estético, a lesão pode acarretar outras lesões que também importem em sofrimento moral (STJ, REsp n. 94.596, Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 24.11.98). Nesse sentido, não haveria *bis in idem*.

No caso sub judice, o dano estético decorrente da cirurgia realizada pelo apelante Rondon é indiscutível. As fotografias anexadas aos autos, por si só, denunciam a notável lesão estética sofrida pela apelada. Ademais,

<sup>13</sup> Código de Processo Civil Comentado e Interpretado. São Paulo: Atlas, 2008, p. 492.

<sup>14</sup> Ob. cit., p. 1194.

não se deve esquecer que as fotografias são posteriores à cirurgia plástica reparatória realizada pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Estética. Assim, o que se vê nas fotografias dos autos – cicatrizes hipertrofiadas, largas, vermelhas e elevadas – é o aspecto mitigado das lesões causadas pelo médico Rondon.

Além do dano estético em si, deve ser considerada a dor moral decorrente da frustração da cirurgia, que, apesar do caráter embelezador, produziu efeito contrário ao esperado pela apelada. Tudo se agrava com o dano moral decorrente das constantes dores no local das cicatrizes, sensíveis ao toque, ao movimento, à mudança de temperatura (f. 243). É inegável, destarte, que, no presente caso, a lesão estética em si não esgotou os danos morais sofridos pela apelada, daí não haver impedimento para o arbitramento em separado do dano estético, particularidade de um dano moral mais amplo.

Insustentável a afirmação do apelante Rondon, de que a apelada postulou indenização apenas por dano estético, ao argumento de que a insurgência diz respeito às cicatrizes decorrentes da cirurgia. Se as cicatrizes causaram-lhe a lesão estética, e a lesão estética em si foi causa de um sofrimento, é certo que a decepção com a cirurgia, as dores constantes, a dificuldade de abdução do braço, a necessidade de passar por outra cirurgia, para reverter a primeira, tudo contribuiu para dilatar a extensão do dano moral, que, em seu conjunto, foi acertadamente referido pelo Juízo *a quo*, nestes termos: “O nexo causal restou demonstrado pela imperícia do primeiro requerido, ao realizar a cirurgia mal sucedida na autora, deixando seqüelas (ação ou omissão) e o constrangimento, dor, sofrimento e aborrecimento por que passou a autora”.

Por conseguinte, tendo em vista os pedidos formulados na inicial, entendo não existir motivo para a redução do valor da indenização fixada, senão no excesso decorrente de julgamento ultra petita, de sorte que o valor arbitrado pelo Juízo me parece adequado, diante das circunstâncias e provas dos autos, dada a extensão comprovada do dano, a capacidade do ofensor e da vítima e o duplo caráter da reparação pecuniária: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Não há falar, portanto, em enriquecimento sem justa causa.

Insustentável a afirmação do apelante Rondon, no sentido de que a apelada postulou indenização apenas por dano estético, ao argumento de que a insurgência diz respeito às cicatrizes decorrentes da cirurgia. Se as cicatrizes lhe causaram a lesão estética, e a lesão estética em si foi causa de um sofrimento, é certo que a decepção com a cirurgia, as dores constantes, a dificuldade de abdução do braço, a necessidade de passar por outra cirurgia, para reverter a primeira, tudo contribuiu para o dano moral.

Entendo não existir motivo para a redução do valor da indenização fixada, senão no excesso decorrente de julgamento ultra petita, de sorte que o valor arbitrado pelo Juízo me parece adequado, diante das circunstâncias e provas dos autos, dada a extensão comprovada do dano, a capacidade do ofensor e da vítima e o duplo caráter da reparação pecuniária: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Não há falar, portanto, em enriquecimento sem justa causa.

Assim, relativamente à apelação adesiva interposta pela autora, entendo que a indenização deve ser mantida no patamar arbitrado pelo Juízo da instância singular. Como o pedido indenizatório relativo ao dano estético, nos termos da inicial, ficou limitado a R\$ 10.000,00, não há como conceder indenização acima desse valor, não podendo a autora, no recurso adesivo, inovar no quantum da pretensão indenizatória. Por outro lado, entendo que o valor de R\$ 30.000,00, atualizado desde a prolação da sentença condenatória, é, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, suficiente para compensar o sofrimento da autora, tendo em vista os aborrecimentos pelos quais passou, a dificuldade de levantar o braço, a perda de sensibilidade dos seios, a impossibilidade de amamentar e, sobretudo, as provas produzidas. No mais, não há prova de que o insucesso da cirurgia tenha sido responsável pelo fracasso de seu casamento.

A condenação do médico não viola a regra jurídica do art. 1.545 do Código Civil de 1916 (art. 951 do Código vigente), que dispunha:

Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

O dispositivo citado diz respeito à responsabilidade subjetiva do médico, que fica obrigado a satisfazer o dano, quando este resultar da culpa do profissional. Impede frisar que a natureza da obrigação assumida pelo médico – de meio ou de resultado –, não altera esse fato. A natureza da obrigação gera consequências apenas processuais, interferindo no ônus da prova, uma vez que a responsabilidade do médico continua a ser subjetiva. No caso dos autos, assentado que a obrigação assumida pelo médico era de resultado, por ter realizado cirurgia plástica estética, presumiu-se a culpa do cirurgião, que, por não afastar essa presunção, foi condenado a indenizar a paciente. Assim, não houve a violação alegada.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Unimed – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., com o fim de reformar a sentença e reconhecer sua responsabilidade não-solidária pelos danos morais causados à apelada, como consequência de sua conduta negligente, fixando o quantum indenizatório em R\$ 10.000,00; dou parcial provimento ao recurso interposto por Alberto Jorge Rondon de Oliveira, com o fim de reconhecer a nulidade da sentença no que diz respeito julgamento ultra petita do quantum arbitrado a título danos estéticos, reduzindo o valor da indenização a este título para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Assim, por danos morais e sem solidariedade, fica o apelante Alberto Jorge Rondon de Oliveira condenado a pagar à apelada o importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), cabendo à apelante Unimed indenizá-la em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos da sentença recorrida.

Com relação à apelação adesiva, nego-lhe provimento.

Tendo em vista o julgamento ultra petita não implicar alteração da sucumbência, mantenho a sentença no tocante ao quantum fixado, com a ressalva de que, naturalmente, os ônus deverão ser suportados na proporção dos valores de cada condenação.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS DA UNIMED E DE ALBERTO JORGE RONDON DE OLIVEIRA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO, 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. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 8 de janeiro de 2009.

\*\*\*



**Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.009490-5/0001-00****Dourados - Quinta Turma Cível****Relator Des. Sideni Soncini Pimentel**

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CANCELAMENTO DE PROTESTO C/REPARAÇÃO DE DANOS – ENDEREÇO FORNECIDO PELO CREDOR AO CARTÓRIO DE PROTESTO – NÃO CORRESPONDE AO ENDEREÇO DE DOMICÍLIO – ERRO ESCUSÁVEL – RECUSA DO CANCELAMENTO DO PROTESTO PELO CARTÓRIO – ERRO DE GRAFIA – NÃO COMPROVADO – MANUTENÇÃO DA ANOTAÇÃO NA SERASA – INFORMAÇÃO LANÇADA AUTOMATICAMENTE EM RAZÃO DO PROTESTO – INEXISTÊNCIA DE CULPA DO CREDOR – RECURSO IMPROVIDO.

A agravada não praticou nenhuma ilegalidade ao informar o endereço do agravante ao Cartório, visto que não indicou endereço de terceiros, aleatório, totalmente estranho à relação havida entre as partes, mas um dos endereços fornecidos pelo próprio agravante quando da aquisição de mercadorias, que o fez sem nenhuma ressalva de qual seria o de domicílio, de modo que, se houve erro, este é escusável.

A declaração de anuência foi fornecida pela agravada, desincumbindo-se de sua obrigação, sendo que o agravante não provou que o Cartório tenha recusado o cancelamento em razão de qualquer erro. Não se exige da parte, no caso a agravada, a produção de provas da inexistência da recusa, por ser prova negativa, evidentemente impossível.

Se as anotações da Serasa equivalem somente àquelas referentes ao público protesto do Cartório de Protestos, as quais não são lançadas por iniciativa do credor, não pode por elas, então, ser responsabilizado.

**ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 5 de março de 2009.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Rafael Alberto Daniel, inconformado com a decisão monocrática que manteve a sentença prolatada nos autos da ação de cancelamento de protesto, c/c indenização por danos morais, que move em face de Metalfer Produtos Siderúrgicos Ltda., ingressou com agravo regimental, sustentando que o juízo monocrático



declarou que o simples inadimplemento de duplicatas já é fato suficiente a ensejar o protesto; que, no entanto, por ter a agravada fornecido endereço errado do agravante, este não teve ciência do citado boleto (f. 23), senão após o protesto, o que consiste exatamente em um dos ilícitos praticados pela agravada; que por se tratar de uma relação de consumo, aquilo que a agravada não provou deve ser presumido em favor do agravante, consumidor; que não existe prova nos autos de que o agravante tenha fornecido outro endereço como sendo de seu domicílio e residência; que o fato de alguns documentos constarem outro endereço do agravante, sem constar expressamente como sendo para suas correspondências, não serve como prova em favor da agravada e a presunção favorece o consumidor.

Aduz, ainda, que a carta de anuência que lhe foi fornecida pela agravada não grafou corretamente os números dos títulos, restando evidente a impossibilidade do agravante proceder à baixa do protesto; que se a agravada alega que o Cartório não recusou a carta de anuência, compete a ela provar a inexistência da recusa; que não há como se concluir que a inclusão de restrição não foi feita pela agravada. Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Rafael Alberto Daniel ingressou com o presente agravo regimental aduzindo que a decisão monocrática deve ser reformada, uma vez que Metalfer Produtos Siderúrgicos Ltda., ao contrário do que concluiu o relator, teria praticado ato ilícito ao fornecer endereço errado ao Cartório de Protestos, entregar carta de anuência com erros de grafia nos números dos títulos e manter indevidamente seu nome nos órgãos de restrição ao crédito.

Por força do presente regimental, revisei a matéria e estou convencido de que a decisão atacada não merece reparos.

Como expliquei na fundamentação da decisão ora agravada, através dos documentos trazidos aos autos (f. 20-23 e 66-80) é possível constatar que o agravante realizou diversas compras de materiais de construção na empresa agravada e ora indicava como sendo seu endereço a Rua Cuiabá, n. 1.050, Vl. Amaral, Dourados (f. 20-22, 66-67, 72-74), ora informava o endereço da Rua Itália, 175, Jd. Europa, Dourados (f. 69-71, 75-80), sendo desproporcional e desarrazoado exigir da agravada que conhecesse qual dos dois endereços seria o de domicílio e de fato residência do agravante, a fim de possibilitar a cobrança ou a notificação do protesto.

Como fiz questão de ressaltar na decisão agravada, não fossem os esclarecimentos dos fatos prestados na petição inicial, nem ao menos este Juízo poderia aferir, apenas analisando os documentos juntados aos autos, qual seria o endereço de domicílio e qual seria o endereço da obra da futura residência do apelante, pois não há nas notas fiscais nenhuma ressalva de qual se tratava de endereço fornecido apenas para entrega e qual poderia se destinar à cobrança.

Conclui, então, por óbvio, que a agravada não praticou nenhuma ilegalidade ao informar o endereço do agravante ao Cartório, visto que não indicou endereço de terceiros, aleatório, totalmente estranho à relação havida entre as partes, mas um endereço fornecido pelo próprio agravante quando da aquisição de mercadorias, de modo que, se houve erro, este é escusável.

Por outro lado, o agravante não trouxe neste recurso razões novas capazes de alterar este convencimento.

Outra questão suscitada pelo agravante diz respeito à impossibilidade de cancelamento do protesto por culpa da agravada, que teria lhe fornecido carta de anuência com erro de grafia no número dos títulos. Neste ponto, tenho que também não assiste razão ao agravante.

Como já ressaltai na decisão agravada, é entendimento assente na jurisprudência pátria que o cancelamento do protesto, após a quitação do débito, é dever, e portanto responsabilidade do devedor, em virtude do que prevê o art. 26 da Lei n. 4.292/97, e que o mesmo artigo exige para tal ato apenas a apresentação do título protestado e, na impossibilidade de apresentação deste, dispõe sobre a exigência da carta de declaração de anuência.

A declaração de anuência foi fornecida pela agravada, desincumbindo-se de sua obrigação, sendo que o agravante não provou que o Cartório tenha recusado o cancelamento em razão de qualquer erro. Ao contrário do que afirma o agravante neste recurso o ônus da prova não foi invertido em seu favor. Ademais, não se exige da parte, no caso a agravada, a produção de provas da inexistência da recusa, por ser prova negativa, evidentemente impossível.

Desse modo, continuo convencido de que estando documentalmente comprovado que a agravada disponibilizou ao agravante a documentação necessária ao cancelamento do protesto e se a manutenção daquele registro decorreu da inércia deste último, não há reconhecer na demandada qualquer responsabilidade indenizatória pela deterioração do seu nome frente à coletividade, dado que nada se ajusta às hipóteses do art. 186 do Código Civil.

Por fim, quanto à restrição mantida na Serasa, aduz o agravante que não é possível concluir que quem positivou seu nome não tenha sido a agravada.

Ora, é sabido que quando o credor encaminha a restrição seu nome passa a constar do extrato da Serasa, na qualidade de credora e o valor do débito. Contudo, além das restrições lançadas a pedido do credor, existem outras anotações efetuadas automaticamente pelo órgão, tais como cheques sem fundo no CCF, ações judiciais, bem como os protestos, que justamente por serem informações adicionais e automáticas não constam detalhes, como o nome do credor.

No caso dos autos, consoante se vê à f. 25, constava da Serasa, à época reclamada, somente anotações do Cartório de Protesto que, como dito, não são de iniciativa do credor, daí que não pode ser responsabilizado por elas. Este entendimento encontra respaldo na jurisprudência pátria, conforme já citado na decisão atacada.

Feitas essas considerações, conheço do presente recurso regimental, mas nego-lhe provimento, mantendo na íntegra 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. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 5 de março de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2005.014762-6 – Itaporã**  
**Segunda Turma Cível**  
**Relatora Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE INSTRUMENTO PÚBLICO DE PROCURAÇÃO E NEGÓCIOS JURÍDICOS – AGRAVO RETIDO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO TAMBÉM REJEITADA – AUSÊNCIA DE NULIDADE DE SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Tratando-se de demanda que visa a declarar a nulidade de instrumento público de procuração, fulcrada em vício de vontade do outorgante e em ausência de requisitos formais, tem o outorgado legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda.

Rejeita-se a alegação de ausência de interesse de agir quando esta revela-se simples repetição da preliminar de ilegitimidade passiva anteriormente afastada.

Verificada a suficiência na fundamentação da sentença recorrida, afasta-se a arguição de sua nulidade por violação ao disposto no art. 458, II, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE INSTRUMENTO PÚBLICO DE PROCURAÇÃO E NEGÓCIOS JURÍDICOS – INCAPACIDADE ABSOLUTA DO OUTORGANTE E EXISTÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS INSANÁVEIS – NULIDADE DO MANDATO E DOS NEGÓCIOS DELE DECORRENTES – JULGAMENTO PROFERIDO NOS EXATOS LIMITES DA LIDE – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 128 DO CPC – RECURSO NÃO PROVIDO.

Havendo dúvida acerca da capacidade mental do outorgante e certeza de sua incapacidade física, é nulo o instrumento público de procuração, nos termos do inciso I do art. 166 c.c o inciso III do art. 3º, ambos do Código Civil.

Outrossim, nos termos do art. 166, IV e V, do Código Civil, é nulo o instrumento público de procuração realizado com violação ao disposto nos artigos 555, I, II, IV, e § 1º, 561, 597, 604, 778 do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do TJMS, e nos artigos 113, 116 e 120 do Código de Normas e Divisão Judiciárias do Estado de Mato Grosso do Sul (Lei n. 1.511, de 5.7.1994).

Não persiste a tese de que o ato deveria ser mantido nos termos do art. 167, *caput*, CC/2002, como uma “simulação relativa”, ou, ainda, nos termos do art. 170 CC/2002, quando não é válido na substância e na forma, aplicando-se, no caso, o disposto nos artigos 168, parágrafo único, e 169 CC/2002.

Afasta-se a alegação de afronta ao disposto no art. 128 do CPC quando a análise de ato jurídico diverso do realizado é provocada pela parte que postula a manutenção do ato nos termos do art. 170 CC/2002.

Não é nula a sentença proferida em conformidade com os termos pleiteados pelas partes.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido e rejeitar as preliminares. No mérito, por decisão unânime, negaram provimento a ambos os recursos, com o parecer.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges

Auro Menani e Maria Aparecida Menani, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Itaporã, que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação declaratória de nulidade de ato jurídico que lhes movem Archimedes Natal Menani, Aracy Desidério Menani, Argeu Menani, Palmira Menani Sversut e Vergílio Sversut, Vilma Menani de Oliveira e Neila Maria Menani, interpõem o presente recurso de apelação, alegando, em síntese, que:

1) a procuração outorgada por Milton Menani a Otávio Vieira de Melo é válida porque o primeiro, apesar de enfermo, encontrava-se consciente;

2) a outorga de procuração não é ato solene, uma vez que a lei não exige qualquer formalidade para a sua celebração;

3) a certidão de fé pública não é requisito da procuração e, ademais, a doação pode se dar por instrumento particular, prescindindo da presença de testemunhas;

4) a intenção do de cujus era doar seu patrimônio aos recorrentes, tratando-se, portanto, de simulação relativa que, por traduzir-se na real intenção das partes, deveria ser mantida;

5) ao afirmar, com fulcro no art. 548 do Código Civil, que o negócio se tratava de doação nula, adentrando à análise das características de um testamento, o juiz *a quo* extrapolou os limites da lide, já que os recorridos não alegaram tal vício, afrontando, desse modo, o disposto no art. 128 do Código de Processo Civil.

Pedem provimento ao recurso, a fim de que seja declarada a validade da procuração outorgada a Otávio Vieira de Melo, com consequente validade dos negócios dela decorrentes.

Apela também Otávio Vieira de Melo, pugnando, inicialmente, pelo conhecimento de seu agravo retido, reconhecendo-se sua ilegitimidade passiva ou a ausência de interesse de agir dos apelados. Sustenta, ainda, a nulidade da decisão apelada, diante da ausência de motivação para condenação do recorrente, motivos pelos quais pede o provimento do recurso a fim de que seja excluído da lide, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Contra-razões pelo não-provimento de ambos os recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não-provimento dos apelos.

## VOTO

A Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

### I. Do Recurso interposto por Otávio Vieira de Melo

#### 1.1. Do agravo retido

Inicialmente, por questão de prejudicialidade, analiso e decido o agravo retido de f. 206-212, interposto por Otávio Vieira de Melo em face da decisão que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva.

Em que pesem os argumentos do agravante, verifica-se que o referido agravo não merece prosperar.

O pedido formulado na inicial é justamente o de nulidade da procuração que outorgou poderes ao recorrente, bem como a nulidade dos negócios dela decorrentes, de modo que Otávio, a quem supostamente foram outorgados poderes e quem teria realizado negócios em nome de Milton Menani, é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda.

O agravante não nega sua participação nos negócios cuja validade se discute, o que corrobora sua legitimidade passiva.

Não prospera, outrossim, a tese de que não teria legitimidade passiva por não ter sido compelido à prestação de contas, já que o pedido formulado na inicial respalda-se, não só na alegação de ausência de pagamento, mas principalmente nos seguintes pontos:

1) ausência de comparecimento de Milton Menani ao Cartório de Registro para celebração do instrumento de procuração (como se extrai do primeiro parágrafo da f. 4);

2) limitação da capacidade do outorgante (parágrafo primeiro da f. 8);

3) ocorrência de simulação (f. 7). Assim, se o recorrente participou dos negócios supostamente eivados de nulidade na qualidade de outorgado, deve figurar no polo passivo da demanda.

Pelo exposto, conheço do agravo retido, mas nego-lhe provimento.

#### 1.2. Das preliminares de ilegitimidade passiva e carência de ação

A preliminar de ilegitimidade passiva de Otávio Vieira de Melo já foi anteriormente apreciada e rejeitada.

Outrossim, verifico que a alegação de ausência de interesse de agir em relação ao recorrente supramencionado é simples repetição da preliminar de ilegitimidade passiva, que fica rejeitada pelos mesmos motivos.

Em síntese, rejeito tais preliminares.

#### 1.3. Da nulidade da sentença em relação a Otávio Vieira de Melo

Não merece guarida a tese de que a sentença seria nula por ausência de fundamentação em relação a Otávio Vieira de Melo.

De uma simples leitura da sentença recorrida, constata-se que o juiz *a quo* expôs com clareza os motivos pelos quais vislumbrou nulidade na procuração outorgada ao apelante supramencionado e, por conseguinte, nos negócios dela decorrentes.

Destaco as seguintes passagens (f. 288-291):

Constam certificações falsas na procuração (f. 24). Especificamente, que Milton Menani teria comparecido ao tabelionato, que o ato teria sido testemunhado por Vanilda Moura Novais e Adriana da Silva Lima e presenciado por Renata Mendes Torrezan e Paulo Afonso Maran, que Bazilio Donizete Álvares teria assinado a rogo de Milton Menani, por impossibilidade deste. Essas falsidades foram afirmadas pelos autores e não foram negadas pelos réus e, além disso, estão provados pelos testemunhos e confissões das partes nestes autos. Essas pessoas não testemunharam a celebração da procuração. Assim, esse instrumento não satisfaz os requisitos de instrumento público, por vício formal.

Também não se pode dar valor jurídico a instrumento lavrado com tal desprezo ao princípio da veracidade, que é basilar para os registros públicos. Assim, entendo que a procuração não é válida como instrumento público, pois lavrada em desrespeito à forma e aos fundamentos do registro público.

#### SIMULAÇÃO DE VENDA

Mesmo que a procuração fosse plenamente válida (não é), ainda assim as escrituras públicas [...] teriam de ser declaradas nulas, pois configuram simulação, na vigência do Código Civil de 2002.

De fato, o procurador de Milton Menani, Otávio Vieira de Melo, ora réu, possivelmente de forma inocente mas desastrada declarou estar vendendo os imóveis e estar recebendo os preços estipulados [...]

Mas restou muito claro, na contestação e no depoimento pessoal de Otávio Vieira de Melo, que não houve nenhum pagamento, nem haveria qualquer pagamento futuro. [...]

[...]

Em decorrência do exposto, são inválidas as alienações eitas por Milton Menani, por intermédio de Otávio Vieira de Melo, questionadas nestes autos, pois constituem simulação de venda. Não podem ser validadas a título de doação nem a título de transmissão testamentária.

[...]

Otávio Vieira de Melo é sucumbente, pois os atos por ele praticados estão sendo declarados nulo por simulação por ele praticada. Entendo que não cabe condená-lo a honorários pelo valor da causa, pois sua situação é desatrelada dos valores envolvidos na discussão e não é ele sucumbente em valor patrimonial, pois os efeitos sobre ele não se manifestam. Além disso, seu ato foi gratuito. Assim, fixo sua sucumbência de honorários por equidade (CPC, 20, §4º). [...]” (destacou-se).

Ao contrário do que afirma o apelante, o juiz *a quo* não afastou sua responsabilidade na realização dos atos reputados nulos.

A única ressalva que fez em relação ao apelante foi de não atribuir a sua sucumbência o valor integral dado à causa.

Em outras palavras, fixou os honorários advocatícios a serem pagos pelo ora apelante de acordo com a natureza dos atos que praticou que, malgrado a ilicitude, não se traduziram em proveito econômico para aquele.

Diante de todo o acima exposto, rejeito a alegação de nulidade da sentença por ausência de fundamentação.

## II. Do recurso interposto por Auro Menani e Maria Aparecida Menani

Alegam os apelantes, em síntese, que a procuração outorgada por Milton Menani a Otávio Vieira de Melo e os negócios dela decorrentes não poderiam ser declarados nulos, diante da ausência de vício na manifestação de vontade de Milton em realizar doação favorável aos recorrentes e da ausência de previsão legal para formalismos na celebração daqueles atos.

Não lhes assiste razão.

Malgrado o que sustentam os recorrentes, a realização de instrumento público de procuração deve preencher requisitos formais expressamente previstos em lei, sob pena de nulidade. Ademais, não pode ser realizado por pessoa absolutamente incapaz.

É o que prevê expressamente o art. 166 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

[...]

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

[...]

No presente caso, malgrado o que foi afirmado pelo juiz de primeira instância, há fundada dúvida acerca da capacidade mental de Milton Menani no momento em que teria “outorgado” poderes a Otávio Vieira de Melo para alienar seus bens.

Com efeito, na data da realização daquele ato (18/9/2003), Milton Menani já se encontrava internado em Unidade de Tratamento Intensivo do Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King, na cidade de Dourados/MS, local em que veio a óbito, em 21 de setembro de 2003, ou seja, três dias após a lavratura daquele instrumento público de procuração.

É de conhecimento geral que as pessoas internadas em UTI se encontram em iminente risco de vida e, em muitas vezes, com as funções mentais comprometidas.

Ora, segundo o prontuário médico do Sr. Milton, em 18.9.2003 (f. 39 – verso), ele estava “agitado”, apresentava “taquicardia”, fazia uso “de O2 contínuo, agonizante e pouco comunicativo”, situação esta que perdurou ao longo do dia e à noite. Nos dias seguintes, 19 e 20.9.2003, já se encontrava “apático” (f. 39-40), vindo a óbito no dia 21.9.2003.



Extraí-se dessas informações que o Sr. Milton respirava com dificuldade e, um dia após a realização da procuração em seu nome, já se apresentava “apático”.

Desse modo, é pouco verossímil a tese de que, pouco antes de morrer, o Sr. Milton estivesse em condições de praticar qualquer ato da vida civil.

Com efeito, o testemunho da enfermeira que cuidava do Sr. Milton, Luciane de Souza, não é, por si só, suficiente para demonstrar a capacidade mental do primeiro quando da celebração do ato, já que o fato de se encontrar “consciente” não significa que tinha plena ciência da importância do documento em que fizeram constar sua impressão digital.

Ora, como afirmou referida testemunha, o Sr. Milton não reunia nem mesmo forças para apor sua digital naquele documento, razão pela qual não há como considerar que ele teria realizado qualquer ato de manifestação de vontade. É o que se vê à f. 256:

[...] ele estava bastante debilitado no tocante à coordenação motora (...) que ele não conseguiu assinar a procuração, mas a depoente tinha uma almofadinha de carimbo, sendo que com essa almofadinha a depoente ajudou as pessoas a colherem a impressão digital dele na procuração [...] foi colhida a impressão dele através da almofadinha em razão da mão dele estar debilitada [...]

Tem-se, portanto, que o Sr. Milton Menani era, naquele momento, absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, tal como prevê o art. 3º, inciso III, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 30. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

[...]

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.  
(destacou-se).

Pela simples ausência de capacidade do de cujus, o ato já seria nulo, nos termos do inciso I do art. 166 do Código Civil.

Mas, ainda que o Sr. Milton fosse capaz naquele momento, o ato ainda sim seria nulo, por não cumprir formalidades legais.

Prevêem os artigos 653, 657 e 661, §1º, todos do Código Civil:

Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

Art. 657. A outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. Não se admite mandato verbal quando o ato deva ser celebrado por escrito.

Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.

No presente caso, a procuração foi realizada por instrumento público, porém com violação ao disposto nos artigos 555, I, II, IV, e §1º, 561, 597, 604, 778 do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça deste Tribunal (Provimento n. 1, de 27.1.2003), que assim dispõem:

Art. 555. O tabelião ou o substituto, devidamente nomeado, antes da lavratura de quaisquer atos, deverá:

I - aconselhar, com imparcialidade e independência, todos os integrantes da relação negocial, instruindo-os sobre a natureza e as consequências do ato que pretendem realizar;

II - identificar as partes e demais interessados, que deverão apresentar RG, CPF ou CNPJ;

[...]

IV - conferir as procurações, para verificar se outorgam os poderes competentes e se o nome das partes coincide com o correspondente ao ato a ser lavrado; sendo procuração por instrumento público lavrado em outro cartório, verificar se a firma de quem subscreveu o traslado ou a certidão está reconhecida na comarca onde está produzindo efeitos, cuidando de sua atual validade, e, se passado no estrangeiro, atende a todas as exigências legais;

[...]

§ 1º Se o tabelião ou o oficial do registro de imóveis, verificar a existência de fato delituoso em tese pelas partes envolvidas no ato notarial pretendido, comunicarão o fato imediatamente ao juiz corregedor permanente.

Art. 561. Não é permitida às partes a assinatura de livros total ou parcialmente em branco ou em confiança, seja qual for o motivo alegado.

Art. 562. Se alguma das partes ou intervenientes não souber assinar, outra pessoa capaz assinará a seu rogo; deverá o tabelião declarar na escritura tal circunstância e colher a impressão digital do polegar, indicando se direito ou esquerdo. Em torno da impressão deverá ser escrito o nome da pessoa a que pertence.

Art. 597. Somente o tabelião, seu substituto ou auxiliar autorizado poderão colher a assinatura dos interessados fora do cartório.

Parágrafo único. No ato da colheita da assinatura será preenchida a ficha-padrão, se não existir no arquivo do cartório.

Art. 604. As assinaturas das partes e das testemunhas, quando houver, deverão ser lançadas logo após a lavratura do ato; não se admitirão espaços em branco, e todos os que não houverem sido aproveitados deverão ser inutilizados com traços horizontais ou com uma seqüência de traços e pontos.[...]

Art. 778. Deverá ser recusado o registro de título, de documento ou de papel que não se reveste das formalidades legais exigíveis.(destacou-se).

Além disso, é fato incontroverso que o “outorgante” Milton Menani se encontrava internado em hospital na cidade de Dourados, de modo que o Tabelião da comarca de Itaporã não poderia realizar qualquer ato naquela outra comarca. Houve, desse modo, afronta ao disposto no art. 116, bem como nos artigos 113 e 120, todos do Código de Normas e Divisão Judiciárias do Estado de Mato Grosso do Sul (Lei n. 1.511, de 5.7.1994), *in verbis*:

Art. 113. Cumpre aos tabeliães indagar da identidade e da capacidade das partes e instruí-las sobre a natureza e consequência do ato que pretendem realizar.

Art. 116. O tabelião praticará os atos de sua atribuição no território do município onde tem sede a serventia.

Art. 120. O tabelião que infringir as normas relativas aos deveres de seu ofício responde pessoalmente pelos ilícitos a que der causa. (destacou-se).

Desse modo, ainda que Milton Menani tivesse capacidade para a celebração do ato, ainda assim seria nulo, por afronta ao disposto nos dispositivos legais supramencionados, nos termos do art. 166, incisos IV e V, do Código Civil.

Por consequência lógica, não persiste a tese de que o ato deveria ser mantido nos termos do art. 167, *caput*, CC/2002, como uma “simulação relativa”, já que não é válido na substância e na forma. Não poderia ser mantido nem mesmo nos termos do art. 170 CC/2002, já que aquele ato nem sequer contém os requisitos formais para subsistir como “doação”. Ao contrário, aplica-se, no presente caso, o disposto nos artigos 168, parágrafo único, e 169 CC/2002, *in verbis*:

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

Finalmente, afasto a alegação de afronta ao disposto no art. 128 do CPC, já que, ao contrário do que sustentam os apelantes, o juiz *a quo* não equiparou o ato a um testamento; simplesmente afastou a tese de que aquele poderia subsistir sob a forma de algum outro ato jurídico (já que não se amoldava formalmente às características da doação e do testamento, únicos outros atos unilaterais possíveis na hipótese em questão).

Em síntese, é manifesta a nulidade do instrumento público de procuração celebrado em nome de Milton Menani a Otávio Vieira de Melo, razão pela qual nulos são os atos e negócios dele decorrentes. Não procede, portanto, o pedido de reforma da sentença proferida em primeiro grau.

### III. Dispositivo

Por todo o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Auro Menani e Maria Aparecida Menani, negando provimento também aos recursos interpostos por Otávio Vieira de Melo, mantendo a sentença proferida em primeira instância.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E REJEITOU AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, POR DECISÃO UNÂNIME, NEGOU PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS, COM O PARECER.

Presidência da Exma. Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Relatora, a Exma. Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Ação Rescisória n. 2007.010728-8 - Campo Grande**  
**Segunda Seção Cível**  
**Relatora Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges**

E M E N T A – AÇÃO RESCISÓRIA – SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COBRANÇA – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 46 DO CPC, 896 E 178, § 7º, IV, DO CC DE 1916 E DE ERRO DE FATO – NÃO-OCORRÊNCIA – EXPOSIÇÃO DE MATÉRIA QUE DEVERIA SER EXPOSTA NA CONTESTAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA.

Não há falar em violação aos artigos 46 do CPC e 896 do Código Civil de 1.916, tampouco em erro de fato resultante de documento se a sentença rescindenda não tratou de obrigação solidária, como alegado na inicial.

Inexistente a violação ao art. 178, § 7º, do Código Civil de 1916, pois o dispositivo legal foi invocado somente na ação rescisória. Se o julgador não deixou de cumprir determinação legal e não proferiu sentença citra petita, mas apenas deixou de se pronunciar acerca de questão não levantada, não há violação à literal disposição de lei, sendo improcedente o pedido rescisório, por não restarem cumpridos os requisitos estampados no art. 485 do Código de Processo Civil.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares. No mérito, por unanimidade e com o parecer, julgaram improcedente a ação. Ausente, por férias, o 1º vogal.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2008.

Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

## RELATÓRIO

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges

Valdenir Machado de Paula propõe Ação Rescisória contra a decisão que extinguiu a Ação Ordinária de Cobrança n. 001.98.031629-9, movida por Barros Construções e Comércio Ltda. em seu desfavor, condenando-o ao pagamento de R\$ 28.264,24 (vinte e oito mil, duzentos e sessenta e quatro reais e vinte e quatro centavos).

Afirma o autor, em apertada síntese, ter ocorrido ofensa a dispositivo de lei e julgamento lastreado em erro de fato, afirmando ser possível o manejo da presente ação rescisória com fulcro no artigo 485, V e IX do Código de Processo Civil. Alega que ocorreu violação ao artigo 46 do Código de Processo Civil e artigos 896 e 178, § 7º, IV, do Código Civil de 1.916.

Sustenta que a ação de cobrança foi julgada procedente para o fim de condenar os demandados – Valdenir Machado de Paula e H.F. Transporte e Comércio de Combustíveis Ltda. – a pagarem a importância de R\$ 28.264,24 (vinte e oito mil, duzentos e sessenta e quatro reais e vinte e quatro centavos) à empresa autora, o que não poderia ter ocorrido, tendo em vista não se tratar de responsabilidade solidária entre ambas as empresas.

Aduz existirem dois contratos distintos, celebrados entre Barros Construções e Comércio Ltda. e os dois réus, separadamente, assim é que cada um deles deve responder pela sua respectiva obrigação contratual e o ora autor não poderia jamais responder pela totalidade das avenças. Invoca o art. 896 do Código Civil de 1916, aplicável à época dos fatos, para ressaltar que solidariedade não se presume. Com isso, em razão do que dispõe o art. 46 do CPC, os contratos deveriam ser discutidos em processos distintos.

Por último, ainda alega a ocorrência da prescrição, visto que a prestação de serviço da empresa autora da ação de cobrança, ora ré, foi paralisada em março de 1995, sendo este, portanto, o termo *a quo* do lapso prescricional de 2 (dois) anos prescrito pelo art. 178, § 7º, IV, do Código Civil de 1916. Considerando que a ação somente foi proposta em novembro de 1998, a pretensão da empresa construtora teria sido tocada pela prescrição.

Requeru a antecipação de tutela, entendendo restarem presentes os requisitos autorizadores da sua concessão e, ao final, pugnou pela procedência de seu pedido. Postula, ao final, a rescisão do julgado para ver proferida outra sentença na Ação de Cobrança, desta vez julgando improcedente o pedido formulado.

O pedido de antecipação da tutela foi indeferido às f. 305-307, por inexistir nos autos prova inequívoca da pretensão autoral, tampouco receio de dano irreparável e de difícil reparação, até mesmo em razão do lapso temporal transcorrido entre o trânsito em julgado da sentença e a propositura da presente.

A ré, em sua contestação, inicialmente alega inépcia da petição inicial, em razão de não ser possível vislumbrar a causa de pedir, de não ter sido atacado o acórdão rescindendo e de não existir pedido certo e determinado, limitando-se o à desconsideração da solidariedade, o que nem sequer foi objeto de condenação, já que o autor foi o único a integrar o pólo passivo da ação de cobrança, emendada às f. 23-25 daqueles autos.

Foi levantada, ainda, a ocorrência da carência de ação por falta de interesse de agir, pois não teria sido demonstrado o proveito do autor no exercício da presente demanda, já que somente aduz que as dívidas não poderiam ser cobradas num mesmo processo, enquanto os serviços cobrados na ação de cobrança foram exatamente os prestados a seu favor.

Dessa forma, demonstra-se juridicamente impossível o pedido desta rescisória, pois, na verdade, foi a empresa H.F. Transporte e Comércio de Combustíveis Ltda. que restou prejudicada com a condenação solidária, de maneira que o autor está pleiteando direito de outrem.

No mérito reafirma que o crédito cobrado se refere exclusivamente aos serviços prestados ao autor, que não existiu solidariedade, que o prazo prescricional da pretensão da ação de cobrança é de 20 anos, segundo o Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, por se tratar de execução de obras, portanto, crédito pessoal. Aduz não ter sido demonstrada violação a dispositivo de lei ou erro de fato e requer a improcedência do pedido, com a condenação do autor nos ônus da sucumbência.

Aberto prazo para impugnação à contestação deduzida pela ré, o autor assevera que houve citação da empresa H.F. Transporte e Comércio de Combustíveis Ltda., contudo esta não contestou, devendo ser aplicadas as penas da revelia, pois o pedido de exclusão não teria sido deferido. Conforme a parte dispositiva da sentença, houve condenação solidária. Aduz, ainda, que a cobrança não se limitou aos serviços prestados a seu favor, em razão dos documentos de f. 21 e 22 destes autos, que fazem com que aquele processo verse sobre a totalidade de ambas as obras.

Por fim, reiterou o pedido inicial.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela improcedência da rescisória.

**VOTO**

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Valdenir Machado de Paula pretende rescindir o julgado da Ação Ordinária de Cobrança n. 001.98.031629-9, movida por Barros Construções e Comércio Ltda. em seu desfavor, que o condenou ao pagamento de R\$ 28.264,24 (vinte e oito mil, duzentos e sessenta e quatro reais e vinte e quatro centavos).

Afirma ter ocorrido ofensa a dispositivos de lei e julgamento lastreado em erro de fato. Entende que a ação de cobrança versa sobre dois contratos distintos, celebrados entre Barros Construções e Comércio Ltda. e os dois réus – Valdenir Machado de Paula e H.F. Transporte e Comércio de Combustíveis Ltda. –, separadamente, assim é que cada um deles deve responder pela sua respectiva obrigação contratual e o ora autor não pode responder pelo valor integral envolvido em ambos os instrumentos.

Também alega a ocorrência da prescrição, invocando o prazo prescricional de 02 (dois) anos previsto pelo art. 178, § 7º, IV, do Código Civil de 1916.

Na contestação, a empresa ré arguiu inépcia da petição inicial e carência da ação por falta de interesse de agir, bem como impugna o mérito.

As matérias debatidas no presente feito são exclusivamente de direito, sendo desnecessária a produção de provas. Assim, por inexistir neste caso a hipótese de que trata o art. 492 do Código de Processo Civil, passo ao julgamento no estado em que o processo se encontra, consoante permite o art. 330, I, do mesmo Diploma.

Portanto, analiso primeiramente as preliminares levantadas pela ré.

Da preliminar de carência de ação

A preliminar de inépcia da petição inicial argüida pela ré não merece ser acolhida.

No que se refere à ausência de causa de pedir por falta de indicação dos dispositivos legais que a sentença tenha violado, esta não prospera, visto que, de simples leitura da peça exordial, se verifica que o autor alega que com o julgamento da Ação de Cobrança foram infringidos os artigos 46 do CPC, bem como os artigos 896 e 178, § 7º, IV, do Código Civil de 1916.

Foi claramente aduzido na inicial que os dois primeiros dispositivos acima citados teriam sido infringidos em razão da impossibilidade de aplicação de solidariedade entre o autor e a empresa H.F. Transportes e Comércio de Combustíveis Ltda., pois contrataram, em instrumentos apartados, serviços distintos da empresa contestante.

O art. 178, § 7º, IV, do Código Civil anterior, por sua vez, teria sido violado em razão de ter ocorrido a prescrição da pretensão inicial dos autos da Ação de Cobrança, assim é que inteligível o pedido.

Não fosse por isso, ainda não se pode olvidar que a causa petendi são os fatos alegados pela parte, capazes de produzir os efeitos pretendidos – pedido. Assim é que a simples explanação dos fatos é suficiente para que o julgador preste a tutela jurisdicional.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:



Erro no enquadramento legal dos fatos que servem de fundamento ao pedido (...) Ausência de incompatibilidade entre ação rescisória e o princípio ‘jura novit cúria’. Caso em que a própria narração dos fatos aponta, de modo iniludível, o dispositivo legal violado. (STJ, Resp n. 7.154-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 8.5.91, não conheceram, v.u., DJU 3.6.91, p. 7.417).

Na rescisória, a violação a literal disposição de lei é elemento que integra a causa de pedir e como tal submete-se ao princípio ‘da mihi facum, dabo tibi jus’. (RSTJ 47/181).

Na contestação ainda foi alegado que o autor deveria ter pedido expressamente a desconstituição do acórdão, visto que se dispôs a confirmar a sentença que se pretende rescindir. Em que pese a argumentação despendida, afere-se que, além de o pedido inicial expressar o vocábulo “julgado”, a ser interpretado como um todo, sentença e acórdão, tendo em vista as pequenas alterações realizadas por este último, a matéria debatida nestes autos não foi apreciada na decisão de segundo grau em comento, pois a apelação devolveu a este Tribunal somente a questão relativa à correção monetária, juros e honorários advocatícios.

Assim, o acórdão em espeque não traduziu, de forma direta, nenhuma das violações ou erro suscitados pelo autor para fundamentar o pedido inicial, e somente será desconstituído no caso de eventual procedência desta ação, por consequência da rescisão da sentença que o originou.

No que tange à argumentação de que o autor não teria realizado pedido certo, deixando de demonstrar se devia ou não o valor cobrado, também não tem qualquer respaldo, pois a inicial traz em seu bojo a seguinte narrativa:

Em fls. 6 e 7, da ação ordinária de cobrança verificamos que existem 02 (duas) ART – Anotação de Responsabilidade Técnica distintas, sendo que a de fls. 06 indica que o contratante é a empresa H.F. Transporte e Comércio de Combustíveis Ltda. e a ART de fls. 07 indica que o contratante é o ora Autor Sr. Valdenir Machado de Paula.

[...] A bem da verdade, caberiam duas ações de cobrança cada uma em face de um dos réus, inexistindo listisconsórcio entre os réus.

[...] Requer-se ao Egrégio TJ/MS, a rescisão do Julgado para fins de reconhecimento de que o Réu Valdenir Machado de Paula somente assinou e se obrigou pela ART de fls. 07, cabendo ao autor proceder a ação de cobrança tão somente de tais valores e bem como em ação apartada, em virtude da inexistência de solidariedade entre os Réus, invertendo-se o ônus da sucumbência. Requer-se que seja proferido novo julgamento, julgando improcedentes os pleitos formulados na exordial.

É notório, então, que o autor pretende ver rescindido o julgamento realizado em razão de que se pôs a analisar, numa mesma ação, obrigações distintas, que, por sua vez, deveriam ser apreciadas em processos diversos. Entende ser responsável pelo pagamento da obra contratada pelo instrumento de f. 07 e que qualquer pretensão da empresa contratada em relação a ela deve ser ajuizada individualmente, pois não pode ser responsabilizado por obrigação contraída por terceiro.

Destarte, afasto a referida preliminar.

Da preliminar de falta de interesse de agir

A parte ré ainda alega que falta interesse de agir ao autor, visto que seu pedido está fundamentado na solidariedade entre ele e a empresa H.F. Transporte e Comércio de Combustíveis Ltda., imposta indevidamente pelo decisum, mas que, contudo, tal imposição jamais existiu.

Entendo que, ultrapassado o momento processual do recebimento da petição inicial proposta pelo sujeito ativo, tal matéria se confunde com o mérito, e com ele deve ser analisada.

Do mérito

A ação deve ser julgada improcedente.

O autor baseia seu pedido nos incisos V e IX do art. 485 do Código Processual Civil. Afirma que houve violação aos artigos 46 do CPC, bem como os artigos 896 e 178, § 7º, IV, do Código Civil de 1.916. Ademais, quanto ao erro de fato, alega que houve admissão de fato inexistente frente aos documentos de f. 21-22.

Pois bem, no que se refere à alegada violação de literal disposição de lei, primeiramente aponta a questão da obrigação solidária que teria sido imposta de forma equivocada pela sentença, indo de encontro ao que preconizam os artigos 46 do Código Processual Civil e 896 do Código Civil anterior.

Não se vislumbra, no caso em tela, a afirmada violação, pelo simples fato de que não há solidariedade no julgado que se pretende rescindir. A questão é muito bem explicada na decisão que julgou improcedente a impugnação ao cumprimento de sentença n. 001.06.130731-0, que tem como objeto a decisão ora discutida:

Entende o impugnante que é parte ilegítima a compor o pólo passivo do cumprimento de sentença em anexo, porquanto existindo duas obras, duas ART's e, conseqüentemente dois clientes: o impugnante e a empresa., não pode, agora, o impugnado requerer o cumprimento da sentença apenas contra o ora impugnante.

Razão não lhe assiste. Explico:

Compulsando os autos de cobrança (f. 23-5) verifico que ocorreu emenda ao pedido inicial na qual o autor, expressamente, requereu a exclusão da empresa HF Transporte e Comércio de Combustíveis Ltda e prosseguimento do feito exclusivamente em desfavor do ora impugnante Valdenir Machado de Paulo. Referida questão restou decidida pelo MM. Magistrado que atuava no feito (f. 26), nos seguintes termos: '1. Defiro a emenda da inicial. 2. Cumpra, agora, a decisão de fl. 22'.

Outrossim, analisando a sentença proferida as fls. 169-172, constato que o magistrado prolator não se atentou ao detalhe e fez constar, como dito acima, que a condenação era em desfavor de HF Transporte e Comércio de Combustíveis Ltda. Mas, referida pessoa sequer participou da relação jurídica processual. Portanto, há um erro material na referida sentença e, com fulcro no artigo 463, I, do CPC, corrijo-a de ofício, para o fim de excluir do texto de f. 169-172, quaisquer menções à HF Transporte e Comércio de Combustíveis Ltda.

Logo, não existe qualquer justificativa para o impugnado alegar que não tem a obrigação de pagar a dívida. Mesmo porque, a decisão transitou em julgado, tendo o impugnante permanecido silente quanto à questão, vindo, apenas, nesta fase, tumultuar o feito com fundamento desprovido de quaisquer bases legais.

Assim, considerando que a sentença proferida nos autos da ação de cobrança, mormente após a correção, *ex officio*, realizada por aquele Juízo, nem sequer menciona a empresa H.F. Transporte e Comércio de Combustíveis Ltda., não existe, naqueles autos, a solidariedade utilizada pelo autor como fundamento para seu pedido.

Deve-se atentar ao fato de que a ação de cobrança versou somente sobre o documento de f. 22 (ART n. 512897), ou seja, sobre o serviço contratado pelo autor para ampliação de seu restaurante localizado num posto de gasolina. Basta verificar a emenda à inicial formulada naqueles autos, devidamente analisada e deferida.

A afirmação ainda é facilmente corroborada com a análise do laudo pericial de f. 140-160, que afirma:

A presente perícia tem por objetivo constatar, através de uma vistoria '*in loco*', o estágio atual da obra relativa a edificação de um restaurante, com cobertura em estrutura metálica, localizada em um posto de abastecimento e serviço sito a BR 262, Km 06, saída para Três Lagoas, bem como a apuração dos valores empregados à época da construção (1.995).

[...] Desta forma, observa-se que o valor encontrado encontra-se bem próximo do valor expresso na planilha de orçamento que instruiu a inicial, cujo total correspondia a R\$ 111.424,26.

Verifica-se, portanto, que o processo n. 001.98.031629-9 trata exatamente da ART de f. 22, que descreve o serviço contratado pelo autor, devidamente orçado às f. 27-30 e confessadamente de responsabilidade daquele.

Dessa maneira, não houve infração aos dispositivos legais acima indicados, pois a decisão não vinculou o autor ao serviço contratado pela H.F. Transporte e Comércio de Combustíveis Ltda., tampouco vinculou esta ao serviço contratado por aquele.

Quanto à violação ao artigo 178, § 7º, IV, do Código Civil de 1916, esta não poderia ser alegada em sede de ação rescisória. Vê-se que a prescrição jamais foi alegada na ação de cobrança, assim como a decisão nada menciona a esse respeito.

A afronta tratada no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil deve ser realizada por ação e não omissão. O juiz de primeiro grau não cometeu nenhuma nulidade ao deixar de apreciar uma questão não trazida pelas partes.

Como cediço, a literalidade se revela em julgamento equivocado pelo magistrado, no momento de aplicar a lei ao caso concreto, não podendo ser considerada violação à literal dispositivo de lei a omissão em relação a matérias não discutidas nos autos, sob pena de a ação rescisória servir de instrumento para se discutir questões preclusas, analisando alegações não formuladas anteriormente por mero descuido das partes.

É importante esclarecer que o juiz não deixou de cumprir determinação legal, ou proferiu uma sentença *citra petita*, situações em que sua omissão configuraria a violação que se suscita, mas apenas não se pronunciou sobre uma matéria que não foi levada ao processo.

De qualquer forma, sem adentrar ao juízo rescissorium, mas apenas para melhor esclarecer a possível razão pela qual a petição inicial da ação de cobrança não foi indeferida, deve ser ressaltado que o dispositivo legal que se invoca, qual seja o art. 178, § 7º, IV, do CC anterior, não se aplica ao presente caso.

Isto porque não se trata de cobrança de meros honorários de engenharia, aos quais se alude o referido dispositivo legal, mas, sim, de cobrança de serviços prestados como um todo, que envolve material de construção, mão-de-obra etc. Senão vejamos o posicionamento do STJ:

Acórdão: Recurso Especial - RESP 100462/SP

Relator: Ministro César Asfor Rocha

Julgamento: 13.10.98 - Quarta Turma

Publicação: DJ 23.11.98, p. 180

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA POR EMPRESA. HONORÁRIOS. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 178, § 7º, IV, DO CÓDIGO CIVIL. A PRESCRIÇÃO COGITADA NO ART. 178, § 7º, IV, DO CÓDIGO CIVIL, REPORTA-SE A CRÉDITOS DE PROFISSIONAIS LIBERAIS E NÃO A EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS.

Votação:Unânime

Resultado: Não conhecido.

Desse modo, não assiste razão ao autor, não sendo viável, nem sequer, a abertura do iudicium rescisorium para a análise dos fatos relatados em sua petição inicial, por força da coisa julgada material formada validamente em virtude da ausência de alegação de prescrição de sua parte, no momento processual oportuno, inexistindo, portanto, julgamento violador dos dispositivos legais questionados nesta via.

Nesse sentido, cito jurisprudência que versa a respeito do tema:

PROCESSO CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - INOCORRÊNCIA - I - Na rescisória fundada no art. 485, inciso V, do CPC, a violação de dispositivo de Lei deve ser literal, frontal, evidente. II - Rescisória julgada improcedente. (TJMA, Ag n. 06709-1997, (53161/2005), Câmaras Cíveis Reunidas, Rel. Des. Antonio Guerreiro Júnior, julgado em 18.2.05).

AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - NÃO CARACTERIZAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA - A violação a literal disposição de Lei que enseja o corte rescisório, nos termos do art. 485, V, do CPC, há que ser flagrante, ou seja, direta e objetiva, em suma, há que ser visível à primeira vista, independente do exercício interpretativo e subjetivo de analisar os elementos probatórios e aplicar a Lei ao caso concreto. (TRT, Ag n. 0034/2001, Décima Oitava Região, Rel. Juiz José Luiz Rosa, julgado em 14.8.01).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSITIVO DE LEI - OFENSA A COISA JULGADA - FGTS - CORREÇÃO MONETÁRIA - DIFERENÇAS - I- A ação rescisória proposta com fundamento no art. 485, V, do CPC requer a violação literal e direta de norma apreciada pela decisão rescindenda. Todavia, o autor sustenta ofensa a dispositivo que nem sequer foi examinado, ou mesmo se relaciona com a matéria tratada pela decisão rescindenda. II- O autor faz uso de fato superveniente à decisão rescindenda para fundamentar a pretensa ofensa ao dispositivo legal, assim, não há como se falar em violação literal e direta. III- O fato de existirem julgados anteriores sobre a mesma matéria julgada pela decisão rescindenda, não caracteriza coisa julgada, que pressupõe identidade de partes, pedido e causa de pedir (art. 300, § 2º, do CPC), inexistente no caso IV- Processo julgado extinto, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. (TRF, Segunda Região, AgRg 2002.02.01.049107-0, Quarta Seção, Rel. Des. Fed. Raldênio Bonifácio Costa, DJU 11.8.05, p. 37).

De outro vértice, não obstante o autor alegar que sua demanda rescisória é fundada em violação literal a dispositivo de lei, pretende abrir nova discussão sobre os fatos apreciados e decididos na ação de cobrança, por entender ter incorrido em erro o nobre julgador.

Ocorre que a alegação de erro de fato no julgamento, fulcrada no art. 485, IX, do CPC, não merece ser acolhida pelas mesmas razões despendidas para afastar a violação aos artigos 46 do CPC e 896 do CC de 1916.

É que o autor, para trazer esta última questão, ainda se apegava ao entendimento de que houve condenação solidária em seu desfavor e da empresa H.F. Transportes e Comércio de Combustíveis Ltda., o que, como já satisfatoriamente demonstrado, não aconteceu.

Aduz que os documentos de f. 21-22 não foram analisados corretamente, pois deles extrai-se que a ART (anotação de responsabilidade técnica) n. 215894 se refere a um serviço contratado exclusivamente pela empresa de combustíveis, cabendo somente a ela responder pelas obrigações oriundas dessa avença.

No entanto, após a emenda à inicial daqueles autos, restou evidente que a discussão da lide se limitou ao contrato instrumentalizado pela ART (anotação de responsabilidade técnica) n. 512897, de responsabilidade do autor, como confessado por ele próprio.

Tanto o é que a controvérsia residiu mais intensamente em relação ao real valor do serviço contratado e da prestação realizada parcialmente pela construtora, em razão da discrepância entre o documento de f. 22 (R\$ 70.000,00) e o orçamento de f. 27-30 (R\$ 111.424,26).

Assim não vislumbro qualquer erro de fato resultante dos documentos de f. 21-22 no julgado que o autor pretende rescindir, visto que este se encontra em consonância com a análise dos mencionados artigos.

Luiz Rodrigues Wambier<sup>1</sup> leciona que: “Assim, a interpretação a ser dada a este inciso, do art. 485 é a de que cabe rescisória quando a sentença resultar de um erro que seja verificável de mero exame dos autos do processo”.

Não fosse por isso, a jurisprudência traz que “O erro de fato que dá margem à rescisória é aquele que, observados os requisitos do inciso IX do art. 485, CPC, serve de fundamento a sentença rescindível, que teria chegado a conclusão diversa não fora ele”. (RTJ 136/55).

Consoante dito, o Juízo analisou corretamente os documentos, sendo impossível se chegar a outra conclusão nos autos da ação de cobrança através da reapreciação dos artigos de f. 21-22. Ao contrário do aduzido pelo autor não lhe foi imputada a obrigação contratada pela empresa de combustíveis, razão pela qual seu pedido deve ser julgado improcedente.

Ante o exposto, não se configurando juridicamente a alegada existência de violação à literal dispositivo de lei, tampouco erro de fato resultante de atos ou documentos, com o parecer, julgo improcedente o pedido demandado nesta ação rescisória, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, da Lei Adjetiva, oportunidade em que condeno o autor nos ônus sucumbenciais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), com espeque no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

1 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. v. 1: Teoria Geral do Processo de Conhecimento. 9. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 638.

**DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, JULGARAM IMPROCEDENTE A AÇÃO. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 1º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Mandado de Segurança n. 2008.032981-8 - Capital**  
**Órgão Especial**  
**Relatora Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges**

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA – PROVA DISCURSIVA – VÍCIO NA CORREÇÃO DO RECURSO – ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO – INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, VINCULAÇÃO AO EDITAL, MOTIVAÇÃO, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO – CONCESSÃO DA LIMINAR – APROVAÇÃO NAS ETAPAS POSTERIORES – APLICAÇÃO DA TEORIA DO ATO CONSUMADO – ORDEM CONCEDIDA.

A preliminar de inadequação da via utilizada deve ser apreciada com o mérito, pois sustentada na legalidade do ato praticado.

A decisão do recurso que se baseia em informações distorcidas da realidade fere diretamente o princípio da motivação, ampla defesa e contraditório, e, por conseguinte, os princípios da legalidade e da vinculação ao edital.

Demonstrando os candidatos estarem aptos para o exercício do cargo para o qual concorreram, em razão de terem logrado êxito em etapas seguintes à concessão da liminar, cujo grau de dificuldade é superior à própria fase em discussão, razoável a aplicação da ‘Teoria do Fato Consumado’, consolidando os efeitos da medida prematuramente deferida.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e com o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto da relatora. Ausentes, nesta sessão, justificadamente, os vogais 1º, 4º, 7º, 8º e 11º.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2008.

Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

## **RELATÓRIO**

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges

Maria Serra Carvalho e Paulo Sérgio Ribeiro impetram o presente mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato praticado pelo Conselho Superior da Magistratura, consistente na manutenção da decisão do recurso administrativo interposto em razão do resultado da prova discursiva – grupo III, do XXVIII Concurso para o Cargo de Juiz Substituto do Estado de Mato Grosso do Sul.



Sustentam, em síntese, que foram aprovados na primeira etapa do certame, contudo, na segunda, representada pelas provas discursivas (grupo I, II e III), não obtiveram êxito, recorrendo do resultado destas, inclusive da prova do grupo III, consistente na sentença.

Assim, inconformados com a pontuação dos exames, mormente o do grupo III, em razão de acreditarem que as sentenças por eles elaboradas continham todos os requisitos apontados na planilha de correção, interpuseram recurso administrativo perante a Fundação Getúlio Vargas em face do resultado obtido.

Ocorre que a resposta ao recurso da prova discursiva III foi negativa e, segundo os impetrantes, utilizando-se de fundamentação sucinta, deixando o ato sem a motivação necessária, visto que não foram explicadas, detalhadamente, as omissões dos impetrantes, como, por exemplo, sobre o que teriam deixado de discorrer, assim como quais assuntos teriam sido abordados de maneira parcial.

Acreditando haver irregularidade na superficialidade da correção, levaram a decisão à revisão do Conselho Superior da Magistratura, que, ao receber a súplica, intimou a fundação terceirizada a prestar informações, e esta, por sua vez, respondeu genericamente acerca da prova discursiva I, ao passo que, frise-se, os impetrantes insurgiram contra o resultado da prova discursiva III.

Com isso, tal Órgão, ao proferir uma decisão também genérica, na qual, aliás, referiu-se ao impetrante Paulo Sérgio Ribeiro como candidata, baseou-se em informações completamente alheias ao caso em análise e manteve o entendimento exarado pela Fundação.

Destarte, impetraram o presente mandamus, pretendendo a reanálise do pedido de revisão de cada um deles, interposto em face do resultado do recurso da prova discursiva III, desta vez baseada em informações prestadas pela FGV de forma correta, de acordo com os critérios previamente estabelecidos nas regras que regem o certame – planilha de correção da prova de sentença penal.

Aduzem que o ato impugnado é abusivo, traduz desvio de finalidade, segundo preconiza o art. 2º da Lei n. 4.717/65, pois o impetrado manteve as notas atribuídas pela FGV, utilizando as informações por ela prestadas, elaboradas em total descompasso com o caso tratado, tanto que devem ser consideradas inexistentes.

O ato coator fere os princípios que norteiam a Administração, mormente o da legalidade, sendo evidente a ausência de motivação da resposta ao recurso relativo à prova discursiva III, ocasionando, por sua vez, a impossibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório.

Ressaltando a presença dos requisitos que autorizam o deferimento da medida liminar, pugnam por sua concessão, para serem autorizados a participar das demais fases do certame, até que seu recurso seja efetivamente analisado.

Ao final, pedem pela confirmação de seus efeitos, para que seja definitivamente concedida a segurança, reconhecendo o direito líquido e certo dos impetrantes de ter uma nova decisão, devidamente motivada, sobre os recursos administrativos interpostos perante o Conselho Superior da Magistratura em face da prova discursiva III.

A medida liminar pleiteada foi concedida às f. 212-218, pelo desembargador de plantão, a fim de possibilitar aos impetrantes que realizassem as etapas seguintes do certame.

O presidente do Conselho Superior da Magistratura, em informações prestadas às f. 232-233, suscitou, preliminarmente, a inadequação da via utilizada, por inexistir ilegalidade a ser combatida e, no mérito, a inexistência de direito líquido e certo e a legalidade da decisão proferida pelo impetrado, pugnando pela denegação da ordem.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se, às f. 241-246, pela concessão da segurança pleiteada, por entender necessário realizar nova correção dos recursos examinados pela FGV.

## VOTO

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Maria Serra Carvalho e Paulo Sérgio Ribeiro, objetivando a nulidade da decisão do recurso administrativo interposto em face do Conselho Superior da Magistratura, que, por intermédio da ‘Comissão Examinadora’, manteve a correção realizada pela Fundação Getúlio Vargas no recurso interposto contra o resultado da prova discursiva III, aplicada no XXVIII Concurso da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Inicialmente, afasto a preliminar de inadequação da via utilizada, suscitada pela autoridade coatora. A questão da existência ou não de ilegalidade do ato praticado se confunde com o mérito, deve ser analisada juntamente com este.

No mérito, em que pesem as insurgências levantadas pela autoridade impetrada, verifico que assiste razão aos impetrantes, ao argumentarem que seu recurso, interposto em face do resultado da prova discursiva III, não foi apreciado corretamente.

Vê-se, às f. 68 e 189, que as respostas aos recursos administrativos interpostos pelos impetrantes em face da prova discursiva III foram devidamente fundamentadas, independentemente da profundidade do discurso nelas utilizado.

Contudo, por acreditar que as razões deveriam ser mais claras e específicas, os impetrantes estenderam a súplica ao Conselho Superior da Magistratura, com fundamento nos artigos 45 e 46 da Resolução n. 540, de 23 de janeiro de 2008, e nos itens 15.2 e 15.4 do Edital 02/2008 do respectivo concurso.

Pois bem, recebidos ambos os recursos, o impetrado, por intermédio do Desembargador Relator da ‘Comissão Examinadora’, remeteu os autos à FGV, com a finalidade de serem prestadas as informações necessárias à instrução do feito, o que foi realizado em completo descompasso com os elementos fáticos atinentes ao objeto do recurso, consoante demonstram os documentos acostados às f. 117-121 e 201-205 deste mandamus.

O equívoco da Fundação terceirizada é ululante, visto que, ao prestar as informações ao recurso administrativo interposto em face da prova discursiva III, referiu-se a disciplinas cobradas na prova discursiva I, além de estar evidente que tal manifestação foi extremamente genérica, pois idêntica, em ambos os casos.

Em seguida vieram as decisões do Conselho, cujas cópias se encontram às f. 123-124 e 207-210, onde os recursos administrativos foram improvidos. Contudo, diante dos acontecimentos que antecederam as aludidas decisões, é inegável que estão eivadas de vício decorrente das informações prestadas erroneamente, nas quais se basearam os desembargadores membros da ‘Comissão Examinadora’.

Por esta razão, permitir que as referidas decisões sejam mantidas constitui uma verdadeira afronta aos princípios que regem a Administração, mormente os da legalidade, vinculação ao edital, motivação, ampla defesa e contraditório.

Sabe-se que as normas contidas no edital do concurso vinculam tanto o órgão estatal que o promove quanto os participantes do certame, razão pela qual devem ser devidamente respeitadas. *In casu*, os impetrantes tinham o direito de ter seu recurso analisado de acordo com os critérios preestabelecidos pelo próprio impetrado, por meio do edital, o que não foi feito.

Essa assertiva tem seu fundamento tanto na vinculação ao edital a que a Administração está jungida quanto nos princípios da ampla defesa e contraditório, assegurados pela Carta Maior.

Sobre o tema, pertinente trazer as seguintes lições:

As considerações expendidas permitem concluir que o poder público encontra-se tão ou mais sujeito à observância do edital que os candidatos, pelo simples fato de que presidiu sua elaboração e, portanto, escolheu seu conteúdo. Por isso, a Administração não pode evadir-se simplesmente das regras que ela mesmo determinou e às quais aderem os candidatos. O princípio da moralidade, neste momento encarado sob o aspecto da confiança recíproca e da boa fé, exige da Administração postura de respeito aos parâmetros previamente definidos no instrumento, que é o vínculo entre poder público e candidatos.<sup>1</sup>

[...]a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes. [...]

[...] litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se antepõem face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide.<sup>2</sup>

Ressalta-se que levadas as decisões em comento à revisão do Conselho Superior da Magistratura, este as manteve invictas por intermédio de decisões também superficiais, que nem sequer suscitaram a ocorrência do equívoco cometido pela FGV ao prestar suas informações, o que demonstra a ausência de análise aprofundada do caso, tolhendo o direito dos impetrantes de exercer a ampla defesa e contraditório, restando a eles apenas a utilização desta via para ver resguardado seu direito líquido e certo.

Novamente, Hely Lopes Meirelles afirma que:

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 situação e fatos indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.<sup>3</sup>

Dessa forma, diante das respostas ofertadas pela Fundação Getúlio Vargas, endossadas pelo impetrado, torna-se flagrante a ilegalidade cometida na análise dos recursos administrativos, que infringiu princípios básicos que norteiam a Administração ao deixar de se pronunciar efetivamente acerca das questões levantadas pelos candidatos.

Sobre o princípio da motivação, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>4</sup> leciona:

Dito princípio implica para a Administração o dever justificar seus atos, apontando-lhes o

1 MOTTA, Fabrício. **Concursos públicos e o princípio da vinculação ao edital**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 972, 28 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8035>>. Acesso em: 20.11.08.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 99.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Melhoramentos, 2004, p.37.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 111 e 108-109.

fundamento de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos e que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

[...]

O fundamento constitucional da obrigação de motivar está – como se esclarece de seguida – implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do ‘porquê’ das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares último de poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.

Destarte, considerando que nos autos existem elementos suficientes a demonstrar o direito líquido e certo dos impetrantes, que possuem garantia constitucional de recorrer, bem como de obter a respectiva resposta, devidamente motivada, de acordo com as regras editalícias, tenho que a pretensão merece guarida.

Por outro lado, merece ser verificado que, em razão da liminar concedida nestes autos, foi oportunizado aos impetrantes lograr êxito nas fases subsequentes do certame, inclusive na prova oral, cujo grau de dificuldade é sabidamente elevado, de maneira que demonstraram estar aptos a exercer o cargo para o qual concorreram.

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

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO EM EXAME PSICOTÉCNICO. CONTINUIDADE NO CERTAME POR FORÇA DE MEDIDA LIMINAR. APROVAÇÃO. POSSE E EXERCÍCIO HÁ MAIS DE DEZ ANOS. CONVALIDAÇÃO E TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. A teoria do fato consumado é discutível criação jurisprudencial, cuja invocação, quando admitida, somente é cabível em situações especialíssimas, mormente quando se preserva situação decorrente de liminar, embora irregular e ilegal, porque consolidada no tempo e irreversível.

2. Pena de se atender mais à letra do que ao espírito da lei, forçoso reconhecer como caracterizada a convalidação da investidura no cargo público, a ensejar a aplicação da teoria do fato consumado, nas hipóteses tais, em que o candidato, por força de medida liminar, prossegue no certame e é aprovado, e assim permanece no exercício da função por mais de dez anos.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 139279/ES, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 22.4.08)

Para melhor compreender os fundamentos do julgado acima, segue parte do voto nele proferido:

*In casu*, contudo, a questão apresenta contornos peculiares e merece solução diversa.

Consta que os agravados submeteram-se a concurso público para o cargo de Escrivão de Polícia do Estado do Espírito Santo, obtendo sucesso em todas as provas a que se submeteram, com exceção do exame psicológico.

Impedidos de prosseguir no certame, impetraram mandado de segurança, tendo sido concedida a segurança, ratificando a liminar, para que prosseguissem nas demais etapas do concurso.

[...]

Consta dos autos que os recorridos estão exercendo suas atividades com desempenho elogiável, segundo documentação que acostaram na medida cautelar (fls. 169/175), em apenso.

A convalidação é instituto de direito administrativo, consagrado na doutrina e na jurisprudência pátrias, que foi positivado com a edição da Lei n. 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999, que “Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, *verbis*:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

[...]

Tem-se, assim, que a convalidação, ou seja, o suprimento da invalidade do ato com a correção do defeito invalidante, pode se dar por iniciativa do interessado, mediante a reprodução do ato sem o vício que o eivava, alcançando retroativamente o ato inválido, de modo a legitimar os seus efeitos pretéritos.

Na espécie, ao que se tem, os candidatos haviam sido reprovados no teste psicotécnico, impedidos de prosseguir no certame, buscaram o suprimento do motivo do ato de exclusão, submetendo-os às demais fases do processo seletivo, em que obtiveram aprovação, preenchendo, assim, os requisitos à investidura no cargo.

[...]

Tenho, pois, pena de se atender mais à letra do que ao espírito da lei, como caracterizada, ante à peculiaridade da espécie, a convalidação da investidura dos candidatos na função de Escrivão de Polícia, a ensejar a aplicação da teoria do fato consumado.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental. g.n.

Analisando detidamente o problema em espeque, vislumbra-se estarem presentes requisitos ensejadores da aplicação de uma exceção, qual seja, a ‘Teoria do Fato Consumado’, pois, considerando a conhecida dificuldade do processo seletivo do cargo para o qual os impetrantes concorreram, bem como a do cargo em si, ao constatar que foram aprovados nas etapas seguintes à concessão da liminar, há de ser reconhecida a aptidão para o exercício da respectiva função.

Dessa forma, o vício do ato coator deve ser sanado de maneira a conceder aos impetrantes os efeitos da aprovação na prova discursiva III, possibilitando a eles serem devidamente nomeados e empossados no cargo de Juiz de Direito Substituto.

Por oportuno, insta esclarecer que a intervenção do Poder Judiciário em questões de concurso público, de competência da Administração, deve se limitar a situações onde restem desrespeitados os princípios que a regem, o que pode ser observado com clareza no caso em esboço.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO. CONTROLE JURISDICIONAL. ANULAÇÃO DE QUESTÃO OBJETIVA. POSSIBILIDADE. LIMITE. VÍCIO EVIDENTE. ERRO MATERIAL INCONTROVERSO. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios de formulação e correção de provas. Com efeito, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame.

2. Excepcionalmente, em havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público (exame de ordem) que possa causar dúvida, como é o caso, bem como ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes.

3. Recurso especial não-provido. (REsp n. 731257/RJ, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJ 5.11.08.)

ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO DE INGRESSO PARA OS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – PROVA DE TÍTULOS – ARTIGOS PUBLICADOS – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL – LIMITES DO EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO – PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que o exame dos atos da Banca Examinadora e das normas do edital de concurso público pelo Judiciário restringe-se aos princípios da legalidade e da vinculação ao edital (Precedentes).

2. Legalidade da limitação imposta pelo edital, no sentido de não considerar artigo publicado em boletim, ante a autorização concedida ao Corregedor-Geral pelo art. 6º da Lei 11.183/98 para delimitar os títulos passíveis de aceitação para fins de prova.

3. Ato administrativo que, ao computar uma única vez artigo publicado em duas revistas, não merece qualquer reparo. Entretanto, houve desrespeito ao edital quando não computados três artigos de autoria do impetrante que, embora tenham enfoque tributário, tratam de temas que guardam absoluta relação com a função a ser desenvolvida.

4. Recurso ordinário provido em parte para conceder parcialmente a segurança. (RMS n. 25615/RS, Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ 27.6.08).



RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. QUESTÃO, NA PROVA OBJETIVA, SOBRE MATÉRIA NÃO INSERIDA NO EDITAL. ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE. PRECEDENTES.

1. No que refere à possibilidade de anulação de questões de provas de concursos públicos, firmou-se na Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça entendimento de que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios na formulação e correção das provas. Com efeito, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pela sua análise.

2. Excepcionalmente, contudo, em havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, por ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade.

3. Hipótese dos autos que se insere nessa situação excepcional, pois contempla caso de flagrante divergência entre a formulação contida em determinada questão da prova objetiva e o programa de disciplinas previsto no instrumento convocatório.

4. Recurso especial conhecido, mas improvido. (REsp n. 935222/DF, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJ 18.2.08, p. 90)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DISCURSIVA. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA EDITALÍCIA E REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA.

1. A alegada ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil não subsiste, tendo em vista que o acórdão hostilizado solucionou a quaestio juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram o seu convencimento.

2. Nos termos da remansosa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não pode o Poder Judiciário imiscuir-se na valoração dos critérios adotados pela Administração para a realização de concursos públicos, salvo quanto ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e o seu cumprimento durante a realização de certame. Precedentes.

3. A divisão dos critérios de avaliação da prova discursiva em subitens, por si só, não gera qualquer ilegalidade, desde que estes não constituam novos parâmetros de correção não previstos na norma editalícia. Desse modo, se os subitens constantes da planilha de correção apenas detalham o critério anteriormente previsto, guardando total correspondência com o item a que se referem, conforme reconhecido pelo Tribunal *a quo*, não há qualquer malferimento ao princípio da vinculação ao edital.

4. No caso, ressaltou a Corte de origem que os critérios questionados são intrínsecos aos tópicos de correção, sendo até mesmo desnecessário que fossem explicitados separadamente. Assim, não há como ser modificada essa conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* após análise das provas carreadas aos autos, ante a vedação constante do enunciado n.º 07 da Súmula desta Corte. Precedentes.



5. Recurso especial desprovido. (REsp n. 772726/DF, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 6.8.07, p. 638).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO DE INGRESSO PARA OS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS. QUESTIONAMENTO ACERCA DA NOTA RECEBIDA NA PROVA DE TÍTULOS. NÃO-ATRIBUIÇÃO DE PONTOS RELATIVOS A CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU (ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL), PORQUANTO NÃO-DIRETAMENTE VINCULADO AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO NOTARIAL E REGISTRAL. INTERPRETAÇÃO LITERAL DO EDITAL QUE REGULOU O CONCURSO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. Não obstante alguns atos realizados durante um concurso público sejam dotados de natureza discricionária, entre os quais se destacam os critérios de avaliação adotados por banca examinadora, é viável a intervenção do Poder Judiciário em causas que digam respeito a eventual inobservância dos princípios que regem a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da vinculação ao edital.

2. No entanto, na hipótese, a controvérsia não tem por sustentáculo eventual ato contaminado por ilegalidade, mas mero inconformismo com a interpretação (literal) atribuída à disposição do edital no sentido de que, em relação aos títulos de pós-graduação, só seriam aceitos os de “cursos jurídicos diretamente vinculados ao exercício da função notarial ou de registro”, sendo desprovida de razoabilidade a alegação no sentido de que, no ponto, o edital foi inobservado.

3. Conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas, quando tais critérios tiverem sido exigidos de modo imparcial de todos os candidatos (MS n. 21.176/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ de 19.12.90; RE n. 140.242/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 21.11.97; RE n. 268.244/CE, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 30.6.2000; RE-Agr 243.056/CE, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 6.4.01).

4. Recurso ordinário desprovido. (RMS n. 21781/RS, Primeira Turma, Min<sup>a</sup>. DENISE ARRUDA, DJ 29.6.07, p. 486).

Por tais razões, com o parecer, concedo a ordem pleiteada, consolidando os efeitos anteriores da liminar deferida, concedendo aos impetrantes, de forma definitiva, os efeitos da aprovação na prova discursiva – grupo III, aplicada no XXVIII Concurso da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Sr. Des. Gilberto da Silva Castro (2º Vogal)

Os impetrantes manejaram ação de segurança em face do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça-MS, com pedido de liminar, para participarem da fase oral do XXVIII concurso de ingresso na magistratura e também para ser determinado à Comissão do referido Concurso, coordenado pela Fundação Getúlio Vargas, para apreciar o seu recurso administrativo na parte da impugnação quanto à Prova Discursiva III, pois a FGV teria se omitido nesse ponto do recurso, o que foi cancelado pelo Conselho, ora impetrado.

Na letra “b”, de f. 25, da inicial, requerem os impetrantes: “que seja definitivamente concedida a

segurança para que, no mérito do controle de legalidade do ato administrativo, seja reconhecido o direito líquido e certo dos impetrantes e deferida definitivamente a segurança pretendida, especialmente para o fim de reconhecer que a decisão do Conselho Superior da Magistratura é anulável e que deve ser emitida nova decisão sobre o recurso”.

Sustentam os impetrantes, que eles recorreram do grupo III (Prova Discursiva III, da 2ª Etapa), que tratava da prova prática de sentença penal.

Alegam os impetrantes que houve omissão da FGV, evidenciando-se a ilegalidade pela ausência de correção do recurso no tocante à prova discursiva III, porquanto obtiveram aprovação em dois dos três grupos constantes da segunda fase do certame.

Em resumo, a impetração objetiva a reforma das decisões do Conselho Superior da Magistratura, que manteve as decisões da banca examinadora (f. 123-4 e 207-10), apesar de que os recursos não foram apreciados no tocante à prova discursiva III, por omissão da Fundação.

Entendo que assiste razão aos impetrantes quando reclamam da existência de omissão da correção realizada pela FGV, porque não houve fundamentação no recurso relativo à prova discursiva III, tal como destacado na voto da douta relatora.

Todavia, peço vênia para discordar da relatora na parte do seu voto em que, por considerar que os candidatos obtiveram aprovação na prova oral (3ª etapa), feita por força da liminar deferida, concedeu a ordem na forma extra petita, porque, ao invés de determinar à Comissão para proceder a novo exame do recurso administrativo, fundamentando-o devidamente no ponto omissor, concluiu por considerá-los aprovados na questionada prova, onde eles obtiveram somente 3.47 pontos (Maria Serra Carvalho) e 3.93 pontos (Paulo Sérgio Ribeiro), insuficientes, nos termos do item 9.1.4, do edital do concurso.

A teoria do fato consumado, adotada no voto da relatora, a meu ver, não se adequa ao caso dos autos, dado que o concurso está em andamento, e não é lícito, ou não pode existir controle jurisdicional, notadamente em ação de segurança, para conferir nota aos candidatos, adotando como certa a matéria de fato, que resultou controvertida.

E ainda a propósito dessa teoria, o entendimento esposado pela relatora está em oposição a reiterados julgados, incluindo do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Na Medida Cautelar 2006/0100009-6, julgada pela Quinta Turma do STJ em 19.4.2007, relator o Min. Gilson Dipp, na parte que interessa ao presente feito, ficou assim alinhado no acórdão unânime: “II – Na hipótese dos autos, mesmo que possa restar caracterizada a ocorrência de eventual *periculum in mora*, não há como se antever a ocorrência do *fumus boni iuris*, tendo em vista que a Eg. Terceira Seção desta Corte firmou entendimento no sentido de que o candidato sub judice aprovado e classificado em concurso público não tem direito líquido e certo à nomeação, sendo garantida somente a reserva de vaga até o trânsito em julgado da decisão judicial que lhe garantiu a participação no certame.(...) IV – Tendo em vista que na petição originária do “*writ*” não há qualquer pedido relativo à posse, mas apenas à participação dos candidatos nas demais etapas do concurso em comento, mostra-se impossível a concessão do pedido formulado na presente cautelar por transbordar dos limites do pleito formulado no mandado de segurança. V – A egrégia Terceira Seção possui entendimento no sentido de afastar a aplicação da “Teoria do Fato Consumado” nas hipóteses em que os candidatos tomaram posse sabendo que os seus processos judiciais ainda não haviam findado, submetendo-se aos riscos da reversibilidade do julgamento. Na hipótese os candidatos sequer tomaram posse, mas apenas fizeram o curso de formação, motivo pelo qual não há falar em fato consumado. VI – Medida cautelar julgada improcedente.”(in DJ 4.6.2007, p. 376, LexSTJ vol.215 p. 70).

No Agravo Regimental no recurso de Mandado de Segurança n. 2007/0172432-1, julgado pela Quinta Turma em 19.6.08, relator o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, na parte que interessa ao presente feito, restou assim alinhado no acórdão unânime: “4. Consoante entendimento desta Corte, a chamada teoria do fato consumado não se aplica às hipóteses nas quais o candidato toma posse consciente de que sua situação encontra-se sub judice, uma vez que sua participação no certame ocorreu por força de decisão liminar”. (DJ 4.8.08).

Na Medida Cautelar no Recurso Especial 662.711, julgada pela Quinta Turma em 14.10.08, relatora a Ministra Laurita Vaz, na parte que interessa ao presente feito, restou assim alinhado no acórdão unânime: “2. É de ser afastada a aplicação da teoria do fato consumado nas hipóteses que a nomeação decorre de decisão judicial precária sujeita ao risco da reversibilidade, em face do julgamento definitivo do mérito da demanda, tal como ocorreu no caso em apreço. Precedentes do STJ”. (Boletim do STJ n. 17, primeira quinzena, novembro/2008).

O ato administrativo atacado é a decisão colegiada, do Conselho da Magistratura, que unânime, negou provimento aos recursos dos candidatos, mantendo a falha existente na apuração feita pela FGV e convalidada pela Comissão do Concurso, de maneira que a decisão da segurança não pode ultrapassar, ou suplantar, as balizas do pedido que, em síntese, reclama pelo reconhecimento da existência de erro no julgamento do recurso pelo Conselho da Magistratura ao não se pronunciar, clara e expressamente, sobre o engano, ou lacuna, apontados pelos impetrantes.

Em face do exposto, concedo a segurança, nos estritos termos do pedido, para ordenar que o Conselho impetrado se manifeste precisamente sobre a Prova Discursiva III, confirmando ou não as notas atribuídas aos impetrantes.

O Sr. Des. Rêmolio Letteriello (3º Vogal)

Divirjo da observação do Des. Gilberto para que a comissão examinasse a prova.

Quando das informações, a autoridade impetrada já manteve o mesmo entendimento que justificou a negativa do indeferimento do recurso.

Entendo que, no caso, deve ser aplicada a teoria do fato consumado, ante a circunstância dos impetrantes terem sido aprovados na última fase do concurso, ou seja na prova oral.

Não tenho dúvida nenhuma em acompanhar integralmente o voto da relatora.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (5º Vogal)

De acordo com o voto da relatora. Concedo, aplicando a teoria do fato consumado.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (6º Vogal)

De acordo com a relatora.

O Sr. Des. Josué de Oliveira (9º Vogal)

De acordo com a relatora.

O Sr. Des. Joenildo de Souza Chaves (10º Vogal)

Entendo que a decisão da relatora extrapola o pedido.

O pedido é para que tenha ele uma nova decisão, devidamente motivada. A relatora considerando os impetrantes como aprovados; entendo que isso foge do pedido. Por esta razão concedo parcialmente acompanhando o Des. Gilberto.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (12º Vogal)

Entendo que, uma vez que o candidato, mediante uma liminar, obteve aprovação na prova oral, não há dúvida nenhuma de que ele deve ser nomeado. Acompanho o voto da relatora.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa da Silva (13º Vogal)

Voto pela concessão da segurança pleiteada, nos termos do douto parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, com o fim específico de garantir aos impetrantes Maria Serra Carvalho e Paulo Sérgio Ribeiro o direito a uma nova correção do seu recurso administrativo, no que se refere à prova discursiva do grupo I.

Com efeito, sabido é que todo concurso público deve pautar-se nos princípios norteadores da nossa ordem constitucional, entre eles o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, transparência, razoabilidade e motivação dos atos administrativos.

No caso dos autos, impossível determinar quais foram os critérios e parâmetros utilizados para a correção da questionada prova, sobretudo pela ineficiência e contradição da motivação apresentada pela Fundação responsável pelo certame, instituição renomada e prestigiada no âmbito nacional, dotada de pleno respeito e conhecimento na comunidade acadêmica e no meio jurídico.

Destarte, como forma de manifestação e concretização do princípio republicano, o concurso público não se harmoniza com certames que impossibilitam a interposição de recursos e/ou que não apontem, de forma objetiva e motivada, as razões de reprovação dos candidatos.

Importante salientar que não se trata o presente caso de uma análise do Judiciário sobre os critérios utilizados na correção da prova subjetiva ou mesmo sobre o recurso contra ela intentado, matéria essa interna corporis à administração por se tratar de questões de conveniência e oportunidade, mas, sim, da ausência ou insuficiência de motivação desses critérios.

Em outras palavras, não se questiona o mérito da decisão administrativa que reprovou os candidatos, mas, sim, a precariedade de fundamentação, elemento este passível de controle pelo Poder Judiciário.

A rigor, tem-se que a ausência de especificação dos critérios utilizados na correção do recurso, bem como a ausência de indícios de que nem sequer foi corrigido eiva tal ato com o vício da nulidade, principalmente

pela afronta ao princípio da motivação e razoabilidade.

Em face do exposto, reconheço a ofensa a direito líquido e certo dos impetrantes e concedo-lhes a segurança que perseguem, nos termos do parecer.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA. AUSENTES, NESTA SESSÃO, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS 1º, 4º, 7º, 8º E 11º.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Gilberto da Silva Castro, Rêmolo Letteriello, Claudionor Miguel Abss Duarte, Oswaldo Rodrigues de Melo, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, Paschoal Carmello Leandro e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2004.009975-4 - Campo Grande****Quinta Turma Cível****Relator Des. Vladimir Abreu da Silva**

**E M E N T A** – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE TRABALHO – REALIZAÇÃO DE TRABALHO EM CONDIÇÕES CLIMÁTICAS ADVERSAS – AUSÊNCIA DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL – LESÃO CORPORAL – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO IMPROVIDO – RECURSO ADESIVO – AUSÊNCIA DE PREPARO – RECURSO DESERTO – NÃO CONHECIDO.

É responsabilidade do empregador os fatos ocorridos durante o expediente e em razão do serviço desempenhado pelo empregado.

É devido dano moral ao empregado que, na realização de serviços a mando do empregador, acidentou-se, experimentando sofrimento injusto, e deve ser arbitrado de modo a não ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, tampouco, exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento sem causa por parte da vítima.

Em havendo lesão proveniente de acidente de trabalho, os danos materiais são devidos para o pagamento de despesas com tratamento, medicamento e outras que se mostrem necessárias para completa recuperação do trabalhador.

Nos termos que prescreve o parágrafo único do art. 500 do Código de Processo Civil, aplicam-se ao recurso adesivo as mesmas regras do recurso principal, quanto ao preparo. Assim, não sendo a parte beneficiária da justiça gratuita, deve comprovar, no momento da interposição do recurso adesivo, o recolhimento do preparo, sob pena de deserção.

**ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2009.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, fixando indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), bem como indenização por danos materiais.

Alega que não há prova da existência de prejuízo de ordem moral, mas sim de que o apelado teve uma vida absolutamente normal nos últimos vinte anos, pois continuou a trabalhar dignamente e perceber salário de forma regular, até mesmo maiores do que aqueles recebidos anteriormente ao acidente.

Salienta que não há também prova da existência de dano material, por ter o apelado juntado aos autos comprovantes de outras despesas que não as provenientes de tratamento decorrentes do acidente sofrido, bem como meros orçamentos.

Sustenta que o acidente não passou de uma fatalidade, não havendo culpa por parte da empresa, que não tinha meios para impedir o sinistro, sendo que a atividade exercida era de responsabilidade pessoal do empregado.

Frisa que o apelado não precisava ser submetido a nenhum treinamento, por ser o funcionário que mais sabia aquele serviço.

Por fim, pondera que o acidente ocorreu diante das más condições de tempo para a realização do trabalho.

Por sua vez, José Eduardo Rodrigues interpõe recurso adesivo, manifestando sua irrisignação quanto ao valor arbitrado pelo dano moral, postulando sua majoração, de modo a compensar a intensidade da dor experimentada.

Pugna, ainda, pela condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos materiais, referentes às despesas com tratamento, medicação e deslocamento que necessite realizar.

As partes ofertaram contrarrazões, sendo arguida a preliminar de inadmissibilidade do recurso adesivo, tendo em vista a ausência de preparo.

## VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

I – Recurso de apelação interposto pela Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul.

No dia 20 de outubro de 1980, o apelante determinou que o apelado procedesse à retirada do conjunto de motobomba que se encontrava submerso, todavia as condições climáticas eram desfavoráveis à realização do trabalho, mas, mesmo assim, o empregador insistiu em sua execução, desconsiderando o perigo decorrente das condições do tempo.

Ao executar a tarefa, conforme determinado pelo apelante, o apelado sofreu acidente, no momento em que tentava desprender o cabo de aço, de modo que o pé dele foi colhido pela correia, arrancando-o quase que totalmente corpo dele.

Insurge-se a apelante contra a ausência de prova do efetivo prejuízo moral, afirmando não haver prova nos autos capaz de comprovar sua ocorrência.

Todavia, restou plenamente demonstrado, mediante laudos e declarações médicas, a ocorrência do dano moral, que se consubstancia no injusto sofrimento experimentado pelo apelado, em decorrência da fratura e luxação exposta do tornozelo direito, ocorrida por ocasião realização das atividades laborativas, gerando assim o dever de indenizar, nos termos do que prescreve o art. 159 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos.



Não obstante o tempo em que o apelado permaneceu inerte, sem que promovesse qualquer ato visando ao recebimento de indenização, a condenação do causador do dano ao pagamento de indenização é devida, visando minimizar a dor sofrida pelo lesionado.

Em decorrência da lesão sofrida pelo apelado, é inegável que tal fato influenciou em sua condição de vida, a qual saiu da normalidade a partir do momento do acidente, passando a fazer uso de medicamentos, submetendo-se a tratamento médico, além de ter sua mobilidade reduzida.

Melhor sorte não está reservada à apelante quanto à indenização por danos materiais, pois é crível que em decorrência do acidente o apelado teve diversos gastos, os quais se encontram plenamente demonstrados, mediante notas fiscais e comprovantes de pagamentos.

Ademais, não haverá pagamento indevido por despesas aleatórias, pois, como bem decidiu o juízo monocrático: “Quanto aos danos materiais, o autor tem direito de ser reembolsado pelos valores que gastou com os tratamentos efetuados e medicação utilizada em razão do acidente que lesionou seu tornozelo.”

Portanto, os valores a serem pagos ao apelado pelo dano material não serão outros, senão aqueles efetivamente gastos em razão do acidente ocorrido.

Apesar da alegação da apelante de que o acidente decorreu de fatalidade, o dever de indenizar é imputado à sua pessoa, uma vez que, apesar das condições climáticas e o horário que desfavoreciam a realização do trabalho, insistiu em realizá-lo, assumindo assim o risco da ação, além do que, em havendo relação empregatícia entre as partes, o apelado foi compelido a executar a atividade para a qual foi designado independentemente das condições do tempo e segurança.

Ademais, constata-se a presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil, considerando a relação entre a determinação de realização do serviço, apesar das condições precárias e a ausência de segurança e o sofrimento físico causado ao apelado em decorrência do acidente.

A apelante deveria proporcionar segurança ao apelado para a execução da tarefa.

Ressalte-se, ainda, que a responsabilidade pelo fornecimento de equipamento de segurança e de capacitação funcional é integralmente da apelante, que deve instruir os funcionários acerca de como proceder com cautela e segurança na execução dos trabalhos por ela designados, não bastando apenas a experiência adquirida pelo transcurso do tempo.

Não resta configurada a culpa recíproca, tendo em vista que foi a apelante quem agiu de modo imprudente, ao não se acautelar das medidas pertinentes para evitar a ocorrência do evento danoso.

Diante do que, encontrando-se no exercício de atividade designada pelo empregador, configurada está a responsabilidade da apelante por qualquer dano que vier a sofrer o empregado na execução de suas tarefas ou em razão destas, por força do que prescreve o art. 1.521, inciso III, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos.

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

II – Recurso adesivo interposto por José Eduardo Rodrigues de Oliveira.

Inicialmente analiso a preliminar de inadmissibilidade do recurso adesivo por ausência do preparo.

Os requisitos de admissibilidade aplicáveis ao recurso adesivos são os mesmos da apelação, nos termos do que prescreve o parágrafo único do art. 500 do Código de Processo Civil.

Em sendo o recolhimento do preparo requisito de admissibilidade recursal, sua ausência implica deserção, nos termos do que prescreve o art. 511 do Código de Processo Civil.

Assim, ante a ausência de recolhimento do preparo e, não sendo o apelante beneficiário da justiça gratuita, acolho a preliminar e deixo de conhecer o recurso adesivo.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE SANESUL E NÃO CONHECERAM DO RECURSO ADESIVO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Cível n. 2005.000622-7 - Naviraí**  
**Quinta Turma Cível**  
**Relator Des. Vladimir Abreu da Silva**

E M E N T A – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ACIDENTE OCORRIDO NO INTERIOR DE INSTITUIÇÃO ESTADUAL DE ENSINO – FATO PRATICADO POR TERCEIRO – SENTENÇA PENAL TRANSITADA EM JULGADO – IRRELEVÂNCIA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DEVER DO ESTADO DE ZELAR PELA INTEGRIDADE DOS ALUNOS ENQUANTO PERMANECEREM NAS DEPENDÊNCIAS DA UNIDADE ESCOLAR – REDUÇÃO DA CAPACIDADE AUDITIVA – DANO MORAL CONFIGURADO – INDENIZAÇÃO FIXADA EM VALOR RAZOÁVEL – PENSÃO MENSAL ATÉ OS 65 ANOS – MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ARBITRADOS EM FAVOR DO ADVOGADO DATIVO – CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O VALOR FIXADO PELO DANO MORAL – INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO ARBITRAMENTO – SÚMULA 362 DO STJ – RECURSOS VOLUNTÁRIO E OBRIGATÓRIO PROVIDOS PARCIALMENTE.

É responsabilidade do Estado zelar pela integridade física e moral dos alunos que se encontrem sob sua guarda, e deve empregar diligências em vigilância, a fim de os preservar de qualquer ato de violência.

Em se tratando de responsabilidade objetiva, o Estado somente se exime do dever de indenizar em face da ausência de nexo de causalidade entre o seu agir (comportamento comissivo) e o dano causado, razão pela qual é irrelevante que o fato criminoso tenha sido cometido por terceiro, mesmo havendo sido apurada culpabilidade dele na esfera criminal por sentença transitada em julgado.

O dano moral deve ser fixado por arbitramento, a teor do que dispõe o artigo 1.553 do Código Civil de 1916, vigente à época do fato, porém o valor da indenização não pode ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, tampouco, exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento sem causa da vítima.

Comprovado que a vítima sofreu redução da capacidade auditiva e, conseqüentemente, laborativa, faz-se necessária a fixação de pensão, até que complete a idade de sessenta e cinco anos, a fim de que seja recompensado pela limitação para o exercício de atividades que exijam maior acuidade auditiva.

Reduz-se o valor dos honorários arbitrados em favor do advogado dativo, levando-se em consideração o trabalho por ele realizado, limitado a poucas intervenções, e o tempo despendido na execução do serviço, a teor do que dispõe o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Incide correção monetária sobre o valor fixado pelo dano moral a partir da data de seu arbitramento, segundo o entendimento consolidado por meio da Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar parcial provimento ao recurso e ao de ofício, unânime, em parte com o parecer.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2009.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Estado de Mato Grosso do Sul interpôs recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido por Elves Ferreira dos Santos, condenando-o ao pagamento de indenização em decorrência de acidente ocorrido no interior de instituição estadual de ensino, nos seguintes termos: “a) danos morais no valor de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), acrescido de juros e correção monetária a partir do evento danoso; b) pensão mensal até os 65 anos de idade, ou anterior falecimento, no valor de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo devidos a partir do acidente, devendo os atrasados serem pagos de uma só vez, acrescido de juros e correção monetária a partir da data de seus vencimentos; c) despesas médicas e remédios no valor de R\$273,80 (duzentos e setenta e três reais e oitenta centavos), acrescidos de juros e correção monetária contados a partir da data constantes dos recibos e notas fiscais.”

Alega que no presente caso não se aplica a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que se identificou o causador dos danos ao apelado, o qual foi condenado pelo delito de lesão corporal de natureza grave, previsto no art. 129, § 1º, inciso III, do Código Penal, por sentença transitada em julgado.

Destaca que a condenação de Fábio da Silva de Araújo pela prática da lesão causada ao apelado configura a ocorrência de fato de terceiro, excluindo assim a responsabilidade do apelante, bem como o dever de indenizar, uma vez que não é decorrente sequer de qualquer de seus agentes públicos.

Aduz também que a sentença penal proferida no juízo criminal faz coisa julgada no cível, pois, havendo condenação por ato ilícito, a responsabilidade proveniente deste recai sobre o condenado.

Salienta que não se aplica ao presente caso a teoria da responsabilidade objetiva, mas sim a responsabilidade subjetiva, admitindo assim a exclusão da culpabilidade mediante prova de que não concorreu para a consumação do dano, independentemente do delito haver sido cometido nas dependências da escola.

Argumenta que houve excesso no quantum fixado pela indenização, uma vez que a natureza desta não é de reparar a dor, mas compensar a pessoa de alguma forma, minimizando a dor e o sofrimento por ela experimentado.

Sustenta que a fixação de pensão em favor do apelado, a ser paga até os 65 (sessenta e cinco) anos de idade, não merece prosperar, tendo em vista que não há provas nos autos de que o dano sofrido seja permanente, nem que esteja comprometendo sua capacidade laborativa.

Ao final, pugna pela reforma da sentença proferida pelo juízo singular, bem como pela redução dos honorários arbitrados em favor do advogado dativo, que atuou em favor de Fábio Silva Araújo.

Intimado, o apelado apresentou contrarrazões, oportunidade em que requereu a manutenção da sentença nos termos fixados pelo juízo *a quo*.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo parcial provimento do recurso, de modo a reduzir o valor arbitrado pelos honorários em favor do advogado dativo.

Por sua vez, o magistrado de primeiro grau determinou a remessa dos autos a esta Corte para o reexame necessário, a teor do que dispõe o artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil.

**VOTO**

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, irresignado com a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, que julgou parcialmente procedente o pedido de indenização formulado por Elves Ferreira dos Santos.

O fato ensejador do pedido de indenização ocorreu nas dependências da Escola Estadual “Presidente Médici”, no dia 6 de julho de 1999, onde, em decorrência de explosão de bomba de fabricação caseira, o apelado sofreu várias lesões, inclusive perfuração da membrana timpânica à esquerda, perda condutiva leve à direita e perda neurossensorial leve à esquerda; resultando em perda da capacidade auditiva.

Inicialmente, para eximir-se da obrigação que lhe é imposta, o apelante alega a ocorrência de fato de terceiro e que ao presente caso aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva.

Indubitável que a responsabilidade que recai sobre o Estado é objetiva, bastando para que reste configurado o dever de indenizar a demonstração do dano sofrido e do nexo de causalidade existente entre a ação ou omissão e o resultado lesivo, independentemente de quem o praticou, uma vez que ocorrido nas dependências de instituição pública de ensino.

Nesse sentido ensina Rui Stoco:

Responderá no plano reparatório se, durante a permanência no interior da escola, o aluno sofrer violência física ou inconsiderada atitude do colega, do professor ou de terceiros, ou ainda, qualquer atitude comissiva ou omissiva da direção do estabelecimento, que lhe sobrevierem lesões que exijam reparação e surja daí uma ação ou omissão culposa.<sup>1</sup>

Desse modo, o Estado será responsável por qualquer dano que o aluno vier a sofrer, seja qual for sua natureza, ainda que causado por terceiro, seja ele professor, aluno, visitante ou invasor, desde que ocorrido nas dependências das instituições de ensino por ele mantidas.

Assim, não há, também, falar em fato de terceiro como excludente de responsabilidade, mesmo havendo sido apurada sua culpabilidade na esfera criminal, porque, em se tratando de responsabilidade objetiva, o Estado somente se exime do dever de indenizar em face da ausência de nexo de causalidade entre o seu agir (comportamento comissivo) e o dano causado.<sup>2</sup>

O dever de indenizar emerge da Constituição Federal, no art. 37, § 6º, que prevê a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, assim como as de direito privado prestadoras de serviços público, quando seus agentes, nessa qualidade, causarem danos a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Houve falha na prestação do serviço público porque incumbia aos dirigentes e servidores da unidade escolar exercer fiscalização sobre todos os alunos para evitar o cometimento de atos de vandalismo, tais como a introdução de artefato nas dependências da escola e seu alojamento no banheiro, onde veio a explodir e a ferir gravemente o apelado.

Diante do que, demonstrado pelo laudo e atestado médico, f. 34, 40, 41 e 203, que, em decorrência do referido acidente, o apelado apresenta diversas lesões na região craniana e auricular, bem como redução da capacidade auditiva, impõe-se o reconhecimento do dever de indenizar por parte da administração estadual.

1 STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1107.

2 STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 975. Nota 4.00.

O injusto sofrimento imposto ao apelado, que em razão do acidente teve que se submeter a diversos tratamentos, não obtendo êxito na reversibilidade de seu quadro de saúde, conforme comprovam os documentos já referidos, caracteriza-se como dano moral, porque, naturalmente, abalou o estado psicológico e reduziu a capacidade laborativa dele, o que deu ensejo à indenização, nos termos do que dispõe o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

É certo que o valor fixado para o dano moral não possui o condão de reparar a dor, mas de compensar de alguma forma o dano sofrido, minimizando os sofrimentos do beneficiário.

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.<sup>3</sup>

No caso da lesão causada ao apelado, o dano moral deve ser fixado por arbitramento, a teor do que dispõe o artigo 1553 do Código Civil de 1916, vigente à época do fato. Nesse caso, o valor da indenização não pode ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, tampouco, exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento sem causa por parte da vítima.

Em tais circunstâncias, revela-se justa a fixação de indenização por dano moral no valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), cujo montante servirá como instrumento para amenizar a dor sofrida pelo apelado.

Restou plenamente demonstrada, mediante laudos médicos acostados à inicial e exame de corpo de delito, a ocorrência de várias lesões na região craniana, bem como na parte interna dos ouvidos.

Em decorrência das referidas lesões, o apelado passou a sofrer dores de cabeça e teve redução da capacidade auditiva, que é irreversível apesar dos tratamentos a que vinha se submetendo, que lhe ocasionou impedimento para exercer atividades laborativas que exijam acuidade auditiva.

Portanto, ante a redução da capacidade auditiva do apelado e, conseqüentemente laborativa, faz-se necessária a fixação de pensão, a fim de que seja recompensado pela limitação para o exercício de atividades que exijam maior acuidade auditiva.

Ressalte-se, ainda, que o artigo 1.539 do Código Civil, em vigor à época dos fatos, prescrevia que:

Art. 1.539. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se habilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Diante do que, mostra-se razoável a fixação da pensão em 50% do salário-mínimo, a ser paga desde a data do evento danoso, até que o beneficiário atinja 65 (sessenta e cinco) anos de idade, devendo ainda os valores atrasados ser corrigidos monetariamente a partir da data de seus vencimentos e pagos de uma só vez.

Por fim, quanto ao valor dos honorários arbitrados em favor do advogado dativo, constata-se que remunera de forma excessiva os serviços prestados pelo patrono do denunciado, Fábio Silva Araújo, desrespeitando assim o que dispõe § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, considerando que apresentou pequeno número de peças processuais.

3 STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 128.

Por tais motivos, reduzo a valor arbitrado para os honorários em favor do advogado dativo para R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), a ser pago pelo apelante, valor este que o remunera satisfatoriamente pelos serviços prestados e tempo despendido no exercício do patrocínio do denunciado.

Observa-se, ainda, que a sentença merece ser retificada, *ex officio*, no que diz respeito ao termo inicial da correção monetária, incidente sobre o valor fixado a título de dano moral, pois o juízo de primeiro grau determinou a atualização monetária desde a data do evento danoso, quando na realidade deverá incidir a partir de seu arbitramento, a teor do que dispõe o enunciado da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.”

Essa também é a orientação traçada por esta Corte, conforme se pode verificar nos precedentes abaixo colacionados:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO – NÃO-OCORRÊNCIA DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – DANO MORAL – FIXAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA DO DANO MORAL A PARTIR DE SEU ARBITRAMENTO – SÚMULA 362 DO STJ – LUCRO CESSANTE – PROVA TESTEMUNHAL DA ATIVIDADE LABORAL – ATIVIDADE INFORMAL – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – VALOR ESTIMATIVO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Responde a empresa de transporte coletivo de forma objetiva pelos danos causados por seus agentes, visto que se adota para esse tipo de responsabilidade a teoria do risco administrativo, devendo, portanto, indenizar suas vítimas, uma vez que deixou de provar qualquer excludente que isentasse sua responsabilidade pelo evento danoso.

A quantificação do dano moral deve ser mantida quando se verifica que foram observados os critérios que afastam o enriquecimento sem causa do ofendido e se constitui em efetivo e desestimulador alerta ao ofensor da prática que ocasionou o fato lesivo.

A correção monetária, nas hipóteses de indenização por dano moral, deve incidir a partir da data em que fora arbitrada a importância indenizatória, a teor da Súmula nº 362 do STJ.

Efetivamente demonstrado através de prova testemunhal que a autora desenvolvia atividade profissional informal como costureira e, atualmente, encontra-se impossibilitada de continuar seu ofício em decorrência do evento danoso, cumpre àquele que deu causa o pagamento do lucro cessante.

Tratando-se de indenização por dano moral, o valor postulado na inicial é meramente estimativo, de maneira que sua fixação na sentença em valor inferior ao estimado não implica em sucumbência recíproca, devendo ser aplicada a regra do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.<sup>4</sup>

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – PROTESTO INDEVIDO – DANO MORAL DEVIDO – JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IGP-M/FGV A PARTIR DA FIXAÇÃO DO VALOR CERTO – RECURSO PROVIDO.

4 TJMS, AC n. 2005.005703-5. Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva., julgado em 6.11.2008.



Reconhecido que o protesto foi indevido, há de se reparar o dano moral dele advindo.

O termo inicial dos juros moratórios é a data do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ), enquanto o da correção monetária é o momento em que o quantum é fixado.<sup>5</sup>

Ante o exposto, conheço do recurso voluntário e, com o parecer ministerial, dou-lhe parcial provimento para arbitrar os honorários em favor do advogado dativo, que patrocinou a defesa de Fábio Silva Araújo, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Conheço, também, do reexame necessário e dou-lhe parcial provimento, para determinar que o valor da indenização pelo dano moral seja corrigido monetariamente a partir da data em que foi arbitrado (14 de junho de 2004).

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO E AO DE OFÍCIO, UNÂNIME, EM PARTE COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2009.

\*\*\*

<sup>5</sup> TJMS, AC n. 2005.009829-9, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 29.7.2008.

**Apelação Cível n. 2005.010334-9 - Campo Grande****Quinta Turma Cível****Relator Des.Vladimir Abreu da Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO CONTRATUAL – SOCIEDADE DE FATO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – BENS DE PROPRIEDADE DE APENAS UM DOS SÓCIOS – NÃO PARTILHÁVEIS – DISSOLUÇÃO DECORRENTE DE ARBITRARIEDADE DE UM DOS CONTRATANTES – RESPONSABILIDADE RECAI SOBRE AQUELE QUE DEU CAUSA – AGRESSÃO – BOLETIM DE OCORRÊNCIA – PRESUNÇÃO RELATIVA – AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO – CONTRATO – NULIDADE DAS CLÁUSULAS – NOMENCLATURA DIVERSA AO FIM QUE SE DESTINA – APLICAÇÃO DE MULTA – POSSIBILIDADE – LUCROS CESSANTES – DEVIDOS – DIVISÃO DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA SOCIEDADE – 50% PARA CADA UM – PAGAMENTO DE ALUGUEL – CONTRATO DE LOCAÇÃO PARA FINS DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, desde que o feito esteja devidamente instruído ou não se faça necessária a produção de prova testemunhal.

Em caso de arbitrariedade, o responsável pela dissolução da sociedade é aquele que deu causa à ocorrência.

A presunção dos fatos constantes em boletim de ocorrência é relativa, admitindo prova em contrário.

A nomenclatura atribuída ao contrato não interfere no fim a que se destina, devendo-se observar o conteúdo para abstrair-se a natureza.

Havendo cláusula que estipule o pagamento de multa pecuniária para o caso de resolução ou descumprimento do contrato, o pagamento dele é devido.

Ficando um dos sócios impossibilitado de exercer o ofício e auferir renda, aquele que deu causa ao fato deverá responder pelos lucros cessantes.

Os bens adquiridos na constância da sociedade, mediante esforço comum, devem ser partilhados equitativamente.

A existência de contrato de locação que se destinou à constituição da sociedade perante órgãos fazendários não enseja cobrança de aluguéis em face dos sócios.

**ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2009.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Espólio de Raffaele Calzolaio interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença que julgou procedente o pedido formulado por Luiz Fumio Hatanaka e M.L. de Carvalho.

Argui preliminar de cerceamento de defesa, como consequência do julgamento antecipado da lide.

No mérito, alega, em síntese, que após a determinação de devolução das ferramentas que se encontravam em poder dele, estas foram colocadas à disposição dos apelados, sendo indevida a condenação ao pagamento de lucros cessantes, tendo em vista que não houve nenhum prejuízo.

Ressalta que não merece apreço a afirmação de que o apelado Luiz Fumio Hatanaka sofreu agressões físicas, visto que tais alegações não foram comprovadas.

Aduz não ter sido o único responsável pelo fim da sociedade, porém admite que tenha havido culpa recíproca.

Pugna pela inaplicabilidade das cláusulas contratuais, pois o contrato não coincide com a natureza da relação jurídica, não devendo assim subsistir condenação ao pagamento da multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Afirma ser indevida a divisão das ferramentas e máquinas adquiridas na constância da sociedade, por terem sido custeadas com seus próprios recursos, conforme demonstra o “relatório caixa” juntado à f. 33.

Salienta que no contrato de locação (f. 31) ficou pactuado que os apelados seriam os responsáveis pelo pagamento do aluguel do imóvel, no valor de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), mas nenhum pagamento foi efetuado.

Ao final, requer o provimento do recurso, para se decretar a nulidade da sentença, ou, ultrapassada a preliminar, julgar-se improcedente o pedido deduzido na inicial e procedente a reconvenção.

Intimados, os apelados apresentaram contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença.

## VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Espólio de Raffaele Calzolaio, irresignado com a sentença que julgou procedente o pedido formulado por Luiz Fumio Hatanaka e M.L. de Carvalho.

Inicialmente, analiso a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Não se vislumbra cerceamento de defesa, pois, segundo o princípio do livre convencimento e da liberdade para apreciar as provas, o julgador não está adstrito ao pedido da parte de produção de prova testemunhal, podendo decidir o processo no estado em que se encontra, desde que satisfeito com o conjunto probatório.

Diante do que, afasto a preliminar arguida e passo ao exame do mérito da causa.

Os recorrentes mantinham sociedade de fato, a qual se destinava à prestação de serviços mecânicos, na qual foram empregados diversos maquinários e ferramentas, concernentes à natureza das atividades desempenhadas.

É incontroverso que as máquinas e ferramentas eram de propriedade exclusiva dos apelados, não fazendo parte do patrimônio adquirido na constância da sociedade, devendo, portanto, ser afastadas da partilha e restituídas integralmente a seus proprietários.

O apelante atribui aos apelados a responsabilidade pela dissolução da sociedade de fato, em decorrência de desvio dinheiro por parte dos recorridos.

Todavia, não é o que se constata, tendo em vista que as provas levam à conclusão de ter agido o apelante com arbitrariedade ao empreender esforços no sentido de dissolver unilateralmente a sociedade, recaindo exclusivamente sobre este a responsabilidade pelo ocorrido.

Outrossim, contrariamente ao que pretende o apelante, o boletim de ocorrência tem o condão de provar a notícia do fato às autoridades policiais; entretanto, sua presunção é relativa, uma vez que admite prova em contrário, porém o recorrente não se desincumbiu desse ônus.

Registre-se que não é o nome do contrato que rege os ditames da relação jurídica entre os signatários, mas sim o conteúdo das cláusulas, as quais devem subsistir, bem como os efeitos delas.

Assim, correta a imputação ao apelante de ser o causador da dissolução da sociedade e, conseqüentemente, de arcar com o pagamento da multa.

De outro norte, o apelante, ao reter indevidamente as ferramentas e maquinários, impediu os apelados de exercerem suas atividades laborais por um longo período; portanto, faz-se necessário compensá-los pelo que deixaram de ganhar.

O dever de indenizar emerge do art. 159 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos. Assim, é devido o pagamento da importância de R\$ 11.000,00 (onze mil reais) aos apelados pelos lucros cessantes, levando-se em consideração a estimativa dos valores que auferiam mensalmente e o tempo em que ficaram impossibilitados de exercerem suas atividades laborativas.

Quanto à divisão das ferramentas e maquinários adquiridos na constância da sociedade, é incontestável que foram compradas a partir do emprego de esforço mútuo e não apenas de uma das partes, fazendo-se necessário, com a dissolução da sociedade, a partilha no percentual de 50 % (cinquenta por cento) para cada um, nos termos do que prescreve o art. 1409, combinado com o art. 1775, ambos do Código Civil de 1916.

Melhor sorte não está reservada ao apelante quanto à pretensão de ver os apelados condenados ao pagamento dos aluguéis referentes ao período em que o imóvel ficou destinado à sociedade.

Verifica-se que, no documento constante à f. 275, o contador da sociedade declarou que a elaboração do contrato de locação destinou-se exclusivamente à constituição da sociedade perante os órgãos fazendários, de maneira que os apelados não podem ser responsabilizados pelo pagamento de aluguéis.

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

## 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. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



**Apelação Criminal n. 2007.035404-5 - Campo Grande**  
**Segunda Turma Criminal**  
**Relator Des. Carlos Eduardo Contar**

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL – ESTELIONATO – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – OBTENÇÃO DE MANDATO PROCURATÓRIO MEDIANTE ARDIL – REALIZAÇÃO DE NEGÓCIO EM PREJUÍZO DAS VÍTIMAS – INADIMPLEMENTO PREORDENADO – FIXAÇÃO DA PENA-BASE – ELEVADA CULPABILIDADE – REGIME INICIAL COMPATÍVEL COM A PENA APLICADA – ADEQUAÇÃO NECESSÁRIA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – VALOR DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA EQUIVALENTE AO PREJUÍZO SOFRIDO PELAS VÍTIMAS – PROPORCIONALIDADE VERIFICADA – PARCIAL PROVIMENTO.

Demonstrado que o acusado enganou as vítimas para que assinassem uma procuração com poder de alienação de bem imóvel, mediante ardil, fazendo-as pensar que se tratava apenas de realização de um compromisso de compra a venda, fica caracterizado o crime de estelionato, em razão da obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio.

O inadimplemento preordenado, consistente na realização de um negócio com o propósito inicial de prejudicar a outra parte, é comportamento fraudulento suficiente para a caracterização do estelionato, não havendo falar em mera fraude civil.

Constatada elevada culpabilidade do agente, correta é a fixação da pena-base razoavelmente acima do mínimo legal.

Nos crimes cometidos sem violência contra a pessoa, cuja condenação é inferior a quatro anos e o agente não é reincidente, o regime de cumprimento da pena deve ser o semi-aberto, segundo a interpretação do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito deve, se possível, guardar relação de equivalência, com o prejuízo sofrido pela vítima.

Apelação Criminal defensiva a que se dá parcial provimento, apenas para adequar o regime prisional inicial da pena privativa de liberdade.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, rejeitar a preliminar. No mérito, o recurso foi parcialmente provido, nos termos do voto do relator. Unânime e em parte com o parecer.

Campo Grande, 2 de março de 2009.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator



## RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Trata-se de apelação criminal interposta por Francisco Roni da Rosa, objetivando a reforma da sentença que o condenou pela prática do crime do art. 171 (estelionato), *caput*, do Código Penal, ao cumprimento de 03 (três) anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, substituída por pena de prestação pecuniária no valor de R\$ 7.400,00 (sete mil e quatrocentos reais).

Não foram apresentadas as razões recursais (f. 260).

O Ministério Público pugna pelo improvimento do recurso (f. 283-289).

No mesmo sentido é a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 298-305).

## VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Francisco Roni da Rosa, objetivando a reforma da sentença que o condenou pela prática do crime do art. 171 (estelionato), *caput*, do Código Penal, ao cumprimento de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, substituída por pena de prestação pecuniária no valor de R\$ 7.400,00 (sete mil e quatrocentos reais).

O apelante foi denunciado porque – no segundo semestre de 2001, em Campo Grande-MS – adquiriu um imóvel residencial do casal Francisco Barbosa da Silva e Maria Cirsa Freitas Vieira da Silva mediante a emissão de cheques, sem suficiente provisão de fundos, ou seja, obteve vantagem ilícita em prejuízo alheio, estando ciente da ilicitude de sua conduta.

A preliminar de nulidade processual arguida nas alegações finais não deve ser acolhida.

Segundo o apelante, é causa de nulidade insanável o não oferecimento da proposta de *sursis* processual prevista no art. 89, da Lei n. 9099/95, e, como o Promotor de Justiça atuante perante a 1ª Vara Criminal de Campo Grande não tomou essa providência, o vício processual está caracterizado.

Na realidade, o recorrente está equivocado sobre a análise dos atos processuais ocorridos no presente feito, visto que o Ministério Público poderá, ao oferecer a denúncia, propor a suspensão condicional do processo, não estando obrigado a tomar essa providência.

A proposta foi realizada às f. 138, e, antes do recebimento da denúncia (f. 139), o Órgão Ministerial entendeu que os requisitos previstos no art. 89 da Lei n. 9099/95, não se faziam presentes, em razão da constatação dos antecedentes criminais do apelante (f. 153).

Não há falar, portanto, de nulidade processual em razão da ausência da proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9099/95, porque esse ato foi praticado pelo Ministério Público em duas ocasiões (f. 138 e 153).

Rejeito, assim, a preliminar de nulidade do processo.

Quanto ao mérito, entendo que também não assiste razão ao apelante. A materialidade e a autoria delitiva estão comprovadas pelo teor dos depoimentos prestados nos autos e em razão dos cheques devolvidos (f. 20-23) e das procurações outorgadas pelas vítimas (f. 24-25)

Ao contrário do que possa parecer, o recorrente não foi condenado pela simples emissão de cheques sem a devida suficiência de fundos. Segundo consta nos autos, o acusado ludibriou as vítimas, instigando-as para que assinassem procurações como se fosse o contrato de compromisso de compra e venda do imóvel, conseguindo vender o imóvel referido sem pagar o preço respectivo.

A vítima *Francisco Barbosa da Silva* deixou bem claro como foi enganada pelo apelante (f. 190):

Pretendendo vender seu imóvel situado na rua Manoel Joaquim de Moraes, n. 1376, na vila Ouro Fino, nesta capital, o depoente colocou uma placa de “vende-se”, indicando o número de telefone da sogra de seu filho. O acusado, dono de imobiliária, ligou para o telefone indicado na placa se propondo a vender o imóvel. O depoente deixou que ele vendesse o imóvel e como no prazo de um mês ele não conseguiu comprador, ele resolveu comprar o imóvel. Combinaram que o preço de R\$ 16.000,00 seria pago em parcelas, abatendo-se alguns débitos de impostos que havia sobre o imóvel. Assinou um contrato de compra e venda. O acusado passou vários cheques, sendo que alguns não foram compensados por falta de fundos. Sem que o depoente e sua esposa soubessem, ele conseguiu fazer com que assinassem procuração lhe dando poderes para vender o imóvel para outrem. Usando as procurações, mesmo sem pagar a totalidade do preço, o acusado vendeu o imóvel e até hoje não pagou. Procurou pelo acusado e não o encontrou. Em nenhum momento ele demonstrou intenção de pagar. Não conhecia o acusado antes do negócio. O depoente é semi-analfabeto. Foi o acusado quem redigiu o contrato e providenciou todos os documentos referentes ao negócio.

O próprio apelante, quando foi interrogado em juízo (f. 181), a despeito de negar que tenha cometido o delito, admitiu que recebeu procuração para vender o imóvel, *verbis*:

[...] que o negócio em questão deu-se através de contrato de compra e venda e mais procuração, sendo que esta dava direito a que o imóvel fosse vendido; que depois que comprou o referido imóvel vendeu-o após cerca de 30 dias; que salvo engano, conseguiu vender o imóvel por dezessete mil reais [...]

A vítima *Maria Cirsa Freitas Vieira da Silva* também afirmou que foi enganada no tocante aos documentos assinados, imaginando estar diante de mero compromisso de compra e venda. Confira-se o teor de suas declarações (f. 191):

[...] Acreditava que estivesse assinando o contrato de promessa de compra e venda. Não sabia que estava assinando procuração ao acusado. Os cheques que o acusado entregou a seu marido não foram todos compensados. Mesmo assim o acusado vendeu o imóvel para outra pessoa, usando as procurações.

Não se trata, portanto, de mero inadimplemento civil, situação em que o contrato de compra e venda não é cumprido, inexistindo dolo de ludibriar a pessoa prejudicada. Na hipótese dos autos, o apelante fez duas operações quase simultaneamente, consistentes na aquisição do imóvel (sem pagar o preço, dando cheques de terceiros) e na posterior venda mediante procuração outorgada pelas vítimas, ao receber cerca de R\$ 17.000,00 (dezessete mil reais).

Agindo desse modo, o recorrente, mediante ardil, obteve vantagem ilícita em prejuízo das vítimas, que são pessoas sem formação educacional completa, configurado, portanto, o crime de estelionato, previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal.

Sobre os elementos configuradores do tipo penal em discussão, ensina Fernando Capez:

### 3.1. Ação nuclear

Consiste em induzir ou manter alguém em erro, mediante o emprego de artifício, ardil, ou qualquer meio fraudulento, a fim de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio.

Trata-se de crime que, em vez da violência ou grave ameaça, o agente emprega um estratagema para induzir em erro a vítima, levando-a a ter uma errônea percepção dos fatos, ou para mantê-la em erro, utilizando-se de manobras para impedir que ela perceba o equívoco em que labora.

Mais adiante, o mesmo autor esclarece a respeito da possibilidade de “inadimplemento preordenado”, que não é mera fraude civil, *in verbis*:

[...] Podemos dizer que a fraude presente nas transações civis ou comerciais (*dolus bonus*), ou seja os expedientes utilizados pelas partes para obter mais vantagens, não configuram, via de regra, crime de estelionato.[...] Contudo, situações há em que, mesmo nos negócios civis ou comerciais, vislumbra-se o emprego de fraude configuradora do crime de estelionato. Tal ocorre no inadimplemento preordenado ou preconcebido. O agente simula celebrar um negócio jurídico com o propósito *ab initio* de não cumpri-lo. Desse modo, o estelionatário simula um contrato como meio de induzir a vítima a lhe entregar determinada vantagem patrimonial, sendo certo que ela, supondo estar celebrando efetivamente esse contrato, na realidade está sofrendo uma verdadeira espoliação em seu patrimônio, visto que o agente jamais lhe dará a contraprestação negociada [...]

Assim, em razão das provas colhidas durante a instrução criminal e em razão das circunstâncias do caso concreto, a condenação do apelante pelo crime de estelionato se impõe, deve, portanto, ser mantida a sentença recorrida.

No concernente à dosimetria da pena, verifica-se que o magistrado sentenciante, ao fixar a pena-base, analisou as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, de modo equilibrado, sopesando, principalmente, a elevada culpabilidade do agente, que causou enorme prejuízo às vítimas, pessoas simples e sem instrução, além de não haver se dignado nem mesmo a efetuar algum tipo de ressarcimento parcial pelos danos sofridos.

A sentença estabeleceu que o cumprimento da pena deverá ocorrer no regime fechado. Contudo, analisando a própria fundamentação adotada pelo juiz singular, verifica-se que: o apelante não é reincidente; a pena aplicada é inferior a 4 (quatro) anos; o crime descrito nos autos não foi cometido mediante violência contra pessoa e os registros de processos contra ele referem-se a delitos de menor potencial ofensivo – crimes ambientais – descritos às f. 154-156.

Nessas circunstâncias, é mais adequado à hipótese dos autos o cumprimento da pena no regime semiaberto, segundo a interpretação do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é adequada à situação descrita nos autos, visto que a prestação pecuniária estabelecida em favor das vítimas, equivale ao prejuízo por elas sofrido (R\$ 7.400,00), bem como ao benefício auferido pelo apelante.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade processual e **dou parcial provimento** ao recurso interposto por Francisco Roni da Rosa, apenas para modificar o regime inicial de cumprimento da pena – mantida a substituição da mesma por uma privativa de direitos, nos termos da sentença.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

PRELIMINAR REJEITADA. NO MÉRITO, O RECURSO FOI PARCIALMENTE PROVIDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. UNÂNIME E EM PARTE COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 2 de março de 2009.

\*\*\*

**Recurso em Sentido Estrito n. 2008.011521-9 - Itaporã**  
**Segunda Turma Criminal**  
**Relator Des. Carlos Eduardo Contar**

E M E N T A - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – INSURREIÇÃO MINISTERIAL – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO JUÍZO *A quo* – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL – INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO – ATENÇÃO À GRAVIDADE DO FATO INDEPENDENTE DO GÊNERO DA VÍTIMA – NÃO-PROVIMENTO.

Age com acerto o julgador que declara, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei n. 11340/06 (“Lei Maria da Penha”), remetendo o feito ao julgamento pelo Juizado Especial Criminal, e não perante a Justiça Comum.

Nenhuma espécie de ordenamento – mais ainda aqueles de ocasião, frutos de evidente carnaval midiático – pode ser considerada acima dos preceitos constitucionais, devendo curvar-se à interpretação conforme a Constituição Federal e, nesse sentido, não se olvidar do contido no art. 98, I, da Magna Carta, que conferiu aos Juizados Especiais a competência absoluta para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo.

A apreciação do fato delituoso de menor gravidade obedece a critério objetivo, ou seja, atrela-se à quantidade da pena, e não ao gênero da vítima.

Recurso em Sentido Estrito interposto pelo *Parquet* a que se nega provimento, mantendo-se a decisão singular que remeteu ao juízo especial o processamento das causas atinentes à violência doméstica.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, improver o recurso, por unanimidade e contra o parecer.

Campo Grande, 3 de novembro de 2008.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito, objetivando a reforma da decisão que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei n. 11340/06 e a incompetência da justiça comum e, conseqüente, competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar a ação penal promovida em desfavor de João Batista Ferreira Jatobal pela prática de crime de ameaça envolvendo violência doméstica contra a mulher.

Aduz que, “nos termos do art. 14, da Lei n. 11340/06, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher terão competência ‘cível e criminal’ para conhecer e julgar ‘as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher’. Enquanto não criados tais juizados, essa tarefa será das ‘varas criminais’ (arts. 29 e 33)”.

Ao final, prequestiona dispositivos legais pertinentes à matéria recorrida e pugna pelo provimento do recurso.

O magistrado *a quo* manteve a decisão por seus próprios fundamentos (f. 34-35).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento (f. 43-48).

## VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, objetivando a reforma da decisão que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei n. 11340/06 e a incompetência da justiça comum e, conseqüente, competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar a ação penal promovida em desfavor de João Batista Ferreira Jatobal, pela prática de crime de ameaça envolvendo violência doméstica contra a mulher.

Aduz que, enquanto não criados os juizados especiais de violência doméstica e familiar, a competência para processar e julgar os feitos referentes ao assunto pertence às varas criminais.

Tenho que razão assiste ao magistrado quanto à possibilidade de aplicação da Lei n. 9099/95.

De modo geral, considero a denominada “Lei Maria da Penha” totalmente inconstitucional, porquanto fere o princípio constitucional da isonomia, que deve imperar em todas as relações jurídicas, especialmente as travadas no âmbito da família, que é a célula *mater* da sociedade.

No entanto, essa questão é controvertida, mormente porque a lei impugnada tem cunho protetivo e traz consigo uma série de instrumentos que garantem a minimização das drásticas consequências dos crimes praticados no seio doméstico e familiar, atendendo aos reclamos dos penalistas modernos (e os de ocasião, muito em especial), da mídia sensacionalista, e de vítimas incautas ou mal assessoradas.

Por outro lado, é certo que a declaração incidental de inconstitucionalidade pelos Tribunais sofre a restrição do art. 97 da Constituição Federal (cláusula de reserva de plenário), de tal sorte que a aplicação desse procedimento implica lentidão processual e, *data venia*, inverte a lógica do sistema judiciário, porquanto reduz o poder jurisdicional do órgão fracionário, ao passo que garante soberania à decisão monocrática dos juizes de instância singela.

Sendo assim, refleti sobre a matéria e cheguei à conclusão de que a melhor solução para o imbróglio é utilizar a técnica denominada interpretação conforme a Constituição, instituto que:

Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. [...] Ressalta-se, por um lado, que a supremacia da Constituição impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em consonância com seu texto. Em favor da admissibilidade da interpretação conforme a Constituição milita também a presunção da constitucionalidade da lei, fundada na idêia de que o legislador não poderia ter pretendido votar lei inconstitucional.<sup>1</sup>

1 MENDES, Gilmar Ferreira et alli. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1188.

Sabe-se que a incidência da Lei n. 9099/95 em relação aos delitos praticados no âmbito doméstico é vedada pelo art. 41 da “Lei Maria da Penha”, independentemente da pena prevista.

Porém a questão demanda maiores divagações.

Aqui, o texto legal deve ser interpretado conforme a Constituição Federal e, nesse sentido, não se pode olvidar do comando prescrito no seu art. 98, I, que conferiu aos Juizados Especiais a competência para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo.

E, por uma questão de segurança jurídica, o conceito de crime de menor potencial ofensivo deve obedecer a um critério estritamente objetivo, ou seja, ficar atrelado à quantidade da pena prevista na lei incriminadora, e jamais à qualidade (gênero) da vítima.

Assim, a competência de índole constitucional em hipótese alguma poderia ser modificada pela lei ordinária, mormente porque estabelecida em razão da matéria, ou seja, de natureza absoluta.

Sobre o assunto, leciona a doutrina que “*se a própria Constituição estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o processo, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, é indubitoso não ser possível a exclusão desta competência em razão do sujeito passivo atingido (mulher) e pela circunstância de se tratar de violência doméstica e familiar.*”<sup>2</sup>

Considerando que a pena cominada ao delito tipificado no art. 147 (ameaça) do Código Penal, é detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa, o recorrido, em tese e desde que atendidos os requisitos legais, faria jus à transação penal.

Destarte, o recurso deve ser improvido, mantendo a decisão que declarou a competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar o presente feito.

Ante o exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, mantendo a decisão recorrida em todos os seus termos.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

RECURSO IMPROVIDO, POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 3 de novembro de 2008.

\*\*\*

<sup>2</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades (II). In <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/setembro/a-lei-maria-da-penha-e-suas-inconstitucionalidades-ii/>, consultado em 17 de março de 2008.



**Mandado de Segurança n. 2008.021273-3 - Aquidauana****Seção Criminal****Relator Des. Carlos Eduardo Contar**

E M E N T A - MANDADO DE SEGURANÇA – CRIMINAL – BLOQUEADORES DE SINAIS DE TELEFONIA CELULAR EMPRESÍDIO – SEGURANÇA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL E INTERESSE PÚBLICO – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE – ATO COATOR FUNDAMENTADO NA LEI ESTADUAL N. 3153/2005 – OBRIGAÇÃO DO USUÁRIO – INEFICÁCIA DE LEI ESTADUAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO – CONCESSÃO.

As Leis de n. 10792/2003 e n. 9742/1997, que tratam de matérias reservadas à competência privativa da União – penal, processo penal e telecomunicações – regularam, também, questões relacionadas com a segurança nos presídios, tendo em vista o interesse público, interferindo assim na seara do Direito Penitenciário (matéria de competência concorrente entre a União e os Estados).

A Lei Estadual n. 3153/2005, que impôs às concessionárias de serviços de telefonia móvel a obrigação de instalar os bloqueadores de sinais de telecomunicações, extrapola as regras gerais estabelecidas de competência federal – bem como a Resolução n. 308/2002 da Anatel, que regulamenta a matéria – decorrendo daí a ineficácia da norma local.

As empresas concessionárias de serviços de telefonia móvel não são obrigadas a instalar os bloqueadores de sinais de telecomunicações nas imediações dos presídios, porquanto essa incumbência cabe ao “Usuário do Bloqueador de Sinais de Radiofrequências” (BSR).

Mandado de Segurança que se concede, para o fim de isentar as concessionárias de telefonia da obrigação de custear o bloqueio de telefonia móvel do interior dos estabelecimentos prisionais.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, conceder a ordem, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2009.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

14 Brasil Telecom Celular S.A., Tim Celular S.A., Americel S.A. e Vivo S.A. impetram o presente mandado de segurança, contra ato do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, da Infância e da Juventude da Comarca de Aquidauana consubstanciado na decisão que determinou às impetrantes a instalação de

bloqueadores de sinal para a comunicação por intermédio de telefonia móvel (celulares), nas dependências do presídio da cidade de Aquidauana, com o ônus dessa operação custeado pelas impetrantes.

Aduzem que o ato coator fere o direito líquido e certo das impetrantes, porque está fundamentado em Lei Estadual inconstitucional, além de contrariar normas federais específicas quanto à instalação de bloqueadores de sinal de telecomunicações.

Requerem, pois, a concessão da ordem, para tornar sem efeito o ato coator, suspendendo-se a determinação para a instalação dos bloqueadores de sinais de radiocomunicações nas imediações da unidade prisional de Aquidauana.

A liminar foi concedida às f. 254-255.

Nas informações de f. 259-273, a autoridade coatora defendeu a legalidade e a adequação do ato praticado, e juntou cópia do ofício enviado pela Anatel e do pedido formulado pela AGEPEN-MS (f. 261-269).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem, sob o fundamento de que a responsabilidade pela instalação de bloqueadores de sinais de telecomunicações em presídios é do Poder Público, segundo dispõe o art. 4º da Lei n. 10792/2003 (f. 277-282).

## VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

14 Brasil Telecom Celular S.A., Tim Celular S. A., Americel S. A. e Vivo S.A. impetram o presente Mandado de Segurança, contra ato do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, da Infância e da Juventude da Comarca de Aquidauana consubstanciado na decisão que determinou as impetrantes a instalação de bloqueadores de sinal para a comunicação por intermédio de telefonia móvel (celulares), nas dependências do presídio da cidade de Aquidauana, com o ônus dessa operação custeado pelas impetrantes.

O pedido está relacionado com a determinação de instalação, às suas expensas, dos bloqueadores de sinal de telefonia móvel nas dependências do presídio de Aquidauana. Segundo as impetrantes, a decisão judicial de f. 168-171 é ilegal, ferindo o princípio da proporcionalidade.

A despeito de haver insurgência das impetrantes quanto à inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3153/2005, sendo esta uma das razões por elas apresentadas para que seja considerado ilegal o ato coator, entendo que a questão ora debatida pode ser resolvida com base no art. 24, §§ 1º ao 4º, da Constituição Federal, no que diz respeito à eficácia da legislação federal sobre as leis estaduais que a contrariarem.

Num primeiro momento, cumpre destacar que existem duas leis federais que se relacionam, indiretamente, com a segurança nos presídios, cada uma delas ligadas aos temas de direito das comunicações (Lei n. 9742/97) e ao Direito Processual Penal (Lei n. 10729/2003). Numa análise menos cuidadosa, o intérprete poderia acatar o argumento de que a Lei Estadual n. 3153/2005 seria inconstitucional, por invadir a competência privativa da União para legislar sobre direito penal ou processual penal, bem como sobre telecomunicações.

Entretanto, estudando melhor os dispositivos das leis mencionadas, verifica-se que o problema, aqui, é de ineficácia da Lei Estadual em razão da extrapolação da competência concorrente (para legislar sobre direito penitenciário), por parte do Estado de Mato Grosso do Sul, não havendo a necessidade – se fosse o caso – de declaração de inconstitucionalidade da Lei n.3.153/2005, para que seja reconhecida a ilegalidade do ato coator.

Confira-se o teor de cada dispositivo legal:

Dispõe a Lei n. 10792/2003 (legislação que alterou processo penal – execução penal):

Art. 4º. Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicações para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios, definidos no art. 60, §1º.

Por sua vez, a Lei n. 9742/1997 (telecomunicações) prevê em seu bojo:

Art. 160. A Agência regulará a utilização eficiente e adequada do espectro, podendo restringir o emprego de determinadas radiofrequências ou faixas, considerado o interesse público.

Identifica-se, claramente, que os aludidos dispositivos legais versam sobre segurança nos presídios (matéria de competência legislativa concorrente entre Estados e União), muito embora estejam localizados na estrutura de leis que tratam de assuntos da competência legislativa privativa da União (penal/processo penal e telecomunicações).

Assim, a Lei Estadual n. 3153/2005, ao tratar de bloqueio de sinais de telefonia celular em presídios estaduais, impondo às impetrantes a obrigação de instalar os respectivos bloqueadores, levou em consideração apenas o contido no art. 4º da Lei Federal n. 10792/03, que não dirige a sua determinação a um ente ou pessoa jurídica em especial.

Analisando-se conjuntamente os art. 4º da Lei n. 10792/03 e o art. 160 da Lei n. 9742/97, verifica-se que não houve imposição obrigacional às impetrantes, no sentido de que estas instalassem os bloqueadores de sinais de telefonia celular.

Nesse caminhar, a Resolução n. 308, de 11 de setembro de 2002, que tem como fundamento legal a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9472, de 16 de julho de 1997), estabeleceu que o responsável pela instalação do “Bloqueador de Sinais de Radiocomunicações” (BSR) é o usuário de BSR, entidade formalmente designada pelo Ministério da Justiça; *verbis*:

#### NORMA DE USO DE BLOQUEADOR DE SINAIS SE RADIOCOMUNICAÇÕES

##### 1. Objetivo e abrangência

1.1. Esta Norma tem por objetivo estabelecer as condições de uso do Bloqueador de Sinais de Radiocomunicações (BSR), destinado a restringir o emprego de radiofrequências específicas para radiocomunicações, em estabelecimento penitenciário, considerando o interesse público.

##### [...] 2. Definições

[...] 2.1.5. Usuário de BSR: Entidade, formalmente designada pelo Ministério da Justiça, como responsável pela operação de BSR em um determinado estabelecimento penitenciário.

[...]

#### 4. Instalação de Bloqueador de Sinais de Radiocomunicações

4.1. O Usuário do BSR, antes da instalação do BSR, deve manter contato com as Prestadoras de Serviços de Radiocomunicações da região para que sejam avaliados e ajustados os níveis de sinais dos serviços e do BSR, de modo a evitar a ocorrência de interferências prejudiciais fora dos limites do estabelecimento penitenciário

[...]

#### 5. Obrigações das Prestadoras de Serviços de Radiocomunicações, da Anatel e do Usuário de BSR.

##### 5.1. Constituem obrigações das Prestadoras de Serviços de Radiocomunicações:

5.1.1. Manter sigilo sobre a instalação, localização, características e demais informações relativas ao BSR;

5.1.2. Informar à Anatel e ao Usuário de BSR, com antecedência, alterações de potência de transmissão ou realinhamento de antenas de ERBs, implantação de novas ERBs, mudança de localização ou desativação de ERBs que modifiquem os níveis de sinal presentes na área de Bloqueio.

##### 5.2. Constituem obrigações da Anatel:

5.2.1. Manter sigilo sobre a instalação, localização, características e demais informações relativas ao BSR;

5.2.2. Fiscalizar a utilização do BSR;

5.2.3. Quando solicitada, prestar informações ao Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, do Ministério da Justiça, acerca das radiofrequências ou das faixas de radiofrequências presentes na área onde se localiza determinado estabelecimento penitenciário.

##### 5.3. Constituem obrigações do Usuário de BSR, além das previstas na Lei n.º 9.472/97 e as constantes na regulamentação aplicável:

5.3.1. Dispor de projeto técnico, que permanecerá em seu poder, devendo mantê-lo atualizado e, a qualquer tempo, disponível à Anatel;

5.3.2. Manter a Anatel e as Prestadoras de Serviços de Radiocomunicações da região informadas, por intermédio de resumo do projeto devidamente avalizado por profissional habilitado, a intenção de promover a instalação ou alteração de características técnicas de BSR;

5.3.3. Utilizar somente equipamentos cuja certificação seja expedida ou aceita pela Anatel;

5.3.4. Assegurar que a instalação do BSR e de seus equipamentos periféricos, estejam protegidos e fora do alcance da população carcerária;

5.3.5. Observar as posturas municipais e outras exigências legais pertinentes, quanto a edificações, torres e antenas, bem como a instalação de linhas físicas em logradouros públicos;

5.3.6. Manter o BSR em perfeitas condições de operação, restringindo sua atuação aos limites do estabelecimento penitenciário sem interferir ou degradar a qualidade dos serviços autorizados fora desses limites;

5.3.7. Quando necessário, coordenar com Prestadoras de Serviços de Radiocomunicações ajustes do BSR;

5.3.9. Encaminhar à Anatel, quando solicitado, características e demais informações relativas ao BSR;

## 6. Sanções

6.1. O Usuário do BSR está sujeito à fiscalização da Anatel, observadas as disposições legais e regulamentares pertinentes, permitindo livre acesso aos seus recursos técnicos.

6.2. A instalação e uso do BSR em locais diferentes dos indicados ou com características e condições contrárias a esta Norma são considerados atividade clandestina e constituem infração prevista na Lei n. 9472/97, Lei Geral de Telecomunicações.

## 7. Disposições finais e transitórias

7.1. Os usuários de BSR, instalados em estabelecimentos penitenciários, como Serviço Especial Para Fins Científicos ou Experimentais, devem se adaptar a esta Norma até o término da vigência da autorização.”

(Destaques não originais).

Portanto, independentemente dos aspectos técnicos referentes ao modo como seria possível bloquear os sinais de telefonia móvel no interior de presídios, fica evidente que a questão a ser decidida neste *mandamus* não está relacionada aos problemas operacionais existentes entre as operadoras de telefonia (concessionárias de serviços de telecomunicações), mas sim com o aparente conflito entre a legislação federal e estadual.

A Norma estabelecida pela Resolução n. 308/2002 da Anatel, deixa claro que a obrigação de instalar o “Bloqueador de Sinais de Radiocomunicações” (BSR), é de uma entidade que será designada pelo Ministério da Justiça (itens 2.1.5, 4, 4.1, 5.3 a 6.2 da Norma de Uso do BSR), denominado “Usuário do BSR”, não havendo dúvidas de que, *contrario sensu*, é vedado a qualquer particular a instalação e manutenção do BSR.

A norma aprovada pela resolução n. 308/2002 tem caráter restritivo quanto ao sistema de bloqueio de sinais nas penitenciárias brasileiras, ou seja, seria inadmissível que uma atividade como esta pudesse ser desenvolvida por todas as empresas concessionárias de telefonia móvel, considerando-se o interesse público que envolve todo o país, e não apenas as particularidades de cada unidade federativa.

Destarte, os problemas relacionados com o uso de telefonia móvel (celulares) em estabelecimentos prisionais envolvem tanto as regras de direito penitenciário, quanto as de telecomunicações.

Mesmo no caso de preponderarem as regras referentes ao direito penitenciário, tema de competência

concorrente entre Estados e União, é de se observar que, mesmo havendo a possibilidade de a unidade federativa criar leis (como a Lei Estadual n. 3153/2005) que regulamentem as condições de segurança nos presídios estaduais, essas mesmas leis não poderão ultrapassar os limites gerais impostos pela legislação federal, segundo dispõe o art. 30 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

[...]

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

(Destaques não originais).

As Leis n. 9742/97 e n. 10792/03 são anteriores à Lei Estadual n. 3153/2005, sendo certo que as suas determinações gerais impedem que qualquer unidade federativa disponha sobre o tema de segurança em presídio de modo diverso, e, no caso de extrapolação de competência concorrente, a solução é o reconhecimento da ineficácia da legislação estadual que ultrapassa os limites impostos pela legislação federal, consoante a interpretação do art. 24, §§ 1º ao 4º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, verifica-se que a decisão de f. 168-171 é ilegal, porque exige das impetrantes uma obrigação que não lhes cabe, ou até mesmo não seria autorizada, em razão do conjunto de normas federais que tratam do assunto.

A Lei Estadual n. 3153/2005, portanto, não tem eficácia, por estar contrariando normas federais que tratam de segurança nos presídios, e que foram editadas em razão da competência legislativa concorrente.

O ato coator está ferindo o direito líquido e certo das impetrantes, visto que não tem a obrigatoriedade de instalar bloqueadores de sinais de telefonia móvel em presídios, visto que esta atribuição é do “Usuário do Bloqueador de Sinais de Radiofrequências” (BSR), entidade criada pelo Ministério da Justiça, conforme dispõe a Resolução n. 308/2002, da Anatel.

Em face do exposto, concedo a segurança pleiteada, eximindo as impetrantes da obrigação consistente na instalação bloqueadores de sinais de radiocomunicações nas imediações da unidade prisional de Aquidauana.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

CONCEDIDA A ORDEM, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Gilberto da Silva Castro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Gilberto da Silva Castro, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Batista da Costa Marques e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2009.

\*\*\*



**Ação Penal n. 2007.029858-9 - Capital**  
**Seção Criminal**  
**Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

E M E N T A - AÇÃO PENAL - CRIME PRATICADO POR PREFEITO MUNICIPAL EM CONCURSO DE AGENTES - COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO - ART. 29, X, CF - CONEXÃO COM CODENUNCIADOS - DIVISÃO DE TAREFAS ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO E DELEGADO DE POLÍCIA NA CONDUÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL - AUSÊNCIA DE NULIDADE - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PRECLUSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO INTIMAÇÃO PARA A FASE DO ART. 499 DO CPP - NÃO OCORRÊNCIA - PROCEDIMENTO DA LEI N. 8.038/90 - DEPOIMENTO DO DELEGADO DE POLÍCIA PRESIDENTE DO INQUÉRITO POLICIAL - VALIDADE - QUESTÃO DE ORDEM SUSCITADA NA CONTINUIDADE DE JULGAMENTO - INCOMPETÊNCIA SUPERVENIENTE DE JUÍZO - NÃO OCORRÊNCIA - FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA NO INÍCIO DO JULGAMENTO - OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO JUIZ NATURAL - APROPRIAÇÃO E DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS - PECULATO ESPECIAL - ART. 1º, I, DECRETO-LEI N. 201/67 - EMISSÃO DE “VALES” PARA A LIBERAÇÃO DE DINHEIRO PÚBLICO - CONDENAÇÃO FUNDADA NA COMPROVAÇÃO DE TODOS OS ELEMENTOS DO TIPO PENAL INCRIMINADOR - EFETUAR DESPESAS EM DESACORDO COM AS NORMAS FINANCEIRAS PERTINENTES - ART. 1º, V, DECRETO-LEI N. 201/67 - NECESSÁRIA OBEDIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ÀS LEIS N. 4320/64 E LC N. 101/2000 - ORGANIZAÇÃO CONTÁBIL E FINANCEIRA À REVELIA DA LEI - CONDENAÇÃO - NARRATIVA DAS CONDUTAS - *CAUSA PETENDI* - LIMITES - ABSOLVIÇÃO - FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO - ART. 288 DO CP - REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS - ANÁLISE INDIVIDUALIZADA - FRAUDE A LICITAÇÕES - ART. 90 DA LEI N. 8666/93 - COMPROVAÇÃO DA EXIGÊNCIA E REALIZAÇÃO DE CERTAME - CRIME DE USURA - ART. 4º, ‘A’, LEI N.1521/51 - NORMA PENAL EM BRANCO - INEXISTÊNCIA DE LEI LIMITADORA DOS JUROS PARA EFEITOS PENAIIS - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA - PENA ACESSÓRIA - ART. 1º, § 2º, DECRETO-LEI N. 201/67 - PERDA DE CARGO E A INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA, ELETIVO OU DE NOMEAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - ART. 44 DO CP - AÇÃO PENAL PARCIALMENTE PROCEDENTE.

O art. 29, X, da CF estabelece foro por prerrogativa de função para Prefeito. Sendo a prática delitiva realizada em concurso de agentes, o julgamento deve ser realizado pelo Tribunal de Justiça, em virtude da conexão.

A participação de membros do Ministério Público nas atividades realizadas durante o Inquérito Policial não acarreta sua nulidade absoluta. A jurisprudência não admite o Inquérito presidido por membro do *Parquet*, entretanto, se este apenas participa de atividades da investigação, não há nulidade.

Não havendo recurso contra o recebimento da denúncia efetuado pela Seção Criminal, não há de se alegar a inépcia da denúncia em fase de Alegações Finais.

As ações penais de competência originária dos Tribunais devem seguir o procedimento previsto na Lei n. 8038/90, por força do que disciplina a Lei n. 8658/93. Assim sendo, se as partes foram intimadas para

se manifestar, nos termos do art. 10 da Lei n. 8038/90, não se fala em cerceamento de defesa, por ausência de intimação para manifestação sobre o art. 499 do CPP, por se tratar de rito inaplicável à espécie.

Não se fala em nulidade do depoimento do Delegado de Polícia que presidiu o Inquérito Policial apenas em virtude do cargo que ocupa. A função precípua do Delegado é buscar a verdade real, sendo a imparcialidade um pressuposto de sua função. Não há compatibilidade em se afirmar que o Delegado de Polícia seria imparcial para presidir o Inquérito Policial, mas imparcial para servir de testemunha.

Não pode ser acolhida a questão de ordem de incompetência superveniente de juízo, suscitada na continuidade de julgamento, após pedido de vista, em decorrência de término do mandato do detentor do foro por prerrogativa de função. A admissão desta questão de ordem tornaria inválidas manifestações judiciais proferidas antes do término da prerrogativa de função, além de violar os princípios do devido processo legal e do juiz natural.

A condenação por crime de apropriação e desvio de rendas públicas (art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67) pressupõe o dolo de lesar o patrimônio público em benefício próprio ou de terceiro. Nesse sentido, a consciência e a vontade ficam nítidas com a emissão reiterada e desordenada de “vales” para utilização de dinheiro público e posterior apresentação de nota fiscal, sem a necessidade de comprovação efetiva do gasto e de sua finalidade pública.

A comprovação de todos elementos do tipo penal incriminador é ônus da acusação. A dúvida sobre qualquer um desses elementos conduz à absolvição, em obediência ao princípio do *in dubio pro reo*.

O art. 1º, V, Decreto-Lei n. 201/67 é classificado como norma penal em branco que deve ser completada pelos procedimentos estabelecidos pela Lei n. 4320/64 e pela Lei Complementar n. 101/2000.

Ficando nítido o desrespeito deliberado das autoridades locais às normas financeiras pertinentes, quando da organização contábil e financeira, a condenação por efetuar despesas em desacordo com as normas financeiras pertinentes é medida que se impõe.

No processo penal, é a *causa petendi* que estabelece os limites da Jurisdição. Assim sendo, a mera enumeração de nomes de acusados de um determinado crime, sem nenhuma tentativa de pormenorização das condutas, acarreta a absolvição, por falta de infração penal.

A condenação pelo crime de formação de quadrilha ou bando (art. 288 do CP) pressupõe a consciência e a vontade sobre todos os elementos do tipo. Neste sentido, não basta a verificação de esquema criminoso que envolve diversas pessoas, para a condenação, é necessária a demonstração de que cada uma delas tinha domínio de todos os elementos do tipo penal incriminador, inclusive a quantidade de outros integrantes.

O objetivo do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8666/93 é a proteção do caráter competitivo da licitação. Desta forma, para as situações em que própria Lei de Licitações torna o certame dispensável ou inexigível, não é possível capitular a conduta do agente no art. 90 da Lei n. 8666/93.

Para a verificação da materialidade da fraude à licitação é indispensável a comprovação material do procedimento licitatório. A inexistência de documentos, nos autos, que comprovem ao menos a existência do certame acarreta a absolvição, por insuficiência de provas.

O crime de usura (art. 4º, ‘a’, da Lei n. 1.521/51) é norma penal em branco que depende de outra lei que discipline a limitação de juros. Após a revogação do § 3º do art. 192 da CF, pela Emenda

Constitucional n. 40/2003, os Tribunais Superiores vêm reconhecendo a inexistência de limitação de juros para as operações de crédito. Não havendo limitação de juros estabelecida por lei, a criminalização da usura é impossível.

A condenação por qualquer dos crimes previstos no art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67 acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, conforme estabelece seu § 2º.

A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve ser precedida do preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo art. 44 do CP.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, rejeitar as arguições preliminares, incluindo a arguição de deslocamento de competência, suscitada oralmente, pelo procurador de justiça, na abertura da continuação do julgamento. No mérito, julgada procedente em parte a ação para condenar Aleuto Teixeira, Elciomar Menezes, Ivete Vargas, Jorge Kobayashi, José Donizete, Luceni Quintina, Ronilda Ribeiro, Sebastião Pereira e Waldomiro Cotrin e absolver os demais acusados, nos termos do voto do relator. Decisão unânime.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2009.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia em face de José Donizete Ferreira Freitas, Waldimiro José Cotrim Moreira, Sebastião Pereira da Silva, Ivete Vargas Rocha de Souza, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Luceni Quintina Correia, Roniclei Alves de Queiroz, Elciomar Paulo de Menezes, Orange Resende e Silva, Aleuto Teixeira Lata, Ana Regina Arantes, Ronilda Ribeiro Machado, José Benedito Dias, André Vidal Saeki Cecato Raizer e Eugenio Luiz de Azambuja, pugnando pela condenação destes nos crimes assim capitulados:

1 – José Donizete Ferreira Freitas: art. 1º, I e V, do Decreto-Lei n. 201/67, c.c. art. 69, *caput*, do CP, e art. 90 da Lei n. 8666/93;

2 – Waldimiro José Cotrim Moreira, José Benedito Dias, Sebastião Pereira da Silva, Luceni Quintina Correia, Orange Resende e Silva, Ana Regina Arantes, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Ivete Vargas Rocha de Souza e Ronilda Ribeiro Machado: art. 1º, I e V, do Decreto-Lei n. 201/67, c.c. arts. 29 e 69, *caput*, do CP, e art. 90 da Lei n. 8666/93;

3 – André Vidal Saeki Cecato Raizer, Roniclei Alves de Queiroz e Elciomar Paulo de Menezes: art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, c.c. arts. 29 e 69, *caput*, do CP, e art. 90 da Lei n. 8666/93;

4 – José Donizete Ferreira Freitas, Waldimiro José Cotrim Moreira, Luceni Quintina Correia, Orange

Resende e Silva, Ana Regina Arantes, André Vidal Saeki Cecato Raizer, Elciomar Paulo de Menezes, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Ivete Vargas Rocha de Souza, Aleuto Teixeira Lata, Ronilda Ribeiro Machado, José Benedito Dias e Sebastião Pereira da Silva: art. 288 do Código Penal;

5 – Luceni Quintina Correia, Waldimiro José Cotrim Moreira, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Ana Regina Arantes, Eugênio Luiz Azambuja e Orange Resende e Silva: art. 4º, ‘a’, e § 2º, IV, ‘a’, segunda figura da Lei n. 1521/51 c.c. art. 69 do CP.

Em julgamento de admissibilidade (f. 1814-1834), a Seção Criminal, em 3 de setembro de 2007, decidiu receber a denúncia, nos termos formulados, com relação a todos os delitos e acusados apontados na inicial, e delegou a realização dos interrogatórios e dos atos instrutórios ao Juiz de Direito da comarca de Cassilândia, conforme disposição do art. 9º, § 1º, da Lei n. 8038/90, ressalvados todos os atos decisórios a esta relatoria.

Distribuída a Carta de Ordem, para cumprimento da determinação desta Corte, o magistrado determinou a citação dos acusados (f. 1839). Os acusados foram devidamente citados (f. 1853v; 2002v; 2003v; 2034; 2085) e interrogados (f. 1858-1871; 2041-2044; 2085-2087), conforme degravações (f. 1890-1978; 2051-2071; 2091-2120).

Sebastião Pereira da Silva (f. 1979-1980), Elciomar Paulo de Menezes (f. 1982-1988), Roniclei Alves de Queiroz (f. 1989-1995), Ronilda Ribeiro Machado (f. 1996-1998), José Donizete Ferreira Freitas (f. 2004-2.008; 2123-2.25), José Benedito Dias (f. 2009-2010), Orange Resende e Silva (f. 2011-2012), Ana Regina Arantes (f. 2013-2014), Aleuto Teixeira Lata (f. 2015-2016), Luceni Quintina Correia (f. 2020-2027), Eugênio Luiz Azambuja (f. 2028-2031) e Waldimiro José Cotrim Moreira (f. 2133-2135) ofereceram Defesa Prévia.

As testemunhas compromissadas e informantes foram ouvidas (f. 2155-2157; 2304-2306), conforme degravações (f. 2241-2283; 2307-2354).

Waldimiro José Cotrim Moreira requereu a realização de seu interrogatório perante este Sodalício, por problemas de ordem médica e psicológica (f. 2357-2361). O pedido foi indeferido (f. 2362-2363).

Eugênio Luiz Azambuja e Luceni Quintina Correia requereram a realização de novos depoimentos policiais, apontando irregularidades nos depoimentos prestados na fase inquisitorial (f. 2364-2366). O pedido foi indeferido (f. 2367-2368).

José Donizete Ferreira Freitas, Jorge Yoshishilo Kobayashi e Ivete Vargas Rocha de Souza requereram a realização de seus interrogatórios perante este Sodalício, alegando que este é meio de defesa e que o clima reinante na comarca de Cassilândia estaria contaminado pela atenção da mídia e da ocorrência de situações inusitadas (f. 2369-2373). O pedido foi indeferido (f. 2374-2375).

José Donizete Ferreira Freitas apresentou petição (f. 2414-2424) requerendo a declaração da extinção da medida cautelar de afastamento temporário. Foi determinada a intimação do órgão ministerial para manifestação sobre a extinção da cautelar (f. 2425) e, em cumprimento ao preceito do art. 10 da Lei n. 8038/90, para requerimento de diligências (f. 2426-2427).

O Ministério Público Estadual se manifestou (f. 2530-2535) entendendo que os autos já estão suficientemente instruídos, nada requerendo. Protestou, ainda, por oportunidade para manifestação, caso o retorno das precatórias expedidas alterasse a dinâmica das provas até então produzidas. Sobre o pedido de extinção da cautelar de afastamento, manifestou contrariedade, em relação a todos os acusados.

Elciomar Paulo de Menezes requereu (f. 2432-2433) a juntada da sentença proferida nos autos de n. 007.07.101294-6, da ação de Cobrança contra o Município de Cassilândia, e a expedição de ofício para o

Município de Cassilândia, solicitando cópia do procedimento licitatório de aquisição de produtos alimentícios e de limpeza, entre o período de maio de 2007 a janeiro de 2008. Apenas o primeiro pedido foi deferido (f. 2446).

Verificando que a fase de instrução estava finalizada, esta relatoria declarou extinta a medida de afastamento temporário em relação a todos os acusados ocupantes de cargos ou funções públicas (f. 2466-2472).

Sebastião Pereira da Silva requereu a revogação da medida de afastamento temporário (f. 2474-2478), que foi julgada prejudicada (f. 2474).

João Otaviano de Souza requereu (f. 2718-2806) a restituição de um veículo automotor apreendido na Operação Judas. Houve indeferimento, de plano, do pedido (f. 2807-2808).

Elciomar Paulo de Menezes requereu (f. 2809-2812) a juntada dos processos administrativos n. 081/2007, 420/2007 e 1347/2007, realizados pelo Município de Cassilândia, para a aquisição de produtos alimentícios e de limpeza.

A certidão de f. 2447 anunciou o decurso de prazo para requerimento de diligências das partes.

O Ministério Público Estadual apresentou Alegações Finais (f. 2874-2950), afirmou que todas as formalidades exigidas pela lei foram cumpridas e pugnou, em apertada síntese, a condenação dos acusados, da seguinte forma:

– *José Donizete Ferreira Freitas*: art. 1º, I (desvio de verba pública em proveito próprio e alheio) e V (realização de despesas em desacordo com as normas financeiras da Lei n. 4320/64), do Decreto-Lei n. 201/67, c.c. art. 69, *caput*, do CP, e art. 90 da Lei n. 8666/93, e, especialmente, nas penas acessórias previstas no art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n. 201/67, consistentes na perda do cargo e na inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício do cargo;

– Waldimiro José Cotrim Moreira, José Benedito Dias, Sebastião Pereira da Silva, Luceni Quintina Correia, Orange Resende e Silva, Ana Regina Arantes, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Ivete Vargas Rocha de Souza e Ronilda Ribeiro Machado: art. 1º, I (desvio de verba pública em proveito alheio) e V (realização de despesas em desacordo com as normas financeiras da Lei n. 4320/64), do Decreto-Lei n. 201/67, c.c. arts. 29 e 69, *caput*, do CP, e art. 90 da Lei n. 8666/93;

– Aleuto Teixeira Lata, André Vidal Saeki Cecato Raizer, Roniclei Alves de Queiroz e Elciomar Paulo de Menezes: art. 1º, I (desvio de verba pública em proveito alheio), do Decreto-Lei n. 201/67, c.c. arts. 29 e 69, *caput*, do CP, e art. 90 da Lei n. 8666/93;

– *José Donizete Ferreira Freitas*, Waldimiro José Cotrim Moreira, Luceni Quintina Correia, Orange Resende e Silva, Ana Regina Arantes, André Vidal Saeki Cecato Raizer, Elciomar Paulo de Menezes, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Ivete Vargas Rocha de Souza, Aleuto Teixeira Lata, Ronilda Ribeiro Machado, José Benedito Dias e Sebastião Pereira da Silva: art. 288 do Código Penal;



– *Luceni Quintina Correia*, Waldimiro José Cotrim Moreira, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Ana Regina Arantes, Eugênio Luiz Azambuja e Orange Resende e Silva: art. 4º, 'a', e § 2º, IV, 'a', segunda figura da Lei n. 1521/51 c.c. art. 69 do CP.

Eugênio Luiz Azambuja e Luceni Quintina Correia, em apertada síntese, em suas Alegações Finais (f. 2952-2977), alegam que: 1) Preliminarmente, a denúncia seria inepta, por inexistência de individualização das condutas praticadas pelos acusados; 2) O processo seria nulo, por cerceamento de defesa, porque não teria sido dada oportunidade de requerimento de diligências aos denunciados, conforme art. 499 do CPP, também porque a defesa haveria requerido prova de auditoria das contas do Município de Cassilândia; 3) No mérito, a absolvição dos acusados em relação a todos os crimes seria medida que se impõe, por inexistência de fato típico, por não ocorrência de *animus* ou por insuficiência de provas para um seguro decreto condenatório.

Waldimiro José Cotrim Moreira, em apertada síntese, em suas Alegações Finais (f. 2979-2993), alega que a absolvição do acusado em relação a todos os crimes seria medida que se impõe, por inexistência de fato típico, por não ocorrência de dolo ou por insuficiência de provas para um seguro decreto condenatório.

André Vidal Saeki Secato Raizer, em apertada síntese, em suas Alegações Finais (f. 2995-2998), alega que a absolvição do acusado em relação a todos os crimes seria medida que se impõe, por inexistência de fato típico, por não ocorrência de dolo ou por insuficiência de provas para um seguro decreto condenatório.

José Donizete Ferreira Freitas, Sebastião Pereira da Silva, Jorge Yoshishilo Kobayashi e Ivete Vargas Rocha de Souza, em apertada síntese, em suas Alegações Finais (f. 3005-3049), alegam que devem ser absolvidos, com fundamento no art. 386, IV e/ou VI, do CPP, em relação a todos os crimes.

Aleuto Teixeira Lata, em apertada síntese, em suas Alegações Finais (f. 3050-3065), alega que: 1) preliminarmente, deve ser reconhecida a nulidade do Inquérito Policial, por divisão da presidência das investigações entre o Ministério Público e Autoridade Policial; 2) deve ser reconhecida a nulidade do depoimento do Delegado de Polícia, como testemunha de acusação, por ter participado da confecção do Inquérito Policial; 3) no mérito, deve ocorrer a absolvição do acusado em relação a todos os crimes, por inexistência de fato típico, por não ocorrência de dolo ou por insuficiência de provas para um seguro decreto condenatório; 4) subsidiariamente, deve ser reconhecida a confissão espontânea do acusado, bem como sua simplicidade, boa-fé e ausência de dolo, para eventual fixação de pena.

Ana Regina Arantes, em apertada síntese, em suas Alegações Finais (f. 3066-3103), alega que: 1) preliminarmente, deve ser reconhecida a nulidade do Inquérito Policial, por divisão da presidência das investigações entre o Ministério Público e Autoridade Policial; 2) deve ser reconhecida a nulidade do depoimento do Delegado de Polícia, como testemunha de acusação, por ter participado da confecção do Inquérito Policial; 3) deve ser reconhecida a inépcia da denúncia em relação aos crimes de apropriação de rendas públicas e efetuar despesas em desacordo com as normas financeiras pertinentes; 4) no mérito, deve ocorrer a absolvição do acusado em relação a todos os crimes, por inexistência de fato típico, por não ocorrência de dolo ou por insuficiência de provas para um seguro decreto condenatório.

Elciomar Paulo de Menezes, em apertada síntese, em suas Alegações Finais (f. 3105-3121), alega que deve ocorrer a absolvição do acusado em relação a todos os crimes, por inexistência de fato típico, por não ocorrência de dolo ou por insuficiência de provas para um seguro decreto condenatório.

Roniclei Alves de Queiroz, em apertada síntese, em suas Alegações Finais (f. 3122-3136), alega que deve ocorrer a absolvição do acusado em relação a todos os crimes, por inexistência de fato típico, por não ocorrência de dolo ou por insuficiência de provas para um seguro decreto condenatório.

José Benedito Dias, em apertada síntese, em suas Alegações Finais (f. 3138-3139), alega que deve ocorrer a absolvição do acusado por inexistência de fato típico.

Ronilda Ribeiro Machado, em apertada síntese, em suas Alegações Finais (f. 3141-3146), alega que deve ocorrer a absolvição do acusado em relação a todos os crimes, por inexistência de fato típico, por não ocorrência de dolo ou por insuficiência de provas.

### VOTO (3.12.2008)

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

Trata-se de Ação Penal proposta pelo *Ministério* Público Estadual, em face de José Donizete Ferreira Freitas, Waldimiro José Cotrim Moreira, Sebastião Pereira da Silva, Ivete Vargas Rocha de Souza, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Luceni Quintina Correia, Roniclei Alves de Queiroz, Elciomar Paulo de Menezes, Orange Resende e Silva, Aleuto Teixeira Lata, Ana Regina Arantes, Ronilda Ribeiro Machado, José Benedito Dias, André Vidal Saeki Cecato Raizer e Eugenio Luiz de Azambuja, pelos seguintes crimes:

1 – José Donizete Ferreira Freitas: art. 1º, I (apropriação de rendas públicas) e V (efetuar despesa em desacordo com as normas financeiras pertinentes), do Decreto-Lei n. 201/67, c.c. art. 69, *caput*, (concurso de crimes – concurso material) do CP, e art. 90 (fraude às licitações) da Lei n. 8.666/93;

2 – Waldimiro José Cotrim Moreira, José Benedito Dias, Sebastião Pereira da Silva, Luceni Quintina Correia, Orange Resende e Silva, Ana Regina Arantes, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Ivete Vargas Rocha de Souza e Ronilda Ribeiro Machado: art. 1º, I (apropriação de rendas públicas) e V (efetuar despesa em desacordo com as normas financeiras pertinentes), do Decreto-Lei n. 201/67, c.c. arts. 29 (concurso de pessoas – coautoria) e 69, *caput*, (concurso de crimes – concurso material) do CP, e art. 90 (fraude às licitações) da Lei n. 8666/93;

3 – André Vidal Saeki Cecato Raizer, Roniclei Alves de Queiroz e Elciomar Paulo de Menezes: art. 1º, I (apropriação de rendas públicas), do Decreto-Lei n. 201/67, c.c. arts. 29 (concurso de pessoas – participação) e 69, *caput*, (concurso de crimes – concurso material) do CP, e art. 90 (fraude às licitações) da Lei n. 8666/93;

4 – José Donizete Ferreira Freitas, Waldimiro José Cotrim Moreira, Luceni Quintina Correia, Orange Resende e Silva, Ana Regina Arantes, André Vidal Saeki Cecato Raizer, Elciomar Paulo de Menezes, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Ivete Vargas Rocha de Souza, Aleuto Teixeira Lata, Ronilda Ribeiro Machado, José Benedito Dias e Sebastião Pereira da Silva: art. 288 (formação de quadrilha ou bando) do Código Penal;

5 – Luceni Quintina Correia, Waldimiro José Cotrim Moreira, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Ana Regina Arantes, Eugênio Luiz Azambuja e Orange Resende e Silva: art. 4º ‘a’ (crime de usura) e § 2º, IV, ‘a’, segunda figura (praticado por funcionário público) da Lei n. 1521/51 c.c. art. 69 (concurso de crimes – concurso material) do CP.



Em julgamento de admissibilidade (f. 1814-1834), a Seção Criminal, em 3 de setembro de 2007, recebeu a denúncia, nos termos formulados, com relação a todos os delitos e acusados apontados na inicial, e delegou a realização dos interrogatórios e dos atos instrutórios ao Juiz de Direito da comarca de Cassilândia, conforme disposição do art. 9º, § 1º, da Lei n. 8038/90, ressalvados todos os atos decisórios a esta relatoria.

Após o cumprimento da Carta de Ordem e abertura de prazo para requerimento de diligências, as partes apresentaram Alegações Finais. Entretanto, por ordem de prejudicialidade, antes de adentrar o mérito da demanda, é necessário solucionar pontos de ordem formal.

## 1. MATÉRIAS PREJUDICIAIS AO MÉRITO DA AÇÃO:

### 1.1. NULIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL POR DIVISÃO DA PRESIDÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO E DELEGADO DE POLÍCIA:

Aleuto Teixeira Lata e Ana Regina Arantes alegam que deve ser reconhecida a nulidade do Inquérito Policial, por divisão da presidência das investigações entre o Ministério Público e Autoridade Policial.

Inicialmente, deve-se consignar que o entendimento desta relatoria já está assentado, há tempos, para que o Ministério Público não pode presidir o Inquérito Policial. Isso já ficou claro no momento em que a denúncia foi recebida por este órgão julgador e em reiterados julgamentos sobre o assunto. Deve-se consignar, ainda, que naquela oportunidade ficou assentado que a análise das provas impugnadas seria efetuada no momento oportuno.

Nessa ocasião de julgamento, fica nítido que alguns depoimentos foram tomados pelos promotores de justiça atuantes na comarca de Cassilândia, sem nenhuma participação do Delegado de Polícia, autoridade legalmente responsável pela condução do Inquérito Policial.

É importante mencionar isso, porque, apesar de tal fato não ter o condão de invalidar por completo a prova ali produzida, certamente faz que a prova assuma um caráter unilateral, com as provas produzidas pelos acusados, já que o *Parquet* é parte na ação.

Concluindo, conforme já esclarecido no recebimento da denúncia, não há nulidade na participação do Ministério Público no Inquérito Policial, e as provas produzidas sem a participação do Delegado de Polícia devem ser sopesadas com a parcimônia que se deve esperar de provas unilaterais.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade do Inquérito Policial, por divisão da presidência do Inquérito Policial entre Ministério Público e Delegado de Polícia.

### 1.2. INÉPCIA DA DENÚNCIA:

Eugênio Luiz Azambuja e Luceni Quintina Correia alegam que a denúncia seria inepta, por inexistência de individualização das condutas praticadas pelos acusados, de igual forma, o faz a acusada Ana Regina Arantes, quando pleiteia o reconhecimento da inépcia da denúncia em relação aos crimes de apropriação de rendas públicas e efetuar despesas em desacordo com as normas financeiras pertinentes.

Ocorre que a denúncia já fora recebida pela Seção Criminal e não houve nenhuma insurgência, naquele momento oportuno. Diante disso, esta discussão está preclusa nesta fase processual. Ademais, é indubitoso que a matéria se confunde com o próprio *meritum causae*, devendo assim ser apreciada.

Diante disso, rejeito a preliminar de inépcia da denúncia, por ocorrência de preclusão.

### 1.3. NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA:

Eugênio Luiz Azambuja e Luceni Quintina Correia alegam que haveria nulidade processual, por cerceamento de defesa, decorrente de dois motivos: primeiro, porque não teria sido dada oportunidade de requerimento de diligências aos denunciados, conforme art. 499 do CPP, e segundo, porque a defesa haveria requerido prova de auditoria das contas do Município de Cassilândia.

O primeiro fundamento para a suposta nulidade deve ser absolutamente rechaçado, visto que não possui nenhuma razão lógica. Na realidade, os acusados alegam que não tiveram oportunidade para formulação de requerimento de diligências, previsto no art. 499 do CPP – que já está revogado, mas era vigente à época – e isso acarretaria cerceamento de defesa.

Ocorre, entretanto, que o próprio Código de Processo Penal estabelece que o art. 499 era relativo aos processos de competência do juízo singular. É nítido, desde o princípio do processamento desta ação penal, que o procedimento utilizado é o previsto pela Lei n. 8038, de 28 de maio de 1990, que disciplina o trâmite das ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça, por determinação expressa do art. 1º da Lei n. 8658/93.

Assim sendo, observa-se que fora oportunizado o requerimento de diligências, conforme art. 10 da lei aplicável à espécie (f. 2426-2427), portanto, não há falar em cerceamento de defesa.

O segundo fundamento para o suposto cerceamento de defesa é ainda mais afastado da realidade. Analisando detidamente a defesa preliminar apresentada (f. 1649-1656), não se verifica, em momento algum, requerimento de auditoria em contas do Município de Cassilândia. Realmente, há menção sobre a necessidade de apreciação de irregularidades por parte do Tribunal de Contas estadual, contudo não existe nenhum requerimento expresso nesse sentido.

Some-se, também, o fato de ter sido oportunizado o requerimento de diligências aos acusados, conforme descrito linhas acima. O silêncio dos acusados naquela fase acarreta preclusão do eventual pedido de auditoria e, certamente, não corresponde a nenhum cerceamento de defesa.

Ademais, a prova em questão não se mostra imprescindível para o deslinde da situação posta em juízo. Verifica-se que, quanto aos fatos incriminadores, o ônus da prova é do Ministério Público. Dessa forma, a inexistência da referida auditoria só poderia ter o condão de prejudicar o conjunto probatório e acarretar a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Este é o entendimento de Waldo Fazzio Júnior:

A aprovação das contas do prefeito não o isenta da persecução por esse delito porque não é causa excludente de antijuridicidade. Não é elementar do tipo. Nem a tomada de contas é imprescindível.<sup>2</sup>

Finalmente, deve-se frisar que as sessões e os processos do Tribunal de Contas obedecem ao princípio da publicidade (art. 37, *caput*, CF), dessa forma, não seria preciso um ofício do Poder Judiciário para que os acusados tivessem acesso às contas da municipalidade naquela Corte.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade processual, por cerceamento de defesa.

## 1.4. NULIDADE DO DEPOIMENTO DO DELEGADO DE POLÍCIA:

Aleuto Teixeira Lata e Ana Regina Arantes sustentam que deve ser reconhecida a nulidade do depoimento do Delegado de Polícia, como testemunha de acusação, por ter participado da confecção do Inquérito Policial.

Inicialmente, nota-se que a testemunha em questão foi devidamente contraditada no juízo de Cassilândia e, obedecendo à legislação processual vigente, o juiz singular prosseguiu a oitiva da testemunha, conforme preceitua o Código de Processo Penal:

Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 <sup>1</sup> e 208 <sup>2</sup>.

Nessa esteira, a legislação processual não impõe nenhum óbice a que o Delegado de Polícia testemunhe em juízo. É certo que os autos noticiam acontecimentos deveras incomuns que envolvem a famigerada “Operação Judas”, como, por exemplo, o convite do Ministério Público para que o Delegado de Polícia se sentasse ao lado do *Parquet*, durante depoimentos ocorridos em outro processo decorrente da mesma operação, e a convocação dos alunos de Direito da UEMS – alunos do Delegado de Polícia – para assistir àquele ato processual. Entretanto, não há de se declarar nulidade do depoimento da testemunha, unicamente, em virtude do cargo público que ela ocupa.

De fato, o processo deve ser sempre encarado como instrumento para que o direito material possa ser atingido de forma a se respeitar os ditames da Carta Magna. De nada adianta o formalismo exacerbado, que faria os operadores do Direito se perderem em filigranas jurídicas e se esquecerem da dignidade da pessoa humana, que é sempre ínsita a todo processo.

Assim sendo, por mais estranho que possa parecer para o cidadão leigo, a presença do Delegado de Polícia e seus alunos em ato processual público não tornam imprestáveis os esclarecimentos que porventura aquele possa trazer ao processo. É claro que as informações trazidas pela testemunha devem ser analisadas de acordo com todo o contexto probatório. Neste sentido, conforme será verificado na apreciação do mérito, o entendimento adotado por esta relatoria não é fundado apenas nas afirmações do Delegado de Polícia.

Aliás, a jurisprudência é tranquila na admissibilidade de depoimentos de policiais que efetivaram as ações que levaram a cabo a prisão de partes acusadas criminalmente. O entendimento é no sentido de não ser possível a admissão de impedimento ou suspeição, sem demonstração de elementos concretos que indiquem tais fatos.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações.

1 CPP – Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

2 CPP – Art. 208. Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

Tratando-se de sentença condenatória escorada não apenas nos depoimentos prestados em Juízo pelos policiais, como também nos esclarecimentos feitos pelas próprias testemunhas da defesa, não é possível rever todo o acervo fático-probatório do feito criminal para perquirir se as provas a que se referiu o magistrado de primeira instância são ou não suficientes para produzir uma condenação.

O habeas corpus, enquanto remédio constitucional, cumpre a função de pronto socorro à liberdade de locomoção. Daí que o manejo dessa via expressa ou por atalho passe a exigir do acionante a comprovação, de pronto, da ilegalidade ou abusividade de poder imputada à autoridade coatora.

Ordem denegada. (STF, HC n. 87662/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 5.9.06, DJ 16.2.07).

O ensinamento de Edilson Mougenot Bonfim<sup>3</sup> vem ao encontro do jurisprudencial:

Depoimento prestado por policial

Declarações de policial harmônicas e seguras não devem ser desconsideradas pela simples condição de ser policial a testemunha, pois seu ofício não o torna impedido ou suspeito. Inteligência dos arts. 6º e 202 do CPP (TJSP: RT 654/278; JTJ 200/276).

[...]

Delegado de polícia que preside o inquérito policial

Impedimento inexistente, inaplicabilidade do art. 207 do CPP (TJSP: RT 694/318)

Aliás, do ponto de vista lógico, esta preliminar seria até mesmo incompatível com a preliminar que buscava a declaração de nulidade do Inquérito Policial por participação do Ministério Público. É que aquela preliminar argumenta justamente a usurpação de competência e a parcialidade do *Parquet* ao realizar investigação policial.

Fica nítido que os acusados, repita-se: naquela oportunidade, colocam que o Delegado de Polícia seria o competente para presidir o Inquérito Policial e dirigir as investigações. Neste raciocínio, é crível que o repute imparcial. Ademais, ressalta-se que a atitude de um Delegado de Polícia deve se pautar sempre pela busca da verdade, e não só de elementos acusatórios, o que seria absolutamente contraditório com a negativa de possibilidade de prestar seu testemunho em juízo.

Diante disso, rejeito a preliminar de nulidade do depoimento prestado pelo Delegado de Polícia, por inexistência de impedimento ou suspeição para tal atividade.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR PARA MELHOR ANÁLISE DAS ARGUIÇÕES PRELIMINARES, TODAS REJEITADAS PELO RELATOR. OS DEMAIS AGUARDAM, FICANDO AJUSTADO QUE O JULGAMENTO VAI PROSSEGUIR NA SEGUNDA SESSÃO DE FEVEREIRO DE 2009.

<sup>3</sup> Código de Processo Penal Adotado. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 357 e 365.

**VOTO (18.2.2009)**

O Sr. Dr. Evaldo Borges Rodrigues da Costa – (Procurador de Justiça)

Esta Procuradoria-Geral de Justiça opina para que este egrégio Tribunal de Justiça se torna incompetente em relação às atribuições de cognição originária da matéria, considerando o deslocamento da competência para a comarca de origem, tendo em vista o término do mandato do prefeito.

É que o § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 10.628 de 2002, foi julgado inconstitucional em face das ADIN's 2797-2 e 2860-0 de 15.7.05, deslocando a competência por ocasião do término do mandato em se tratando de ex-prefeito municipal, deslocamento que, por se tratar de matéria de ordem pública, se estende também ao demais corréus, não havendo prejuízo ao juízo natural da causa em face da súmula 704 do egrégio Supremo Tribunal Federal, existindo conexão em face dos corréus não detentores de mandato eletivo.

Portanto, ficando revogado o § 1º do artigo em face dessas ADIN's julgadas inconstitucionais, e com a revogação da súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, ainda que se tenha iniciado o julgamento, entende-se pela aplicabilidade imediata da norma de direito processual retornando os autos à origem para que não haja inversão do julgamento originário.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

**1.5. INCOMPETÊNCIA SUPERVENIENTE DE JUÍZO:**

Na continuidade do julgamento, iniciado em 3 de dezembro de 2008, a Procuradoria-Geral de Justiça suscita incompetência superveniente deste juízo para julgamento da presente Ação Penal, em decorrência do término do mandato do Alcaide José Donizete Ferreira Freitas, em 31 de dezembro de 2008.

Em sua manifestação oral, o membro do *Parquet* sustenta que, devido ao cancelamento da Súmula n. 394 do STF, e ao reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP (com redação dada pela Lei n. 10.628/2002), pela ADI 2797 e 2860, teria ocorrido o deslocamento da competência para a 1ª instância.

A matéria é extremamente controvertida, mas a preliminar deve ser rejeitada e a competência para julgamento mantida. Ao contrário do entendimento esposado, a situação em tela não se trata de *perpetuatio jurisdictionis*, mas sim de continuação de julgamento de órgão competente.

O julgamento em órgão colegiado não pode ser considerado fracionadamente. Apesar de composto do pronunciamento de mais de um julgador, é ato unitário, portanto, uma vez iniciado, não se pode simplesmente desconsiderar os atos já praticados. Explica-se:

Deve-se aplicar, analogicamente ao processo civil, o princípio da unicidade da sessão de julgamento. Isso porque o art. 113 do CPC define que os atos decisórios serão declarados nulos quando houver reconhecimento de incompetência absoluta, mas não há como se anular o julgamento que se iniciou quando o órgão era competente.

Prevalecendo o entendimento ministerial, ainda que por via transversa, os atos decisórios praticados por esta Seção Criminal antes do término do mandato do Prefeito Municipal seriam considerados nulos, uma vez que o processo seria remetido para julgamento no juízo de 1ª instância, que ficaria desvinculado para julgar.

Esta hipótese não se mostra razoável, pois o momento para fixação de competência deve ser o do início do julgamento. O caso em debate é de término do mandato, mas o final da prerrogativa de função poderia ocorrer como forma de subterfúgio, renúncia ao cargo, por exemplo. Neste caso, o acusado teria a possibilidade de “jogar” com o Poder Judiciário. Se o julgamento paralisado lhe estivesse sendo desfavorável, ele renunciaria ao cargo eletivo, para ganhar tempo e possibilitar o julgamento em outro órgão judicial.

Certamente, não é este o intuito do Constituinte e do legislador ordinário. Esta hipótese violaria os princípios do devido processo legal e do juiz natural, visto que daria a possibilidade de escolha do órgão julgador ao acusado, posteriormente ao início do julgamento, algo completamente inimaginável.

Dessa forma, a conclusão a que se chega é de que o julgamento teve início enquanto um dos acusados era dotado de foro por prerrogativa de função e, portanto, esta Corte competente para julgamento. A alteração fática posterior ao pedido de vista de componente do órgão fracionário não macula a competência já estabelecida, sob pena de violação aos princípios constitucionais ínsitos ao Estado Democrático de Direito.

Por esses motivos, rejeito a preliminar de incompetência superveniente de juízo suscitada pelo *Parquet*, mantendo a competência desta Seção Criminal para julgamento.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Revisor)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria colocada em debate, após o ilustre relator rejeitar todas as preliminares aventadas pelas defesas dos acusados.

No entanto, com o prosseguimento do julgamento do presente feito, o que se deu somente neste ano de 2009, quando o réu José Donizete Ferreira de Freitas já não mais ocupava o cargo de Prefeito de Cassilândia, a Procuradoria-Geral de Justiça arguiu mais uma preliminar, qual seja, a de incompetência desta Corte para continuidade do julgamento da ação penal.

O ilustre relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, com o costumeiro acerto, rejeitou mais essa preliminar.

#### 1.1. Da preliminar de incompetência absoluta desta Corte de Justiça para julgamento da ação penal.

Após refletir sobre a matéria, acompanho o relator para afastar a preliminar de incompetência deste Tribunal de Justiça.

De fato, trata-se de competência absoluta. Disso não tenho dúvida.

Ocorre que, no caso retratado nos autos, o julgamento iniciou-se quando o réu era Prefeito de Cassilândia. Então, resta saber se o julgamento, como tal, é, ou não, ato processual unitário. A meu juízo, trata-se de ato unitário, submetendo-se à regra vigente à data da sua prática.

Dessa feita, quando do início do julgamento, o acusado era Prefeito de Cassilândia, de modo que este Tribunal era competente para processamento e julgamento da presente ação penal. Logo, o fato de, após iniciado o julgamento, ter-se alterado um estado de fato que implicaria modificação da competência não pode atingi-lo, justamente por ser o julgamento ato processual unitário, não podendo ser fragmentado.



Aliás, embora vencidos, foi o que decidiram os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, quando do julgamento do Inquérito 2.277-2, do Distrito Federal, da relatoria do Min. Marco Aurélio. Vejamos a discussão travada naquela oportunidade, *in verbis*:

[...]

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Sra. Presidente, não discordo, nem uma linha, das premissas em que se assenta a segura manifestação do eminente Ministro-Relator. O caso é de competência absoluta. Também estou de acordo com a interpretação do art. 87 como princípio da perpetuatio e das suas exceções, mas a mim parece-me, com o devido respeito, que se trata de saber se o julgamento como tal é, ou não, ato processual unitário. Sendo ato processual unitário, submete-se à regra vigente à data da sua prática. Ou seja, no caso, quando o julgamento foi iniciado, o querelado era ainda ministro de Estado. De modo que, naquele momento, a Corte era competente. A circunstância de, após iniciado o julgamento, ter-se alterado um estado de fato que implicaria modificação da competência não atinge o julgamento, porque o julgamento é ato unitário. Tenho enorme dificuldade de entender cada voto como se cada um deles fosse um ato processual diferente. Na verdade, o ato processual de que se ocupa e cuja validade está em discussão é o julgamento; não é cada voto proferido. Cada voto proferido é apenas momento de um ato processual unitário, iniciado enquanto vigia um estado de fato que tornava a Corte competente.

O SENHOR MINISTRO SEPULVEDA PERTENCE – Mas este julgamento não se aperfeiçoaria quando já cessada a competência do Tribunal?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Aperfeiçoar-se-ia considerado um órgão incompetente, a tal altura, para julgar a própria ação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Sim, mas se reputaria como mera continuação enquanto a Corte era competente, porque, doutro modo, teríamos de considerar o seguinte: os votos proferidos até então são válidos e os proferidos depois não o são. Fragmentamos o julgamento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Isto é, os atos praticados antes de 30 de março são válidos, porque a Corte tinha competência para que, sob a suposição de que cada voto é um ato processual, fossem proferidos e tornados validamente. E, se por isso são atos válidos, não podemos proferir outros depois. Temos de ponderar o seguinte, em termos de lógica jurídica: interrompemos o julgamento, não continuamos o julgamento, mas determinamos a remessa dos autos a outro juízo para aí continuar o julgamento que já se iniciou, porque os atos praticados teriam sido válidos!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Longe de mim a mesclagem, entender que, no caso, o meu voto se somará à decisão monocrática de primeira instância para chegar à procedência ou improcedência, porque aí já não se tratará mais sequer do recebimento da própria queixa-crime.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Mas o meu problema é este: podemos, ou não, fragmentar o julgamento?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sra. Presidente, também confesso que, quando vi nos jornais o anúncio de que teria havido já o julgamento da afirmação da prejudicialidade, fiquei com uma certa perplexidade.



O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Esse foi o julgamento de outro caso do ministro Celso de Mello.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Neste aqui há uma peculiaridade. Houve o início do julgamento – peculiaridade ressaltada pelo ministro Cezar Peluso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não era este caso. Perfeito. Imaginei que se tratava deste caso. Fiquei com essa perplexidade, exatamente porque associei ao início do julgamento e fiquei a imaginar, então, como nós, depois de iniciado o julgamento, poderíamos, de fato, reconhecer a prejudicialidade.

Creio que todos temos casos nesse sentido, especialmente agora com renúncias ou cassação de deputados que estavam submetidos ao foro do Supremo Tribunal Federal; todos temos decisões no sentido da prejudicialidade das ações e da remessa para o órgão competente. Mas, neste caso, de fato, há uma singularidade que, a meu ver, justificaria – e folgo em ver que o Ministro Cezar Peluso traz argumentos dogmáticos robustos para aquilo que eu chamo de ‘just a feeling’, neste caso – a ideia de que iniciado o julgamento, e às vezes, sabemos bem, com esse alongamento pelos sucessivos pedidos de vista, teremos, depois de algum tempo, o reconhecimento da prejudicialidade e da remessa para o órgão competente.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – E se outro fosse o motivo causador ocorrido durante a interrupção? E se tivesse morrido o querelante?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Aí há extinção da punibilidade.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Deixaríamos de declarar?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Não, não poderíamos deixar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas extinguiria aqui, mesmo com a nossa competência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Exatamente.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Sra. Presidente, queria fazer algumas ponderações.

Estamos diante, claramente, da superveniência de uma incompetência absoluta em face da perda do privilégio de foro do querelado. E aplica-se aqui - parece-me – o art. 113 do Código de Processo Civil, que dispõe:

‘Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

[...]

§ 2º. Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.’

Apenas os atos preparatórios são convalidados. Nesse caso, penso, data venia, se proferirmos o julgamento, esse ato será nulo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Não, mas pergunto a Vossa Excelência: esse § 2º se refere a atos nulos por quê?

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Pelo eventual julgamento, se houver a superveniência de um juiz incompetência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Por serem decisões proferidas por órgão incompetente. Ou seja, no momento em que praticou os atos, era incompetente. Não é o caso. No momento em que se começou o julgamento aqui, a Corte era competente.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Sim, mas houve a superveniência de incompetência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Essa superveniência é absolutamente irrelevante para efeito de julgamento.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Qual seria a sanção? A sanção seria, em tese, a nulidade deste julgamento, porque julgamos em face de uma incompetência absoluta, data venia.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Vossa Excelência está fazendo abstração do julgamento; está considerando cada voto como ato processual, como se cada um fosse uma decisão.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – É um continuum, mas que sofre uma solução de continuidade.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Não, Ministro Cezar Peluso. Exatamente por isso não posso acompanhar o preciso raciocínio de Vossa Excelência. O julgamento é unitário. O que havia eram alguns votos de um órgão colegiado, incapazes, ineficazes, para emitir um juízo pelo Tribunal. Então, não há ato nenhum praticado.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Mas já começou a ser praticado.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Há atos parciais os quais comporiam o julgamento, que já não se pode fazer porque perdemos a competência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Esses atos não são processuais. Esse é que é o problema.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Parciais, sim, porque o julgamento é um ato complexo. Só se perfaz com a última decisão. Essa é que é a verdade, data venia.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – O julgamento é um ato processual, é um ato só. Não podemos considerar cada voto como se fosse ato isolado.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – Não, é um ato compósito de vários votos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Ministro Cezar Peluso, vamos pensar. Quando se interromperia, uma vez recebida a queixa, a prescrição? Não é com a proclamação do resultado?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Isso é outra coisa.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Sim, Ministro, para mostrar que o ato só se perfaz com a proclamação do resultado.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Não tenho dúvida de que ele se perfaz.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) – E após a coleta de todos os votos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – O que eu acho é que ele não pode ser fragmentado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não pode.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Mas não é fragmentar. O que há são votos, não, uma decisão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Que se perfaça após o último voto, não tenho dúvida. A meu ver, o que não cabe é segmentarmos, fragmentarmos o julgamento, distribuindo-o em vários atos, considerados como atos processuais para efeito de tratamento de competência. O ato processual, que é objeto da indagação da competência, é o julgamento. Este já começou e é unitário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Indago se, no caso concreto, tendo em conta a cessação da competência, podemos ainda cogitar de aplicação da Lei n. 8.038/90 quanto à fase de recebimento dos processos da competência originária dos tribunais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não haveria nenhuma dúvida. Se assumirmos que este é um ato único, o ato de julgamento, a Lei n. 8.038/90 será integralmente aplicável, por decorrência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Sem nenhuma dificuldade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sei que a jurisprudência defensiva nos fascina no outro sentido também.

[...].

Diante de todas essas ponderações, rejeito a preliminar, fixando a competência desta Corte para continuar o julgamento do presente feito.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (1º Vogal)

Pelos fundamentos expostos, acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Gilberto da Silva Castro (3º Vogal)

Também entendo que iniciado o julgamento não há possibilidade de fracioná-lo para deslocar a competência.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

E há mais um argumento: o presidente havia consultado as partes se estavam de acordo com o adiamento e o procurador na época não se opôs.

O Sr. Dr. Evaldo Borges Rodrigues da Costa (Procurador de Justiça)

Por se tratar de matéria de ordem, foi renovada por mim, sendo esta minha primeira participação neste processo. Por isso quis questionar a matéria para efeito apenas de debate e apreciação da seção para o devido prosseguimento e para que não seja arguida posteriormente como novidade no feito.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

1.2. Da preliminar de nulidade do inquérito policial por divisão da presidência das investigações entre o Ministério Público Estadual e a Autoridade Policial:

Aleuto Teixeira Lata e Ana Regina Arantes alegaram, preliminarmente, que deve ser reconhecida a nulidade do Inquérito Policial, em face da divisão da presidência das investigações entre o Ministério Público e a autoridade policial.

Primeiramente, acerca do poder de investigação do Ministério Público, necessário acostar manifestação expressa desta Seção Criminal:

EMENTA –HABEAS CORPUS –LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER AÇÃO PENAL – ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA CONFIRMANDO A LIMINAR.

Tranca-se em definitivo a ação penal movida em desfavor do paciente, tendo em vista a clarividência do constrangimento ilegal sofrido por este, mormente se desprovido de elementos indiciários mínimos a respaldar a tramitação da ação penal, acrescida da irregular investigação criminal levada a cabo pelo Ministério Público (Habeas Corpus n. 2007.031153-3).

O Supremo Tribunal Federal, de igual forma, já se manifestou acerca de o *parquet* não possuir atribuições para realizar, diretamente, investigação de caráter criminal. Eis a ementa do julgado:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DE. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRÇÃO. ILEGITIMIDADE. [...] A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de Inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. (STF, RHC n. 81.326-7, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 1.8.03).

Historicamente, no direito processual penal brasileiro, as atribuições para realizar as investigações preparatórias da ação penal têm sido da polícia, pelas mais diversas razões, as quais têm prevalecido a ponto de todas as iniciativas no sentido de mudar as regras nessa matéria terem sido repelidas, desde a proposta de instituir juizados de instrução feita pelo então ministro da Justiça, Vicente Ráo, em 1935, passando pela elaboração da Constituição de 1988, pela feitura da lei complementar relativa ao Ministério Público, em 1993, até propostas de emendas constitucionais em 1995 e 1999, com o objetivo de dar atribuições investigatórias ao *parquet*.

Pois bem. Muito embora constem, nos autos, alguns interrogatórios tomados apenas por Promotores de Justiça, verifica-se que tais provas, por si sós, *prima facie*, não ensejam a nulidade de toda a instrução, como requer a defesa. Poucos e parcos são os depoimentos tomados apenas pelos promotores.

Por outro lado, o que não pode ocorrer é que tais provas sirvam de base para futura eventual condenação.

Assim, muito embora tenha o ilustre Relator consignado que “as provas produzidas sem a participação do Delegado de Polícia devem ser sopesadas com parcimônia que se deve esperar de provas unilaterais”, **tenho que tais provas sequer devam ser avaliadas/sopesadas pelos julgadores aqui presentes, por serem sumamente parciais, de modo que, sua apreciação, para elemento de convicção, causaria inolvidavelmente nulidade da decisão.**

Nesses termos, afasto a preliminar aventada.

### 1.3. Da preliminar de inépcia da denúncia:

Ana Regina Arantes, Eugênio Luiz Azambuja e Luceni Quintina Correia alegaram, em sede preliminar, que a denúncia seria inepta, por inexistência de individualização das condutas praticadas pelos acusados.

A irresignação é improcedente.

Primeiro porque tal desiderato já foi enfrentado por este colegiado, por ocasião do recebimento da denúncia (f. 1817-34).

Ademais, conforme ficou consignado na decisão supracitada, **“a narrativa do órgão ministerial permite concluir, de forma hialina, tipicidade e antijuridicidade dos fatos narrados. Isso é suficiente para a instauração da ação penal e recebimento da denúncia, já que a análise probatória deve ser relegada para a fase de julgamento do mérito da ação penal”**.

Indubitável, portanto, que além de pormenorizar os atos entendidos como ilícitos, a acusação forneceu detalhes sobre as condutas supostamente praticadas por cada denunciado, delimitando a participação de cada um deles de modo suficiente a lhes garantir o contraditório e a ampla defesa.

Outrossim, conforme salientou o Relator, em face da inexistência de insurgência posterior ao recebimento da exordial, a matéria encontra-se preclusa, razão pela qual não há falar em preliminar de inépcia.

#### 1.4. Da preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa:

Deve, de igual forma, ser rechaçada, nos exatos termos do voto proferido pelo Relator.

Claramente se denota dos autos – mais precisamente das f. 2.426-27 – que, ao contrário da alegação preliminar suscitada por Eugênio Luiz Azambuja e Luceni Quintina Correia, **foi oportunizado às partes o requerimento de diligências que entendessem necessárias, ao passo que os suscitantes quedaram-se inertes.**

Ademais, em momento algum os acusados requereram auditoria em contas do Município de Cassilândia, o que, ante o silêncio dos réus no momento de requisição de diligências (conforme determina o art. 10 da Lei n. 8.658/93), tornou-se precluso.

Não há, portanto, falar em cerceamento de defesa.

#### 1.5. Da nulidade do depoimento do delegado de polícia:

Aleuto Teixeira Lata e Ana Regina Arantes postulam pela nulidade do depoimento prestado pelo delegado de polícia como testemunha de acusação, por este ter participado da confecção do inquérito policial.

Pois bem, primeiramente, insta salientar que é pacífico o entendimento da jurisprudência pátria acerca dos depoimentos prestados por policiais, no sentido de que seu ofício não os torna impedidos ou tampouco suspeitos.

Ora, a autoridade policial, em princípio, pauta-se apenas pela busca da verdade real, e não pela pura e simples acusação.

Entretanto, peculiarmente neste caso, um acontecimento é digno de nota e repúdio.

A atitude do magistrado Silvio César do Prado, que presidiu a sessão judiciária de 4 de junho de 2007 (f. 1184, vol. 4), referente ao feito n. 007.07.100500-1, em que foram interrogados os suscitantes acima, **de convidar o Delegado de Polícia que presidiu as investigações a acompanhar os interrogatórios ao lado dos membros do parquet é, inolvidavelmente, descabida.**

È flagrante o intuito intimidatório da decisão. Absurda foi a atitude daquele que deveria zelar pela imparcialidade dos atos judiciais.

Isto posto, nos moldes do que foi decidido no tópico 1.2, **tenho que os interrogatórios e depoimentos prestados perante a referida sessão judiciária, pertinentes aos autos n. 007.07.100500-1** (cuja suspensão fora determinada pela E. Des. Relator, ante a extrema conexão entre os fatos delituosos apontados naquela ação e nesta que aqui se julga) **devam ser totalmente desconsiderados por esta Corte, com fins a evitar futura arguição de nulidade.**

Destarte, rejeito todas essas preliminares.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Quanto ao aspecto abordado pelo revisor, o Ministério Público não pode ser acovardado até esse ponto de o delegado de polícia sentar-se ao lado dele para acompanhar interrogatório.

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

De acordo com o relator. Rejeito as preliminares.

O Sr. Des. Gilberto da Silva Castro

Estou de acordo com o relator para rejeitar todas as arguições preliminares.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

## 2. MÉRITO DA AÇÃO:

Consta da denúncia que, em datas indeterminadas entre janeiro de 2005 e abril de 2007, foi implementado um grande esquema de corrupção com o dinheiro público na cidade de Cassilândia. Tal esquema seria organizado em torno do Prefeito Municipal, José Donizete Ferreira Freitas, e consistiria na prática de diversos crimes com a finalidade de se apropriar de dinheiro da municipalidade.

A exordial traz a descrição de uma série de condutas típicas (crimes de apropriação de rendas públicas, efetuar despesas em desacordo com as normas financeiras pertinentes, fraude a licitações, crime de usura e formação de quadrilha ou bando), imputadas a diversas pessoas (15 acusados, no total). Por este motivo, a fim de proporcionar a melhor análise dos pares, o voto deverá ser dividido por tópicos.



2.1. CRIME DE APROPRIAÇÃO E DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS (art. 1º, I, Decreto-Lei n. 201/67):

A denúncia narra a existência de um grande esquema de corrupção da Prefeitura de Cassilândia que possuía a finalidade de se apropriar e desviar dinheiro da municipalidade para interesses particulares.

Assim preceitua o Decreto-Lei n. 201/67:

Art. 1.º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

[...]

§ 1.º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

§ 2.º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

O principal artifício para alcançar o dinheiro do Erário seria a utilização do dinheiro em espécie que ficava no cofre e nos caixas da Prefeitura, já que a arrecadação de todos os tributos municipais era desvinculada da rede bancária. Na ausência de dinheiro em caixa, a acusação sublinha que cheques da Prefeitura – relativos aos diversos convênios – eram descontados diretamente na rede bancária e aplicados em finalidades outras, que não a do convênio.

Para organizar as retiradas de dinheiro do caixa, eram elaborados “vales”, que ficavam aguardando a chegada de “notas fiscais frias”, elaboração de empenhos “fraudulentos” e de processos licitatórios “invertidos”, a fim de justificar a saída de dinheiro público do Erário.

Pelo conjunto probatório produzido nos autos, fica nítido que realmente existia na Prefeitura de Cassilândia o hábito condenável de autorizar o pagamento de despesas da municipalidade mediante expedição de “vales”. Nesta trilha, percebe-se que, administrativamente, sobram irregularidades; contudo, neste momento resta analisar as condutas no aspecto criminal.

É importante destacar isso, porque a simples autorização para a realização de despesas mediante elaboração de “vales”, *per se*, não representa apropriação ou desvio do patrimônio público, mas sim o crime previsto no art. 1º, V (efetuar despesas em desacordo com as normas financeiras pertinentes), do Decreto-Lei n. 201/67, que será analisado na sequência. É necessário ficar claro que o peculato (art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67) é crime material, portanto exige resultado. Fernando Capez<sup>4</sup> ensina que:

Peculato-apropriação: trata-se de crime material. Consuma-se o crime no momento em que o agente transforma a posse ou detenção sobre o dinheiro, valor ou outra coisa móvel em domínio, ou seja, quando passa a agir como se fosse dono da coisa.

4 Curso de Direito Penal: Parte especial. Vol. 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 394-395.

[...]

Peculato-desvio: consuma-se no instante em que o funcionário público dá à coisa destino diverso do previsto em lei.

Dessa forma, além dos elementos normativos, de ordem objetiva, para caracterização do crime de peculato é imprescindível a verificação do elemento subjetivo, ou seja, o dolo. Neste caso, o dolo deve ser a vontade e consciência de assenhorar-se ou desviar coisa móvel do Estado, com uma finalidade especial, proveito próprio ou alheio. O ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt<sup>5</sup> é essencial:

Elementos subjetivo do crime de peculato é o dolo, constituído pela vontade de transformar a posse em domínio [...]. Em outros termos, é a vontade definitiva de não restituir a coisa (dinheiro, valor ou qualquer outra coisa móvel) pertencente ao Poder Público ou desviá-la de sua finalidade.

O dolo deve abranger todos os elementos configuradores da descrição típica, sejam eles fáticos, jurídicos ou culturais. O autor, como afirma Claus Roxin, somente poderá ser punido pela prática de um fato doloso quando conhecer as circunstâncias fáticas que o constituem. Eventual desconhecimento de um ou outro elemento constitutivo do tipo configura erro de tipo, excludente do dolo. [...] É fundamental a presença do elemento subjetivo transformador da natureza da posse, de alheia para própria, como elementos subjetivo especial do injusto, sob pena de não se configurar o peculato. Essa é a representação subjetiva que deve abranger e orientar a ação do sujeito ativo.

[...]

É indispensável a presença do elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de agir (em proveito próprio ou alheio), presente em todas as modalidades.

Estes esclarecimentos são imprescindíveis, porque a denúncia contra a maioria dos acusados desta conduta é em coautoria. Todavia esta coautoria só é possível quando ocorrer a chamada *unidade de desígnios*, em que todos os agentes atuam com uma finalidade dolosa única: a lesão ao patrimônio público, ainda que sem vantagem pessoal direta. *Contrario sensu*, qualquer agente, que tenha contribuído indiretamente, sem dolo, para que a ação delitiva tivesse êxito, não deve ser considerado coautor.

Convém citar os ensinamentos de Waldo Fazzio Júnior<sup>6</sup>:

Nada impede que ocorra a co-autoria. Quando as ações dos agentes estão interligadas, no mesmo fato delitivo, presente a homogeneidade de elemento subjetivo (unidade de propósito), admite-se a co-autoria entre prefeito e terceiros (assessores ou prepostos).

Destarte, em que pese a demonstração de ocorrência de apropriação e desvio de dinheiro público, a análise da conduta deve ocorrer de forma subjetiva e pormenorizada.

#### 2.1.1. Aleuto Teixeira Lata:

Na qualidade de proprietário do Supermercado Nevoeiro, o denunciado Aleuto Teixeira Lata é acusado de fornecer “notas fiscais frias” para justificar a saída de dinheiro dos cofres da Prefeitura Municipal. Consta dos autos, que o acusado fornecia notas fiscais para a Prefeitura, sem a devida entrega dos produtos, apenas solicitava ao então Secretário de Finanças, Waldimiro José Cotrim Moreira, que lhe fosse repassado o valor referente à carga tributária, para que não levasse prejuízo com a empreitada.

5 *Tratado de Direito Penal: Parte especial*. Vol.5. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16-17.

6 *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 100.

O acusado Aleuto Teixeira Lata (f. 1.890) confirma este procedimento:

JUIZ: O senhor confirma que tenha emitido notas, lá no seu estabelecimento comercial, a pedido de pessoas ligadas a prefeitura, sem que tivesse sido entregue a mercadoria ou não?

DEPOENTE: Algumas notas sim, não todas, né?

Este procedimento fica nítido pelo depoimento judicial do acusado Waldimiro José Cotrim Moreira (f. 2.095):

JUIZ: E sobre notas frias, senhor Waldimiro, o senhor tem conhecimento? O senhor sabe o que são notas frias?

DEPOENTE: Sei, sei.

JUIZ: Tem conhecimento de existência de notas frias na Prefeitura ou, se acontecia, não estava na alçada do senhor também?

DEPOENTE: Não, o problema de nota fria, que eu tenho conhecimento, são as notas que eu argui no depoimento passado, foi aquelas notas, algumas notas do Aleuto(F), que realmente eram frias sim.

JUIZ: Notas do Aleuto(F) eram frias? As outras o senhor tem conhecimento--

DEPOENTE: Algumas notas do Aleuto(F) foi o que eu argui no depoimento na Delegacia e aqui--

JUIZ: Conforme o senhor falou, então, anteriormente, o senhor está dizendo isso?

DEPOENTE: Exatamente. Com um pequeno detalhe que não foi colocado naquela época, devia ter a degravação naquela época; ficaria bem mais fácil para a gente discutir esse assunto. O Aleuto(F), mesma a firma aqui, apenas algumas notas foram frias; não foram todas. Nós repassamos aos Vereadores? Repassamos sim. Repassamos sim. Da forma que eu coloquei, nós repassamos aos Vereadores. Agora, não foi aquele total todo de notas, porque muita mercadoria o Aleuto(F) vendeu para a Prefeitura. Muita mercadoria a gente entregou; algumas, ele não entregou, foi fria. Então, eu entendo, doutor, que, de assim, de memória, fica um pouco difícil, mas eu vou chutar em cinco, seis notas, que nós pegamos frias, com ele, nesse valor de sete mil e poucos reais--

JUIZ: Sete mil e poucos reais?

DEPOENTE: Sete mil e poucos reais cada uma. Onde, eu entregava seis mil reais para o "Bituca" repassava para os Vereadores; citei os nomes dos Vereadores, devo repetir daqui a pouco, e o restante eu repassava ao Aleuto(F), porque era o ICMS, que ele recolhia.

JUIZ: A diferença do ICMS, então... A nota fria tinha que pagar ICMS, então, passava para ele, da nota fria, era só o valor para ele pagar, para ele não ficar no prejuízo, é isso?

DEPOENTE: Isso, exatamente.

Nesse ponto, é imperioso destacar novamente que não há necessidade de enriquecimento do agente para a caracterização do crime de peculato. Pelo que consta dos autos, o acusado, aparentemente, não angariou nenhuma quantia com a prática da atividade delitiva. Tudo leva a crer que apenas o valor da carga tributária era repassado a ele, para que não levasse prejuízo.

A prática de entregar notas fiscais frias para o Secretário de Finanças demonstrou que a participação do acusado Aleuto Teixeira Lata foi instrumento de grande importância para a expropriação do patrimônio público. Destarte, é indubitado que um comerciante experiente tenha plena consciência da única utilidade do recebimento de uma nota fiscal fria pela Prefeitura: justificar despesas irregulares.

Isso basta para eliminar qualquer alegação de que não sabia qual era a utilidade das notas fiscais frias. Esta conduta é bastante semelhante àquela do agente que ignora propositalmente a origem ilícita do dinheiro, no crime de lavagem de capitais. Originada nos EUA, a “*Teoria da Cegueira Deliberada*”, também conhecida da “*Teoria das Instruções da Avestruz*” (*Willful blindness* ou *ostrich instructions*), é admitida quando há prova de que o agente tinha conhecimento da elevada possibilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime e quando há prova de que o agente agiu de modo indiferente.

Dessa forma, não há maneira de sustentar que o acusado não tinha consciência e vontade de ver concretizado o crime de peculato. Ainda que não tenha atuação direta na retirada de dinheiro dos cofres municipais, sabia que sua atuação seria imprescindível para que outros conseguissem isso.

Diante do exposto, pelos motivos mencionados, impõe-se a condenação de Aleuto Teixeira Lata, pelo crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

#### 2.1.2. Ana Regina Arantes:

A denúncia narra que a acusada Ana Regina Arantes seria comparsa na formação do “Caixa 2”, e responsável pela elaboração de empenhos e contabilização de “notas frias”.

Apesar do esforço do órgão acusatório, em relação a esta acusada, em tentar demonstrar uma conduta ilícita (ou ligação a alguma conduta ilícita praticada por outrem), após a análise aprofundada dos elementos probatórios contidos nos autos, não se chega a nenhum juízo de certeza, o que impossibilita a condenação.

Em verdade, a acusação se pautou, exclusivamente, na premissa de que a acusada teria uma vinculação especial com os acusados Waldimiro José Cotrim Moreira, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Ivete Vargas Rocha de Souza, Luceni Quintina Correia e José Donizete Ferreira Freitas, principalmente, para possibilitar a elaboração de peças contábeis de forma a dar aparência de legalidade aos gastos irregulares da Municipalidade.

As suspeitas sobre a acusada surgiram, basicamente, porque outras pessoas entendiam que ela tinha gastos financeiros incompatíveis com o rendimento que o emprego público propiciava, principalmente com cosméticos e roupas. Tais suspeitas se agravaram quando, em cumprimento de mandado de busca e apreensão, foram localizados diversos cheques de terceiros e numerário em dinheiro em sua residência.

Ocorre que o *Parquet* não conseguiu comprovar, indene de dúvidas, a ligação dela com qualquer atividade ilícita. Não há nos autos nenhum acusado que confirme essas declarações, bem como os depoimentos testemunhais são basicamente indiretos; nenhuma testemunha viu algum fato ilícito, mas algumas “ouviram dizer”.

O depoimento de Creusnita Gomes da Mata (f. 2255-2256) demonstra claramente isso:

MP: Só uma última. ‘Que já ouviu dizer que algumas empresas rachavam lucros com três pessoas, na Prefeitura Municipal, Ana, Lucenir, e Valdemiro’. Ela confirma isso que ela disse?

JUIZ: A senhora lembra também que a senhora afirmou, que a senhora ouviu dizer que três pessoas rachavam o lucro?

DEPOENTE: Não, eu disse que ouvir, a gente ouve, como a cidade toda. Agora, eu disse que eu nunca vi, essa distribuição eu nunca vi.

JUIZ: Mais?

MP: Excelência, que sempre via Ana com um grande movimento de dinheiro com seu marido no interior da Prefeitura? Esse fato ocorria?

DEPOENTE: Não, eu via assim, a Ana movimentando, eu disse que não sabia de onde, somando, eu vi sim, eu vi, não sei o quanto.

JUIZ: E por que era esse movimento de dinheiro que a senhora está acabando de falar?

DEPOENTE: Não, a pergunta que me foi feita se eu já tinha visto a senhora aí, com alguma quantia de dinheiro, com algum movimento, eu disse que já disse que já visto por várias vezes, ela somando cheque, somando assim, não disse que era da Prefeitura, eu disse que vi ela lá.

Por outro lado, a acusada obteve êxito em demonstrar que suas despesas não eram efetuadas apenas com base nos seus vencimentos de funcionária pública, mas também com base no que arrecadava o comércio de seu companheiro, proprietário de uma loja de autoelétrica e de instalação de som automotivo.

Ademais, conforme esclarecido pela prova testemunhal, os gastos que constavam em seu nome nas lojas de roupas e cosméticos muitas vezes eram efetuados por parentes, que, por conveniência ou comodidade, utilizavam seu cadastro.

O depoimento judicial de Ana Regina Arantes (f. 1897-1899) esclarece várias destas dúvidas, que o órgão acusador não havia conseguido sanar:

DEFESA: Excelência, algumas explicações. O Ministério Público, na denúncia, informa que a interroganda, ela participava da gerência de um caixa dois na Prefeitura, juntamente com o José Donizete(F), Valdemiro(F), Jorge e Luceni. Isso aconteceu?

JUIZ: A senhora sabe dizer a respeito disso? Tinha um caixa dois e a senhora participava na gerência como está aqui--

DEFESA: O Ministério Público afirma isso.

DEPOENTE: Nunca, jamais.

JUIZ: Isso aí é cópia da inicial, não é?

DEFESA: É.

DEPOENTE: Gerência de um caixa dois? Não. Não, senhor. Não sabia da existência de caixa dois, e nunca fui funcionária de confiança, de cuidar de alguma coisa para ninguém, jamais.

[...]

JUIZ: E o sistema permitia saber? Ele dava margem para se saber, ainda que se quisesse saber?

DEPOENTE: Se quando eu recebia nota eu tinha como saber se havia licitação?

JUIZ: Isso.

DEPOENTE: Não, senhor.

JUIZ: É, se houve. Não vinha nada acompanhado, não oferecia como saber?

DEPOENTE: Não, eu não tinha como saber se havia licitação, porque a garantia que eu tinha da veracidade, lá, era o atestado no verso que era um carimbo assinado. A gente sempre procurava tentar olhar se estava carimbado, assinado, e aí se tivesse sem assinatura, a gente devolvia, até que assinasse.

[...]

DEFESA: Se alguma vez trocou cheque pós-datado de propriedade dela por dinheiro do caixa da Prefeitura.

JUIZ: Fez isso?

DEPOENTE: Nunca, não, senhor. Não.

DEFESA: Gostaria que a depoente explicasse, por que havia cheque da Prefeitura emitido para própria Prefeitura.

JUIZ: A senhora sabe dizer?

DEPOENTE: No caso do FUNDEF existiam alguns casos, até esclareci também nos meus depoimentos, cheques do... um exemplo: O do INSS. O INSS era retido numa conta da Prefeitura Municipal, num montante de todos os funcionários. Aí quando a gente contabilizava que a Saúde era separado, o FUNDEF era separado e o restante dos funcionários da Prefeitura era uma outra listagem separada, a gente contabilizava. Eu contabilizava o FUNDEF, a parte [ininteligível] é a parte do segurado. Aí fazia um cheque, emitida à própria Prefeitura, eu levava ele até a Tesouraria, entregava o cheque para a Sra. Luceni, ela cortava um DAM, emitia um DAM, autenticava, me dava uma via do DAM--

JUIZ: O DAM é o Documento de Arrecadação Municipal?

DEPOENTE: Arrecadação Municipal. Aí ela autenticava o DAM, me dava uma via

que eu colava no verso no empenho do FUNDEF, que era a prova, a garantia que eu repassei aquele pagamento para a Tesouraria. Como se eu tivesse fazendo um pagamento de fornecedor, que é a assinatura no empenho do fornecedor, né? No caso do INSS, é o DAM, é como se fosse assinatura, eu comprovei que eu deixei o cheque com ela, né? Eu fiz o pagamento à Tesouraria para ressarcir aquele pagamento que a conta da Prefeitura pagou, né, que eles fizeram o débito. Então, eu estou ressarcindo ao cofre, à Tesouraria, aquele pagamento.

[...]

DEFESA: Só mais uma Excelência, se alguma vez mandou Luceni descontar alguma lâmina de cheque.

JUIZ: Ocorreu isso?

DEPOENTE: Não. Até tem na denúncia, que eu fui interrogada pelos dois promotores, Dr. Paulo, que me disseram que eu mandei a Dona Luceni descontar, no dia 16 de março, um cheque de 9.000 reais do FUNDEF. Eu disse que esse cheque não existia, que eu nunca mandei ela descontar nenhum cheque, nem ela e nem outra pessoa. E está na denúncia que eu mandei descontar esse cheque de 9.000, só que no FUNDEF, o senhor pode olhar o extrato, não existe um cheque de 9.000 reais. Aí eu, através do meu advogado, pedimos documentação na Prefeitura, porque, eu falei: “Eu tenho que descobrir de que conta saiu um cheque de 9.000 reais, no dia 16 de março.” E a gente conseguiu descobrir que o cheque de 9.000 é de uma conta, movimento da Prefeitura, assinado pelo seu José Donizete(F), Seu Valdemiro(F) que era uma conta de responsabilidade da Dona Luceni. E eu fui acusada de ter mandado descontar esse cheque, que não era da conta do FUNDEF, conta que eu não tenho acesso nenhum, nunca tive.

Imperioso destacar que a acusada ocupava o cargo de auxiliar da contabilidade (função também exercida por pelo menos outras quatro pessoas: Hidelma, Lucelma, Lucimeira e Vanice), subordinada ao contador do município Jorge Yoshishilo Kobayashi, também acusado.

Chama a atenção o fato de, apesar de todas as pessoas trabalharem com as mesmas tarefas o dia inteiro, apenas ela e o contador municipal serem acusados da prática de crimes. É certo que o contador ainda exercia um cargo de chefia e tinha fácil acesso ao Prefeito Municipal e ao Secretariado do 1º escalão, todavia, não existem elementos que comprovem essa atividade por parte da acusada Ana Regina Arantes.

Aliás, a acusação de que ela teria determinado que a acusada Luceni Quintina Correia descontasse cheques do FUNDEF na boca do caixa não se mostra crível, porque a acusada não podia assinar os cheques do Fundo e porque – como mencionado pela defesa – os cheques citados pela acusação não possuem vinculação com o Fundo.

Assim sendo, nota-se que as alegações da acusação para imputar o crime de peculato em relação a esta acusada se mostram extremamente frágeis. Primeiro porque tudo o que foi afirmado no Inquérito Policial sobre encontros e reuniões, às escondidas, não se confirmou em juízo. Segundo porque existem testemunhas que afirmam que diversos cheques localizados na residência da acusada foram emitidos para pagamento de despesas realizadas na loja do companheiro dela. E, finalmente, porque a afirmação de que ela teria gastos incompatíveis não subsiste ao se reconhecer a renda considerável auferida no comércio do companheiro, bem como ao se perceber que diversos gastos eram efetuados por seus familiares, utilizando de seu cadastro.

Diante do exposto, impõe-se a absolvição de Ana Regina Arantes, pelo crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.



### 2.1.3. André Vidal Saeki Cecato Raizer:

O denunciado é proprietário do estabelecimento comercial denominado “Construmais Materiais para Construção” e, nesta condição, seria responsável pelo fornecimento de “notas frias” para a municipalidade. Pelo que consta, o acusado participava de licitações que ora eram verdadeiras, ora fraudulentas, com a finalidade de desvio do patrimônio público e enriquecimento ilícito.

A análise da conduta do acusado requer extremo cuidado, pois, inicialmente, ele é colocado na mesma posição dos demais fornecedores acusados de emissão de notas fiscais frias, como se agissem em conluio preestabelecido. Entretanto, as provas não permitem esta conclusão.

Na realidade, o nome do acusado não é mencionado por ninguém na fase judicial. Ninguém afirma, nem tangencialmente, que o acusado era fornecedor de notas fiscais frias para o esquema de expropriação do patrimônio público existente. Este ponto é relevante, porque o *Parquet*, em suas Alegações Finais, concluiu que o acusado teria confessado judicialmente a prática delitiva, mas uma leitura atenta de seu depoimento judicial permite concluir que ele nega qualquer delito.

Não fosse isso suficiente, verifica-se assistir razão ao denunciado quando afirma que existe apenas uma nota fiscal emitida por ele nos autos e que entregou o material em questão. Ele, a propósito, junta a nota de empenho e a nota fiscal referente ao material em discussão (f. 2999-3003).

Acerca da nota fiscal em questão, é tranquilo notar que se trata de valor que não atinge o limite legal em que a licitação se torna indispensável. Assim sendo, não há falar em impossibilidade de contratação direta.

Por fim, merece destaque o fato de que a não ocorrência de entrega de tais produtos era ônus que incumbia ao órgão acusador, que não obteve êxito nesta empreitada.

Diante do exposto, pelos motivos relacionados, impõe-se a absolvição de André Vidal Saeki Cecato Raizer, pelo crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*.

### 2.1.4. Elciomar Paulo de Menezes:

Da mesma forma que o acusado André Vidal Saeki Cecato Raizer, o acusado Elciomar Paulo de Menezes é dono de estabelecimento comercial – “Supermercado Três Irmãos” – que forneceria “notas fiscais frias” para a Prefeitura Municipal. As notas seriam destinadas, essencialmente, à aquisição de gêneros alimentícios e produtos de limpeza. O acusado esclarece que, basicamente, fornecia duas notas fiscais por mês, uma com licitação e outra sem licitação. Afirma, ainda, que apesar de eventuais irregularidades entregou todos os produtos lançados nas notas fiscais.

O comportamento do acusado deve ser analisado com todo cuidado, uma vez que malgrado confirmar a emissão de notas fiscais frias, em várias oportunidades, apenas no interrogatório deste processo é que esclarece o desconhecimento do que seria efetivamente o conceito de nota fiscal fria, dizendo que imaginava que seriam frias as notas fiscais feitas sem requisição e nem licitação.

A cautela é necessária porque o acusado aparentava nítido conhecimento do conceito de nota fiscal fria antes e, mesmo assim, prestou esclarecimentos que levaram à conclusão de que o patrimônio público estava realmente sendo expropriado.

Noutro aspecto, é importante destacar que o acusado trouxe aos autos sentença da ação de Cobrança

de n. 007.07.101294-6, que tramitou perante a comarca de Cassilândia, em que o Poder Judiciário reconhece a existência de débito do Município de Cassilândia, em favor da empresa do acusado.

Esta referência é importante, porque apesar do reconhecimento judicial de que as mercadorias efetivamente teriam sido entregues, a conduta do acusado ainda se subsume ao peculato, na modalidade desvio, já que ele reconhece a existência de irregularidades no procedimento de aquisição de mercadorias.

Vejamos o que diz o próprio acusado, em seu depoimento judicial (f. 1904-1911):

MP: Sim. 'Que inclusive a nota nem sempre correspondia ao que era realmente entregue na Prefeitura, inclusive, nem sempre discriminava tais mercadorias ou as discriminava somente para fechar o valor solicitado'. Ou seja, ele disse que as notas que emitia não correspondiam realmente a mercadoria entregue. Ele confirma ou não isso?

JUIZ: O senhor confirma isso?

DEPOENTE: Confirmo, mas quer que eu explique como que era?

JUIZ: Sim, quero.

DEPOENTE: Porque vamos supor, sempre eles pediam alguma coisa que daria aí... Passava uma lista para mim entregar num certo lugar. O que aconteceria? Para mim fazer a nota fiscal daquilo tudo, eu tinha que discriminar um quilo de sal, um sabonete, um... Ficaria muito grande e eu gastaria muito tempo. O que eu fazia? Somava tudo e colocaria em... Um exemplo: somei tudo aqui deu 200 reais. Um quilo de carne, um exemplo, custa cinco reais, colocava lá 40 quilos a cinco reais, duzentos reais, morreu, morreu a nota. Entendeu?

JUIZ: E o senhor acha que isso era correto?

DEPOENTE: Se era correto, doutor, eu não sei, mas é uma forma--

JUIZ: Ninguém da Prefeitura questionou isso? Nunca aconteceu nada?

DEPOENTE: Não, porque batia o valor X, né? O valor X da nota bateria. (Grifo nosso).

Aliás, a argumentação defensiva do acusado, como não poderia deixar de ser, é no sentido de que ele não teria auferido nenhuma vantagem indevida, uma vez que praticou o preço justo. Esta tese permite apenas a conclusão de que não houve superfaturamento nos produtos adquiridos, mas não encerra a discussão sobre o desvio engendrado para beneficiar a empresa do acusado.

O direcionamento das vendas diretamente para o acusado, com a posterior confecção de um simulacro de licitação, indubitavelmente acarreta a penalização da conduta como crime de peculato, na modalidade desvio.

Diante do exposto, pelos motivos enumerados, impõe-se a condenação de Elciomar Paulo de Menezes, pelo crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

#### 2.1.5. Ivete Vargas Rocha de Souza:

Na qualidade de chefe do setor responsável pelas licitações municipais, a acusação contra a ré vem materializada no fato de que seria responsável pela organização das chamadas “licitações invertidas”, em que, após a confecção da nota fiscal, elabora-se um processo licitatório fictício para formalização da saída do dinheiro público dos cofres da municipalidade.

Além da questão da licitação invertida, caberia à acusada dar aparência de legalidade às notas fiscais frias fornecidas à municipalidade, visto que as notas eram admitidas, mesmo sem a entrega do produto ou prestação do serviço.

Nesse sentido, ainda que afirme não ter recebido nenhuma vantagem ilícita pela conduta praticada, verifica-se que a acusada colaborou decisivamente para a expropriação do patrimônio público em questão. O conjunto probatório converge neste sentido.

A posição de destaque no setor de licitações da Prefeitura Municipal foi de importância vital para que a expropriação do Erário fosse efetivada, uma vez que deveria ter fiscalizado corretamente se os requisitos legais (como existência de requisição e nota fiscal) estavam preenchidos para que se certificasse da lisura do procedimento.

Um exemplo é o depoimento do codenunciado Elciomar Paulo de Menezes, que confirma a emissão de notas fiscais que não correspondiam aos produtos efetivamente fornecidos, bem como o fornecimento de mercadorias sem o devido procedimento licitatório.

Neste ponto, é importante destacar que o acusado Elciomar Paulo de Menezes foi inquirido por várias vezes – confirmando a emissão de notas fiscais frias em todas elas – e somente quando prestou depoimento judicial neste processo é que esclareceu que, na sua concepção, notas fiscais frias eram aquelas que não tinham licitação e nem requisição. Assim, afirma que entregou toda a mercadoria, mas que haveria irregularidades no procedimento.

Vejamos o que diz o corréu, em seu depoimento judicial (f. 1904-1911):

MP: Sim. ‘Que inclusive a nota nem sempre correspondia ao que era realmente entregue na Prefeitura, inclusive, nem sempre discriminava tais mercadorias ou as discriminava somente para fechar o valor solicitado’. Ou seja, ele disse que as notas que emitia não correspondiam realmente a mercadoria entregue. Ele confirma ou não isso?

JUIZ: O senhor confirma isso?

DEPOENTE: Confirmo, mas quer que eu explique como que era?

JUIZ: Sim, quero.

DEPOENTE: Porque vamos supor, sempre eles pediam alguma coisa que daria aí... Passava uma lista para mim entregar num certo lugar. O que aconteceria? Para mim fazer a nota fiscal daquilo tudo, eu tinha que discriminar um quilo de sal, um sabonete, um... Ficaria muito grande e eu gastaria muito tempo. O que eu fazia? Somava tudo e colocaria em... Um exemplo: somei tudo aqui deu 200 reais. Um quilo de carne, um exemplo, custa cinco reais, colocava lá 40 quilos a cinco reais, duzentos reais, morreu, morreu a nota. Entendeu?

JUIZ: E o senhor acha que isso era correto?

DEPOENTE: Se era correto, doutor, eu não sei, mas é uma forma--

JUIZ: Ninguém da Prefeitura questionou isso? Nunca aconteceu nada?

DEPOENTE: Não, porque batia o valor X, né? O valor X da nota bateria.

JUIZ: O senhor não achava mais difícil criar um sistema de informática que fizesse tudo em código de barra por produto?

DEPOENTE: Não, mas eu falo na hora de eu fazer a nota, doutor.

JUIZ: Mais?

MP: Sim. ‘Que Ivete tinha conhecimento do fornecimento das notas frias emitidas pelo interrogando, inclusive, sabendo informar qual era a fria e qual era a lícita’. Confirma ou não?

JUIZ: Confirma esse dado?

DEPOENTE: Não é que eu falei nota fria, que eu refere assim --

JUIZ: Fria com essas restrições que o senhor fez agora --

DEPOENTE: Isso.

JUIZ: Então, a partir dessas restrições o senhor confirma ter dito aquelas palavras ali?

DEPOENTE: Isso, porque sempre o Valdir assinava e passava pra ela, mas só que a mercadoria foi entregue.” (grifo nosso)

A testemunha Creusnita Gomes da Mata (f. 2.253-2.257) confirma isso:

“MP: Sim, mais duas, Excelência. Ela disse também, que Ivete montava um processo licitatório de trás para frente, e disse que os grandões compravam primeiro, Valdemir e Prefeito, para depois licitar e que Ivete sabia disso, pois a escutou falando no telefone e quando tomou conhecimento, disse que ia dar problemas. Ela confirma isso?

JUIZ: Confirma e esclarece isso? A senhora confirma?

DEPOENTE: Confirmo.

JUIZ: E o que senhora quis dizer com isso? A senhora verificava alguma ilegalidade nisso?

DEPOENTE: Não, eu não disse isso, eu só respondi a pergunta que me foi feita. Que algumas vezes sim, Ivete fez. Eu disse o seguinte, que fazia, porque ia comprando, comprando, depois dava a licitação, tinha que fazer para quem vendeu perceber.

JUIZ: Era formalizar?

DEPOENTE: É lógico, não era intencional.

JUIZ: Comprava-se então, depois legalizava?

DEPOENTE: Comprava e quando juntava dava a licitação. Quem vendeu.

O depoimento da testemunha Lair Batista (f. 2.273-2.279) é no mesmo sentido:

MP: Doutor, eu não tenho aqui o depoimento dela, ela foi ouvida nas fls. 285, 286 nos autos do inquérito policial, 098. E lá ela teria dito que Ivete fazia licitações de trás para frente, está no relatório de autoridade policial. Ela confirma isso?

JUIZ: A senhora confirma isso? E esclarece o que significa isso no entender da senhora?

DEPOENTE: No outro depoimento, eu disse que houve uma montagem de uma licitação de compras de merenda escolar, no caso.

JUIZ: Isso a senhora afirmou?

DEPOENTE: É.

JUIZ: A senhora teria afirmado que seria de trás para frente?

DEPOENTE: É, uma montagem.

JUIZ: O que significa essa montagem, por que foi feito, a senhora sabe?

DEPOENTE: É, porque como eu falei no outro depoimento, a gente tem pela lei, teria que fazer três processos para depois a dispensa da licitação, como a merenda escolar é emergência, não pode faltar, né, daí foi feita essa compra direta acima do valor de 8.000.

JUIZ: E depois foi feito o processo licitatório só para formalizar, é isso ou não? Tinha que fazer três, a senhora falou para depois fazer o certo. Como era emergência, foi comprado sem licitação e depois, foi a licitação, em relação aquela compra. É essa que a senhora se referiu lá? Está entendendo? Fica calma. A senhora afirmou que, por regra, tinham que ser três para depois.

DEPOENTE: Comprar direto.

JUIZ: Comprar sem licitação, comprar direto.

JUIZ: E a senhora disse que foi feita por uma questão emergencial, sem licitação?

DEPOENTE: Sem licitação.

Ainda que negue, a conduta da acusada é facilmente subsumida ao crime de peculato, já que ficou nítido o intento de fornecer todo o auxílio necessário para que o Erário fosse vilipendiado, seja com a apropriação indevida de dinheiro público, seja com seu desvio.

Ademais, levando-se em consideração que há confissão dos codenunciados Aleuto Teixeira Lata e Waldimiro José Cotrim Moreira quanto ao fornecimento de notas fiscais frias, é indubitoso que, pelo menos nestas, a codenunciada Ivete Vargas Rocha de Souza não tem o que questionar, pois não há requisição, nem licitação e, o que é pior, nem mercadoria.

Diante do exposto, pelos motivos apresentados, impõe-se a condenação de Ivete Vargas Rocha de Souza, pelo crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

#### 2.1.6. Jorge Yoshishilo Kobayashi:

Na qualidade de contador municipal, o acusado seria responsável pela elaboração do esquema de “vales”, em que o dinheiro saía dos cofres públicos sem previsão legal, empenho e nota fiscal, mediante assinatura de um “vale” e, posteriormente, notas fiscais frias eram apresentadas para formalização da saída.

Pelo que se observa dos autos, o acusado Jorge Yoshishilo Kobayashi, valendo-se do cargo de contador da municipalidade, era responsável pela organização contábil do esquema existente com a finalidade de expropriação do patrimônio público.

É fundamental mencionar que os crimes contra o erário, geralmente, possuem natureza complexa. Exemplificando: a simples apropriação de renda pública é facilmente descoberta; entretanto, quando se pretende dar continuidade a esta apropriação durante um longo período, é fundamental arrumar uma forma de “esconder” as pistas que a apropriação deixa.

Nessa organização, o papel do contador é fundamental. Tendo amplo conhecimento do funcionamento da contabilidade pública, é dele a incumbência de determinar quais seriam as providências para que as contas da Prefeitura fechassem no Balanço.

Como muito dinheiro da Prefeitura era utilizado para gastos sem fornecimento de nota fiscal ou para fins não previstos em lei, era de suma importância a organização do sistema de “vales” e aquisição de notas fiscais frias.

Importante mencionar que a negativa de conhecimento do sistema de fornecimento de “vales”, contida no depoimento judicial do acusado Jorge Yoshishilo Kobayashi, soa tão estranha que o acusado reconhece sua existência nas Alegações Finais.

Aqui, alguns pontos devem ficar bastante claros. Primeiro, o acusado inicialmente afirma que nunca soube da existência de “vales” emitidos no interior da Prefeitura Municipal, apesar de ser chefe do setor de contabilidade há muitos anos.

Segundo, vários funcionários públicos (a maioria) afirmam que a existência do sistema de “vales” não era segredo dentro da Prefeitura. Terceiro, novamente, vários funcionários públicos (a maioria) afirmam que os “vales” eram emitidos seguindo orientações do contador municipal. Um exemplo é o depoimento da codenunciada Luceni Quintina Correia (f. 1940-1959):

DEFESA: Gostaria de saber da depoente que ela diz, assim, que ela guardou esses vales na casa dela por orientação. Se ela pode declinar o nome de quem orientou ela para guardar esses vales?

DEPOENTE: Sr. Jorge.

E, quarto, a própria tese defensiva do Prefeito e do Contador, no sentido de que os “vales” eram meros “instrumentos de organização contábil”, retira completamente a consistência da alegação de desconhecimento por parte do acusado, até porque foram emitidos continuamente por longo período.

Neste sentido, nota-se que a conduta do acusado, profundo conhecedor de contabilidade pública, é perfeitamente subsumida ao tipo penal em questão, já que o dolo na consumação do delito é nítida. Não há dúvida de que agiu com a consciência e a vontade para a criminalização da conduta.

Diante do exposto, pelos motivos relacionados, impõe-se a condenação de Jorge Yoshishilo Kobayashi, pelo crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

#### 2.1.7. José Benedito Dias:

O acusado, na qualidade de funcionário do Departamento de Águas de Cassilândia, teria estabelecido com o Secretário de Finanças Waldimiro José Cotrim Moreira um esquema de cobrança de contas de água atrasadas, em que receberia percentual sobre os pagamentos que conseguisse efetivar.

Verifica-se que este é o único fato criminoso imputado ao acusado José Benedito Dias, o recebimento indevido de comissão sobre o recebimento de contas de água atrasadas que ele cobrasse. Contudo, o conjunto probatório conduz a uma dúvida substancial quanto à origem do dinheiro utilizado para o pagamento de aludida comissão.

É que o acordo efetuado entre os acusados Waldimiro José Cotrim Moreira e José Benedito Dias não contou com testemunhas e nem intermediários, e ambos afirmam que o dinheiro para pagar a comissão era particular do acusado Waldimiro José Cotrim Moreira.

Por mais que o alegado pagamento com dinheiro particular por serviço prestado à Municipalidade pareça estranho, num primeiro momento, é necessário levar alguns fatos em consideração. Primeiro, o acusado Waldimiro José Cotrim Moreira era uma figura conhecida na cidade como “bem de vida”, homem de posses. Segundo, o acusado José Benedito Dias era figura conhecida na cidade como necessitado, por ganhar muito pouco e ainda ter uma deficiência física que dificultava suas atividades cotidianas.

Terceiro, o próprio Waldimiro José Cotrim Moreira afirma que José Benedito Dias é um companheiro de longa data. E, finalmente, deve-se notar também que a quantia envolvida (cerca de R\$ 500,00, segundo se conclui dos depoimentos dos dois acusados) foi paga ao longo de vários meses, o que torna absolutamente verossímil imaginar que um homem de posses retribua o esforço de um necessitado com uma pequena quantia de seu próprio bolso.

O depoimento de Waldimiro José Cotrim Moreira (f. 2109-2110) é neste sentido:

JUIZ: O senhor queria esclarecer mais alguma coisa?

DEPOENTE: Não, eu queria só falar o problema da água, por exemplo,[ininteligível], que o senhor começou perguntar, e o senhor não concluiu, que o Ditim(F), ele recebia--

JUIZ: Ditim(F) é o José Benedito Dias?



DEPOENTE: Isso, José Benedito Dias. Ele recebia 5%, que eu pagava para ele, meu, porque ele era deficiente, e era um companheiro antigo que eu tinha aqui em Cassilândia, uma situação muito difícil, muito pobre, miserável. Eu falei: 'Não, Ditim(F), você faz assim, você recebe essa água de 2000 para trás, eu te dou os 5%'. Mas recebia muito pouco, recebia muito pouco. E eu abortei no meio do caminho, eu vou dizer por que ao senhor que eu abortei. Porque teve um cidadão, que nós cortamos a água dele e ele veio aqui no fórum e pegou um documento para religar a água sem pagar. Eu falei: "Então, não adianta cobrar, não adianta cortar água, não adianta nada". Eu não sei se foi o senhor, foi? Que deu o documento do Mane--

[...]

JUIZ: E pagou para ele esses 5%--

DEPOENTE: Eu paguei para ele, doutor, tipo, aí, uns R\$500,00, R\$600,00, mais ou menos, que eu cheguei a pagar para ele.

JUIZ: E era pago por meio de vale?

DEPOENTE: Não, eu pagava do meu bolso, sempre paguei do meu dinheirinho.  
(Grifos nossos.)

O depoimento judicial de José Benedito Dias (f. 1921-1922) também é neste sentido:

JUIZ: O senhor sabe dizer se quando foi feito esse acordo, se o Prefeito estava sabendo disso.

DEPOENTE: De início, foi o que Valdir comentou comigo.

JUIZ: Ele que comentou?

DEPOENTE: Isso.

JUIZ: O senhor não conversou com o Prefeito sobre isso, Sr. José Donizete?

DEPOENTE: Não, eu não subi na reunião deles, aí depois, já um pouco à frente, o meu colega de trabalho, procurou, 'você acha que isso tá certo, entre você e o Valdir?' Eu falei: 'Não sei, por quê?' Ele falou: 'Não, porque na reunião lá, não houve esse comentário de 5%'.

JUIZ: Não houve comentário, ele falou? Quem falou isso para o senhor?

DEPOENTE: Meu colega de trabalho. Aí eu voltei, falei com o Valdir, né, que se...

JUIZ: Para fins do negócio...

DEPOENTE: É, ele falou: 'Não, negócio 5% é eu e você, eu que vou te pagar, você não tem nada que procurar o Prefeito, eu que vou te pagar.' Foi esse o comentário.

[...]

JUIZ: O senhor, tendo feito isso, o senhor acredita que tenha praticado algum crime? O senhor a receber, efetivamente, o percentual que foi combinado?

DEPOENTE: Não, recebi algumas vezes dele, da mão dele.

JUIZ: Alguns meses?

DEPOENTE: Justo.

Diante disso, deve-se reconhecer a absolvição do acusado José Benedito Dias da prática do crime de peculato, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*.

#### 2.1.8. José Donizete Ferreira Freitas:

Na qualidade de Prefeito Municipal, portanto ordenador de despesas, é acusado de idealizar a formação de um “Caixa 2”, com a finalidade de dilapidação do patrimônio público em benefício próprio e de terceiros.

É acusado de se apropriar, indevidamente, de R\$ 44.313,13 (quarenta e quatro mil trezentos e treze reais e treze centavos) com a confecção de “Vales” e, ainda, de realizar compras pessoais, no Supermercado do acusado Elciomar, utilizando-se de dinheiro público.

Inicialmente, deve-se observar que, em seu depoimento judicial, o acusado afirma que suas contas foram aprovadas pelo Tribunal de Contas Estadual e outras ainda estariam sob análise. Contudo, tal fato é irrelevante para a decisão da matéria penal em questão. O jurista Waldo Fazzio Júnior<sup>7</sup> ensina que: “*A aprovação das contas do prefeito não o isenta da persecução por esse delito porque não é causa excludente de antijuridicidade. Não é elementar do tipo. Nem a tomada de contas é imprescindível*”. Portanto, a conduta do acusado é punível penalmente.

Inicialmente, é imperioso destacar que a prática da emissão de “vales” para a justificativa dos gastos efetuados é confessada pelo alcaide. Tanto em seu depoimento judicial quanto em suas Alegações Finais, o acusado José Donizete Ferreira Freitas confirma a prática de emitir “vales” para o que entende ser despesas pequenas e/ou urgentes.

Tal fato, no que tange à conduta de efetuar despesas em desacordo com as normas financeiras pertinentes, será analisado na sequência. Neste momento, deve ser verificado apenas se o acusado se apropriou ou desviou renda pública em benefício próprio ou de outrem. Pelo conjunto probatório constante dos autos, verifica-se que a resposta é afirmativa.

Em verdade, o *Parquet* narra várias condutas que o acusado teria praticado em detrimento ao Erário, e várias delas foram demonstradas. Verifica-se que o órgão acusador efetuou profunda análise (f. 2.887-2.889) dos documentos acostados aos autos pelo próprio acusado, anotando irregularidades que tornam gritante a utilização do dinheiro público como se particular fosse.

Conforme ressaltado, a simples utilização do sistema de “vales” já demonstra a apropriação de renda pública em benefício próprio. Não fosse isso suficiente, a tentativa do acusado de demonstrar que os gastos

<sup>7</sup> Improbidade administrativa e crimes de prefeitos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 104.

realmente teriam sido efetuados no desempenho da função de Prefeito Municipal foi infrutífera. Vejamos alguns detalhes curiosos apontados pela acusação.

Partindo-se da premissa, defendida pelo acusado, de que o “vale” era emitido para despesas que seriam comprovadas futuramente, não há possibilidade de se conceber que uma Nota Fiscal (f. 2545) tenha sido emitida no dia 2 de janeiro de 2005 e o “vale” correspondente emitido posteriormente (dia 13 de janeiro de 2005).

Outra incongruência importante é o fato de o acusado trazer notas fiscais de refeições feitas no mesmo dia em lugares distintos, com menos de 30 minutos de diferença entre elas (f. 2582-2583). Da mesma forma, há notas fiscais de gastos com várias refeições realizadas no mesmo dia, em cidades bastante distantes, como Campo Grande e Cuiabá (f. 2656-2658).

Há ainda, o fato que mais impressiona, a apresentação de nota fiscal emitida no período em que o acusado estava afastado da Prefeitura Municipal, por determinação judicial (f. 2711-2714). Se já não se via comprovação plena do uso de dinheiro na defesa do interesse público (como alega o acusado), este fato acaba por jogar uma pá de cal na tese.

É absolutamente inadmissível que os gastos efetuados por um Prefeito afastado sejam custeados por dinheiro público. Aliás, mesmo quando em exercício, os gastos do alcaide só devem ser custeados pela municipalidade quando se comprovar o interesse público inerente à atividade desenvolvida.

Não se concebe imaginar que simplesmente todos os gastos do Administrador Público sejam custeados com dinheiro público. Em qualquer Estado Democrático de Direito há o pagamento de remuneração para os administradores públicos, exatamente com o intuito de que eles custeiem seus gastos particulares com rendas próprias.

Noutro aspecto, nota-se que o acusado assume a conduta assistencialista. É certo que todos podem praticar atos generosos, mas apenas com o patrimônio privado. O patrimônio público pressupõe a administração conforme os princípios constitucionais, principalmente legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

Assim sendo, ao contrário da administração privada, em que o princípio da autonomia da vontade permite que sejam praticados todos os atos que a lei não veda, na administração pública só é possível praticar os atos determinados em lei. Portanto, todos aqueles gastos referentes a doações, auxílios para viagens, exames etc. que seja impossível a respectiva comprovação em prol do interesse público, constituem desvio de dinheiro público, ainda que em benefício de outrem.

Tanto na questão da apropriação quanto no desvio de dinheiro público, fica nítida a consciência e a vontade do acusado na prática da conduta delitiva. Ainda que não esteja comprovada nos autos a apropriação da quantia exorbitante (R\$ 6 milhões aproximadamente) que o *Parquet* menciona na exordial, não resta dúvida quanto à autoria e à materialidade do acusado na prática do crime de peculato.

Diante do exposto, pelos motivos mencionados, impõe-se a condenação de José Donizete Ferreira Freitas, pelo crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

#### 2.1.9. Luceni Quintina Correia:

A exordial narra que a acusada Luceni Quintina Correia seria uma comparsa extremamente ativa na prática de expropriação e desvio de dinheiro do Erário Municipal. Na qualidade de funcionária pública municipal, ela auxiliava o Prefeito Municipal na formulação do chamado “Caixa 2” e, por isso, recebia entre R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês do Secretário de Finanças Municipal.

A situação desta acusada, certamente, é a que mais chama a atenção neste processo. Verifica-se que foi a partir de suas declarações que as autoridades locais realizaram a famigerada “Operação Judas” na cidade de Cassilândia, prenderam pessoas, afastaram funcionários públicos de seus cargos e determinou-se busca e apreensão em diversos locais. Naquela oportunidade, ela permaneceu encarcerada por muitos dias.

Curiosamente, ao prestar depoimento judicial neste processo, a acusada retifica a maioria de suas declarações anteriores. Deve-se destacar que várias afirmações continham uma série de detalhes e interconexões impressionantes que lhe davam enorme verossimilhança.

A acusada alega, basicamente, que temia por sua integridade e de sua família, principalmente, já que o Delegado de Polícia estaria ameaçando prendê-los – como de fato ocorreu em relação ao seu marido.

Neste ponto, deve-se anotar que o conjunto probatório demonstra que os procedimentos adotados não foram merecedores de aplausos, mas também não é possível simplesmente ignorá-los.

As provas colhidas demonstram que, com a deflagração da aludida operação policial, havia uma sensação de temor tenebrosa na cidade de Cassilândia. Vários acusados foram presos, interrogatórios conduzidos na presença de membros do Ministério Público e sem a presença de advogados. Veículos apreendidos e sendo utilizados por autoridades públicas.

Ainda que isso não permita a declaração de nulidade absoluta de todo o Inquérito Policial, deve ser levado em conta para que não se encare tudo o que foi afirmado ali como prova absoluta.

É certo que a mente humana raramente consegue inventar uma história tão complexa e cheia de detalhes igual a que foi contada pela acusada Luceni Quintina Correia, na fase inquisitorial. Por outro lado, a experiência ensina que, muitas das vezes, o ser humano acuado, que percebe estar agradando àquele que o está acuando com a narrativa de um fato verdadeiro, acaba “complementando”, “aumentando” ou mesmo “distorcendo” para que o sucesso seja mais relevante, o que não torna aquela verdade, inicialmente contada, uma mentira.

Este raciocínio é de extrema importância, porque várias das versões apresentadas em juízo para retificar as afirmações do Inquérito Policial não guardam nenhuma relação com a realidade. O conjunto probatório demonstra claramente que a acusada tinha conhecimento da existência do sistema de emissão de “vales” dentro do prédio da Prefeitura Municipal. Aliás, o depoimento de vários acusados permite chegar à conclusão de que não havia nenhum segredo sobre esta metodologia de administração de dinheiro público.

Verifica-se, ainda, que a acusada tinha plena consciência da ilicitude do que estava fazendo, até mesmo porque resolveu guardar vários “vales” em sua residência, para que não fosse incriminada sozinha. Se ela não pretendia ser incriminada sozinha, não há negar que possuía consciência da reprovabilidade do que estava fazendo.

Ademais, a tese defensiva é calcada, basicamente, na alegação de que a acusada estaria cumprindo ordens de seus superiores. Esta alegação não se mostra suficiente para retirar a ilicitude nem a culpabilidade ou a punibilidade da conduta.

Em tese, ainda que fosse possível admitir a obediência hierárquica como exculpante, poder-se-ia aceitá-la somente quando a ordem tivesse aparência de legalidade e/ou fosse dada poucas vezes. Não é o que ocorreu. Na realidade, a acusada tinha plena consciência da ilicitude que estava praticando, e a emissão de “vales” ocorreu várias vezes, tornando impossível conceber que teria apenas obedecido ordens, fossem lícitas ou ilícitas.

Desta forma, ainda que não se possa admitir tudo o que a acusada disse em sede inquisitorial como verdade absoluta, é certo que ela tinha consciência e vontade na prática do crime de peculato, ainda que negue o recebimento de qualquer vantagem para si, pois a vantagem indevida de que trata este tipo penal pode ser

para terceiros.

Diante do exposto, pelos motivos listados, impõe-se a condenação de Luceni Quintina Correia, pelo crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

#### 2.1.10. Orange Resende e Silva:

A denúncia imputa ao acusado a conduta de ser um comparsa do Prefeito Municipal na expropriação do Erário, considerando-o uma espécie de “tesoureiro auxiliar”, encarregado de operar o que se denominou “Posto de Recebimento” do dinheiro dos munícipes, como tributos municipais e contas de água.

Antes de iniciar a análise da conduta propriamente dita, insta salientar que o acusado não confessou a prática de crime de peculato, como afirma o órgão acusador (f. 2881), mas tão só confessa a prática de usura ou agiotagem, que será tratada na sequência.

Quanto ao crime de peculato, a acusação é de que o acusado Orange Resende e Silva recebia dinheiro ilegal para não delatar o esquema de “vales”. Com a finalidade de dar aparência de legalidade ao numerário, afirma que teria a natureza de “horas extras”.

Após toda a instrução probatória, não se obteve êxito em demonstrar a materialidade do crime de peculato em relação ao acusado. Em verdade, esta questão das horas extras recebidas sem a assinatura de recibo ou lançamento em holerite ficou caracterizada muito mais como má gestão do patrimônio público do que como crime de peculato, pelo menos por parte do acusado.

Na realidade, como frisou o acusado, realmente havia trabalhado fora do expediente, e o outro caixa também confirma isso. Em contrapartida, havia uma proibição do Prefeito do pagamento de horas extras. Assim sendo, a alegação de que o recebimento das quantias a título de horas extras sem o lançamento em holerite possui enorme verossimilhança, quanto à ausência de dolo na conduta.

O acusado Orange Resende e Silva, em seu depoimento judicial (f. 1.961-1.962), confirma esta prática:

LUIZ: E as horas-extras elas, em regra, davam quanto por menos mês?

DEPOENTE: 300 reais eles pagavam para mim e 400 para o outro caixa.

JUIZ: Para o outro caixa. Eram dois caixas?

DEPOENTE: Sim, senhor.

[...]

JUIZ: O senhor sabe se além do senhor e o outro caixa, que recebiam horas-extras, se outras pessoas também faziam, se também outras pessoas recebiam horas-extras?

DEPOENTE: Não, doutor, não sei se receberam. Eu sei que eu recebi as horas-extras. Eu e meu...

JUIZ: O senhor assinava recibo, recibo padrão por dessas horas-extras?

DEPOENTE: Não, senhor. Não assinava nada.

JUIZ: E isso não gerava algum tipo de desconfiança do senhor que esse pagamento porventura estivesse eivado de alguns...

DEPOENTE: Doutor, a tesoureira, senhora Luceni, chegava e falava: 'Olha, o Valdir autorizou pagar suas horas-extras'. Eu recebia o preço normal, como eu tinha trabalhado. Realmente eu tinha trabalhado.

JUIZ: Trabalhou tinha que receber?

DEPOENTE: Tinha que receber.

JUIZ: Mas nunca teve recibo a respeito desse trabalho?

DEPOENTE: Não. Não, senhor.

JUIZ: E vales? Chegou a ter vales a respeito dessas horas-extras?

DEPOENTE: Não, senhor, doutor. Não.

A testemunha Juvenil Dergues de Souza (f. 2.335), outro caixa da Prefeitura, também confirma este procedimento:

JUIZ: Tinha a mesma função os dois?

DEPOENTE: A mesma função.

JUIZ: Sabe se tinha hora extra?

DEPOENTE: Recebia.

JUIZ: Os dois?

DEPOENTE: Hum-hum.

JUIZ: Muitos na Prefeitura?

DEPOENTE: Não, eu falo o caso nosso ali, dos outros eu não sei.

JUIZ: Não assinava recibo disso, como que era pago, o senhor sabe dizer?

DEPOENTE: Não sei.

JUIZ: Nunca questionou?

DEPOENTE: Também não.

[...]

DEFESA: Excelência, se ele foi ouvido perante a autoridade policial e no Ministério Público?

JUIZ: Foi?

DEPOENTE: Ministério Público.

JUIZ: Confirma os depoimentos anteriores do senhor?

DEPOENTE: Sim.

DEFESA: Se no Ministério Público ele confirmou também que ele e o Orange, o acusado Orange recebia hora extra.

DEPOENTE: Sim.

DEFESA: Se em nenhum momento o Ministério Público ameaçou processar também ele ou não.

DEPOENTE: Não teve nada disso?

DEPOENTE: Não.

Deve ser ressaltado que tudo o que consta nos autos demonstra que o pagamento de horas extras para os funcionários era prática corriqueira, apesar da proibição do alcaide e do fechamento do prédio da Prefeitura Municipal no período vespertino.

Outra questão que salta aos olhos é o fato de que a Municipalidade contava com dois caixas e ambos confirmaram tal recebimento, mas o *Parquet* entendeu que apenas a conduta de um deles era criminosa, provavelmente, por causa do depoimento, na fase inquisitorial, da codenunciada Luceni Quintina Correia.

Provavelmente, o entendimento da acusação foi influenciado pela grande quantidade de cheques que o acusado Orange Resende e Silva entregou a Sebastião Esquerdo Júnior, o qual, posteriormente, os entregou às autoridades. Entretanto, conforme já mencionado, a acusação de peculato não se confunde com a de usura ou agiotagem, que será tratada em tempo oportuno; tanto isso é verdade, que a denúncia imputou as duas condutas separadamente ao acusado.

Portanto, como mencionado em diversas oportunidades neste voto, não se vislumbra que o acusado possuía consciência e vontade de apropriação de dinheiro público, uma vez que entendia que o dinheiro em questão lhe era devido.

Ademais, apesar da negativa de alguns, observa-se que a prática de expedição de “vales” era cotidiana na Prefeitura Municipal, portanto não existe nada que leve a crer que o acusado recebia dinheiro para não delatar um fato, sob o qual não havia segredo na prática.

Diante do exposto, impõe-se a absolvição do acusado Orange Resende e Silva, quanto ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, com fulcro no art. 386, VII, do CPP.



## 2.1.11. Roniclei Alves de Queiroz:

O denunciado Roniclei Alves de Queiroz é acusado de fornecimento de notas fiscais frias e de participação em certames licitatórios fraudulentos. Sua atividade possibilitaria a existência de um Caixa 2 na Prefeitura Municipal, uma vez que auxiliaria a justificação da saída de dinheiro público dos cofres municipais para gastos indevidos.

Após a análise aprofundada de todo o conjunto probatório, a conclusão inafastável quanto a este acusado é pela absolvição. Em verdade, não há forma de encaixar a sua conduta em nenhuma das modalidades (apropriação e desvio) previstas na lei.

A existência de eventuais notas fiscais irregulares não pode ser considerada crime de peculato se o agente não intentava (e nem tinha consciência de que outrem intentava) se apropriar indevidamente de rendas públicas ou desviá-las. Não é o que se constata nos autos.

Todos os depoimentos são uníssomos em afirmar que o acusado efetivamente prestou o serviço de conserto de veículos em sua oficina. Havendo algumas irregularidades procedimentais, elas não podem ser imputadas a ele. Um exemplo é o caso de fornecimento de peças por outros estabelecimentos comerciais, que, por irregularidades cadastrais, não podiam fornecer notas fiscais à Municipalidade. Neste caso, o fornecimento de nota fiscal, com futuro repasse da quantia para quem era devido, por parte do acusado não é crime de peculato, consiste em mera irregularidade administrativa.

O depoimento de Ivete Vargas Rocha de Souza (f. 2063-2065) esclarece esta situação:

JUIZ: Sabe dizer se existia a pratica de comprar num lugar e pedir para que outro lugar arrumasse nota fiscal, para dar aparência de legalidade a contabilidade e a todo sistema público de pagamento?

DEPOENTE: Não, eu não sei.

JUIZ: A senhora nunca participou de qualquer coisa que tenha como idéia essa que eu acabei de afirmar? De comprar num lugar e pegar nota em outro, seja, porque aquele que presta o serviço não tenha a nota, e, não estava certinho perante o FISCO, alguma coisa a respeito?

DEPOENTE: Não era comum, mas me parece que uma vez teve um caso. Não era comum não.

JUIZ: É? E a senhora sabe dizer qual que foi esse caso, quê que exatamente qual que foi o fato?

DEPOENTE: Não.

JUIZ: Não se lembra?

DEPOENTE: Acho que da Brank's Car, se eu não estou enganada.

JUIZ: Brank's Car? A senhora lembra por quê que exatamente aconteceu isso?

DEPOENTE: Pegou nota da Brank's Car, porque o fornecedor não tinha nota. Eu não sei explicar direito o por que também não.

JUIZ: O serviço teria sido executado por outro e pegou nota da Brank's Car.

DEPOENTE: Parece que houve um caso desse.

JUIZ: Brank's Car é uma empresa que presta serviço de queria quê?

DEPOENTE: Consertos de veículos.

[...]

JUIZ: A senhor tinha mais alguma coisa para esclarecer? Sabe dizer se esses, da iniciativa privada a que eu me referi aqui, tem André Vidal, tem Roniclei Alves Queiroz, Aleuto Teixeira Lata, Ansiomar Paulo, se essas pessoas, se elas emitiram nota sem despesa, algum tipo de fraude ao sistema de licitação ou ao pagamento de dinheiro público?

DEPOENTE: Não.

JUIZ: O único que a senhora sabe de algum sistema de desvio é o que a senhora falou da Brank's Car é isso? A senhora não saberia explicar a respeito disso?

DEPOENTE: É que apresentou uma nota para uma outra empresa que efetuou o serviço.

Os depoimentos testemunhais carreados aos autos também demonstram que o acusado realmente prestava serviços para a Prefeitura Municipal, cujos veículos se encontravam em estado defasado, necessitando de consertos constantemente.

Veja-se o testemunho de Valdir Alves Gonçalves (f. 2351-2352), acompanhado, também, de observações do magistrado lotado na comarca, sobre o estado da frota:

DEFESA: Se alguma vez ele levou veículo [ininteligível] para consertar?

DEPOENTE: Eu levei.

JUIZ: Como é que era feito o controle de entrega?

DEPOENTE: Levei um Fusca velho, lá. Até da outra vez o senhor falou: “Está velho, não dá para pôr no fogo, manda queimar esse carro”, porque não compensava a despesa, né?

JUIZ: É um [ininteligível] preto?

DEPOENTE: É, é um [ininteligível] preto.

JUIZ: É que a gente vê andando pela cidade, vê a situação calamitosa dele, né? E como é que era feito o serviço, quando prestou esse serviço no veículo, como que se fazia isso?

DEPOENTE: Eu mandava lá, e quem dava a requisição, justamente, era o Secretário de Obras, né?

JUIZ: O senhor não assinava nada, então?

DEPOENTE: Eu assinava o pedido, o pedido eu assinava, às vezes.

JUIZ: Você sabe se esse pedido acompanhava nota fiscal depois, ou não?

DEPOENTE: Não sei.

JUIZ: Mais?

DEFESA: O conserto foi feito de acordo com que estava no pedido?

DEPOENTE: O que estava no pedido. (grifo nosso)

O testemunho de Antônio Arthur Barbosa (f. 2311) é neste sentido:

DEFESA: Esses documentos quando era consertado o veículo, arrumado, se o documento sobre o conserto era de acordo com o serviço prestado?

JUIZ: O senhor sabe dizer?

DEPOENTE: Só que o motorista levava o carro para lá e eu acompanhava o serviço, desmonta que eu quero ver, aí desmontava e eu olhava a peça, não está com problema...

JUIZ: O senhor falou que o senhor assinava o orçamento, não a nota fiscal?

DEPOENTE: O pedido, não é a nota fiscal não.

JUIZ: Nota fiscal o senhor não assinava?

DEPOENTE: E lá na prefeitura eles não pagavam sem eu assinar aquele pedido.

Da mesma forma é o testemunho de Valderci Tomaz da Maia (f. 2350):

JUIZ: Sabe como que é prestado o serviço de manutenção da ambulância, ou na Educação, quando o senhor trabalhava lá? Dá o problema como que procede, como que é feito?

DEPOENTE: É... Da manutenção, nós fazíamos a manutenção lá no Branco.

JUIZ: Como é que era feito? Levava lá Branco, era Branc's Car(F) que o senhor fala?

DEPOENTE: Isso, isso.

JUIZ: Levava lá e como que procedia, como que era feito? Quem que autorizava? Como controlava o serviço?

DEPOENTE: Ah, a gente levava lá e esperava ele fazer o serviço, e acompanhava o serviço só.

JUIZ: Assinava nota fiscal?

DEPOENTE: Não. Nós não assinávamos nota fiscal.

JUIZ: Quem que assinava? Como que é que era feito isso? O senhor sabe?

DEPOENTE: Essa nota devia ser pelo chefe.

Em perfeita consonância o testemunho de Vantuir Adriano Oliveira (f. 2352-2353):

DEFESA: Se ele levou o veículo alguma vez para o Branco consertar?

DEPOENTE: Levei.

JUIZ: Como é que funcionou o serviço, o controle de entrega do serviço?

DEPOENTE: Não, esse que eu levei eu acompanhei, né? Eu mesmo acompanhei, peguei, fui lá, peguei a requisição e levei para ele.

JUIZ: E assinou algum comprovante que o serviço foi prestado? O senhor assinou alguma coisa ali da oficina?

DEPOENTE: Olha, da oficina eu não me lembro se eu assinei alguma coisa.

JUIZ: Nota fiscal e o pagamento, sabe como é que foi feito?

DEPOENTE: Não, não. Eu só levei a requisição, entreguei lá para ele.

DEFESA: Se ele assinou a requisição?

JUIZ: O senhor assinou a requisição.

DEPOENTE: A requisição não era eu que assinava.

JUIZ: Era o Secretário?

DEPOENTE: É...

JUIZ: Que assinava.

DEPOENTE: Sim, sim.

DEFESA: O serviço foi prestado de acordo com a requisição?

DEPOENTE: O serviço foi prestado de acordo, porque esse eu acompanhei.

E também o testemunho de Claudio Aparecido da Silva (f. 2317):

JUIZ: Levava o veículo lá no Branco para consertar?

DEPOENTE: Levei uma vez só.

JUIZ: Sabe como que era o procedimento, o veículo que o senhor levou lá, qual veículo que era, quem que falou para levar, como é que era?

DEPOENTE: Era o seguinte, o pessoal da prefeitura fez uma tomada de preço e constatou que o lugar dele era o lugar mais barato e levamos no caso um veículo, uma D10, ano 84 que eu trabalho com ela no departamento de água, aí ele fez o conserto.

JUIZ: Com é que foi o pagamento, nota, o senhor sabe disso daí?

DEPOENTE: Não, não sobre isso daí, não..

JUIZ: Não sabe?

DEPOENTE: Que foi o meu chefe, no caso na época que era o Milton Caldas, que era o secretário de obras que arrumou, né?

Portanto, repete-se: o preenchimento de nota fiscal com inclusão de serviço efetivamente prestado, ainda que por outrem, não pode caracterizar o crime de peculato, visto que não há lesão ao patrimônio público. Imperioso mencionar que nenhuma das notas alcança o limite de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) estabelecido pela Lei n. 8.666/93, assim sendo conclui-se que a própria lei pertinente à matéria a dispensava, não se falando em modalidade desvio de peculato.

Diante do exposto, impõe-se a absolvição do acusado Roniclei Alves de Queiroz, do crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

#### 2.1.12. Ronilda Ribeiro Machado:

A conduta imputada à acusada Ronilda Ribeiro Machado é de providenciar as “notas fiscais frias” necessárias para o funcionamento da atividade de expropriação do dinheiro público. Verifica-se que ela afirma ser secretária particular do então Secretário de Finanças, há quase vinte anos.

O depoimento judicial do codenunciado Waldimiro José Cotrim Moreira (f. 2103) esclarece que a acusada não tinha conhecimento do conteúdo dos envelopes que transportava, apenas cumpria suas funções de secretária.

JUIZ: A dona... A empregada do senhor, a D. Ronilda(F), ela, por acaso, tinha conhecimento disso?

DEPOENTE: Não, a Nilda(F) não, a Nilda(F) passava lá e pegava as notas.

JUIZ: Ela pegava notas lá?

DEPOENTE: Ela pegava para mim. É, pegava para mim.

JUIZ: Por ordem do senhor, e ela não tinha conhecimento desse fato?

DEPOENTE: De forma nenhuma, vinha lacrado no envelopinho(F) lá e tal.

DEPOENTE: A Ronilda(F), ela trabalha com o senhor há quanto tempo? Trabalhou com o senhor?

DEPOENTE: Há muito tempo, doutor. Eu não sei especificar o tempo, mas é muito tempo, tipo uns 20 anos por aí que ela trabalha comigo, muito tempo.

Ocorre que esta afirmação não se coaduna com o restante do conjunto probatório, o qual demonstra, à saciedade, a consciência da acusada na prática da conduta delitiva. Neste aspecto, pouco importa se angariou alguma vantagem para si. Aparentemente, a atitude de Waldimiro José Cotrim Moreira seria no intuito de isentar a acusada de uma conduta efetivamente praticada.

O acusado Aleuto Teixeira Lata afirma, em seu depoimento judicial (f. 1890), que foi a própria acusada Ronilda quem lhe pediu o fornecimento de notas fiscais frias para a Prefeitura Municipal:

JUIZ: O senhor confirma que tenha emitido notas, lá no seu estabelecimento comercial, a pedido de pessoas ligadas a prefeitura, sem que tivesse sido entregue a mercadoria ou não?

DEPOENTE: Algumas notas sim, não todas, né?

JUIZ: Quem que foi que pediu, Sr. Aleuto?

DEPOENTE: Ronilda Ribeiro Machado.

JUIZ: Ela que pedia, ela pediu em nome de quem?

DEPOENTE: Em nome do Valdir.

JUIZ: Do Valdemir José Moreira.

DEPOENTE: Isto, isto.

JUIZ: E falava para quê que era isso?

DEPOENTE: Não.

Aliás, apesar de inicialmente negar, a própria acusada confirma que pediu tais notas fiscais ao acusado Aleuto Teixeira Lata, em seu depoimento judicial (f. 1969-1973):

DEPOENTE: É, notas frias do Supermercado Nevoeiro, eu não disse notas frias, eu simplesmente era empregada, eu fiz o que meu patrão pediu, simplesmente, eu passava lá e pegava as notas e entregava para ele.

JUIZ: Pegava as notas lá no Sr. Aleuto(F) Lata?

DEPOENTE: Isso.

JUIZ: E entregava para o seu patrão, o seu patrão era Valdemir José Cotrim, o acusado?

DEPOENTE: Isso.

JUIZ: E o seu patrão falou sobre, para que, ou sobre essas notas para senhora?

DEPOENTE: Não, não tenho conhecimento.

JUIZ: Não explicou nada para senhora sobre essas notas?

DEPOENTE: Não.

[...]

JUIZ: Nega, então, só afirma que tenha buscado, buscou as notas e entregava?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: Não sabe quantas vezes, nem do que se referia?

DEPOENTE: Não.

JUIZ: Essas notas eram entregues para você dentro de um envelope fechado?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: Nunca abriu para olhar, então?

DEPOENTE: Não.

[...]

MP: Excelência, ela disse perante autoridade policial, o seguinte, que Valdir em início de 2005, pediu para ela procurar o cunhado dela, o Sr. Aleuto(F) do Supermercado Nevoeiro, pedindo que providenciasse junto a ele, notas frias e apresentasse as notas ao mesmo, ao Valdir, que a depoente manteve contato com o Aleuto(F), cunhado, o qual disse que não poderia pagar ICMS, então pediu 10 % dessa transação para cobrir os gastos, a depoente foi falar com o Valdir, o qual concordou em pagar os 10 % de ICMS para o Aleuto(F), ela



confirma essa negociata?

JUIZ: Confirmo esse fato?

DEPOENTE: Confirmo.

JUIZ: Como que a senhora esclarece esse fato, que a senhora acaba de confirmar, com anterior que a senhora não sabia de quem que eram as notas, sobre o valor que era?

DEFESA: Excelência, pela ordem, ela disse que não tinha acesso às notas, não sabia os valores, nem do que se tratava porque ia dentro do envelope.

JUIZ: Mas mente que sabia que era fria, doutora.

MP: Posso prosseguir?

JUIZ: Mais, pode.

MP: Que Valdir disse a depoente para passar uma vez por mês Supermercado Nevoeiro e pegar notas fiscais frias no valor inferior a 8.000 reais, que a depoente, então, assim fazia todos os meses, que de posse das notas frias, a depoente ia até o Valdir, ou seja, o encontrava as vezes, no Auto Posto Petrobrás, e as vezes na prefeitura e entregava as notas frias ao mesmo?

JUIZ: Confirma?

DEPOENTE: Confirmo.

Verifica-se, desta forma, que a participação da acusada Ronilda Ribeiro Machado foi efetiva para que se conseguisse a expropriação do patrimônio público, por reconhecer que partiu dela a solicitação para que o acusado Aleuto Teixeira Lata fornecesse as referidas notas fiscais frias para a Municipalidade.

Realmente, tudo leva a crer que a acusada não obteve nenhuma vantagem pessoal com a conduta, entretanto, o tipo penal em questão pressupõe que a vantagem seja para si ou para outrem. Assim sendo, é inquestionável que uma secretária de comerciante há tantos anos possui conhecimento de que o fornecimento de notas frias tem apenas uma utilidade: que alguém alcance uma vantagem indevida.

Diante do exposto, impõe-se a condenação de Ronilda Ribeiro Machado, pelo crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

#### 2.1.13. Sebastião Pereira da Silva:

Contra o acusado Sebastião Pereira da Silva, a denúncia narra, basicamente, dois fatos que demonstram a atividade criminosa praticada: um seria a realização de compras pessoais no comércio local, para pagamento com dinheiro público, e o outro seria a apropriação de dinheiro público em espécie, por meio dos famigerados “vales”.

Inicialmente, deve-se consignar que o acusado argumenta a existência de apenas dois parágrafos

relacionados a ele na denúncia, o que impossibilitaria o exercício de sua defesa. Não lhe assiste nenhuma razão, neste aspecto. Apesar de não mencionar detalhes pormenorizados, a denúncia anuncia que o Vice-Prefeito “*realizava apropriação do dinheiro públicos por meios de ‘VALES’, conforme demonstram os documentos de fls. 13-28, do Volume VII*” (f. 19-20).

Assim sendo, por mais que a denúncia não tenha descido a minúcias quanto ao modo como eram empregados os “vales” e que tenha descrito a conduta de peculato quando tentava tratar de formação de quadrilha, é certo que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados, conforme afirmado pela própria defesa. Portanto, não há nenhuma violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à questão da aquisição de mercadorias para a própria residência, as provas constantes nos autos não permitem a conclusão de sua ocorrência, entretanto, o acusado confirma a realização de compras por meio de “vales”, apenas afirmando que se destinavam a pessoas necessitadas, o que pode até ser admirável, se fosse com dinheiro particular. Mas sendo o dinheiro público descaracteriza elemento do tipo penal (f. 177-1978):

MP: Se ele tem de algum meio se utilizou do pagamento de dinheiro público para fazer compra em supermercado.

JUIZ: Particular para ele?

MP: Isso, particular.

JUIZ: Fez isso?

DEPOENTE: Nunca, nunca. Sempre disse. Eu dei compra as várias pessoas que era portador de qualquer deficiência, de câncer, de qualquer uma deficiência que ele tivesse, eu dava uma compra para ele por mês. Ele não era cadastrado na Assistente Social só porque era proprietário de uma aposentadoria. Não enquadra no sistema da assistência social. Então eu tinha essa ajuda de custo e pedia que fosse colocado dentro da licitação e que comunicasse também a Assistência Social.

Quanto à outra conduta traçada, durante o trâmite processual, ficou demonstrada a existência do que o acusado mesmo chama de “verba suplementar”, que seria assegurada a sua Secretaria a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais), mediante apresentação de notas fiscais frias para comprovação de gastos. Este fato é confessado pelo próprio Sebastião Pereira da Silva (f. 1974-1975):

DEPOENTE: Eu tinha mil reais de suplementação da minha Secretaria que era através de vales. Como era feita a contabilidade desses mil reais eu não sei como. Pedia para ela no final do mês me trazer os vales. Ela falava: ‘Eu já dei baixa nos vales, você não tem mais nada para pegar’. Esse dinheiro era para manutenção da minha Secretaria e vales que eu fazia que recebia o meu pagamento no dia 10, que ia lá, retirava o vale. Não conheço outro sistema.

Verifica-se que o acusado ocupava o cargo de Vice-prefeito e acumulava o exercício da chefia da Secretaria de Administração. Um fato curioso apontado pelo órgão ministerial é de que o acusado alega que a existência da aludida verba suplementar se justificava pelo orçamento apertado de sua pasta, entretanto, ao ser questionado, nem sequer soube informar qual seria o valor do orçamento em questão.

Portanto, o conjunto probatório demonstra, por sinal, com a confissão do próprio denunciado, que este utilizava pelo menos R\$ 1.000,00 (mil reais) mensais de dinheiro público, sem nenhuma necessidade de comprovação. Isso demonstra que o acusado se apropriava do patrimônio público, ignorando a demonstração

de legalidade dos gastos.

É certo que não se pode exigir o conhecimento de todo o ordenamento jurídico sequer dos operadores do direito, mas a comprovação e justificação dos gastos são princípios básicos da Administração Pública. Não é só. Qualquer pessoa que pretenda administrar um orçamento (familiar ou empresarial, público ou privado) deve ter essa noção.

A falta de comprovação de gastos, esporadicamente, pode ser interpretada como desorganização, mas, quando isso vira rotina, é fácil concluir o dolo de percepção de renda pública.

Na sequência de seu depoimento, o acusado alega que sua conduta havia sido ordenada pelo alcaide, dizendo que não sabia que a conduta seria ilícita já que a determinação da verba suplementar havia partido do seu “chefe” (f. 1975):

LUIZ: E essa verba suplementar da Secretaria que o senhor falou que existia, de mil reais, ela era necessária a comprovação das despesas relativas a essa verba por meio de nota fiscal, ou não?

DEPOENTE: Eu não sei como era feita a contabilidade. Isso eu tinha ordem--

JUIZ: O senhor não se encarregava de nada? O senhor só gastava--

DEPOENTE: Eu tinha ordem do Prefeito Municipal que deu ordem ao Secretário de Finança que passasse esses mil reais à minha Secretaria para manutenção dela ou uma emergência qualquer. Agora, o meio de contabilizar, o meio que fazia de... O certo desses mil reais eu não sei como que era feito, que na minha Secretaria ela não pagava, ela não recebe, ela não participa de licitação.

JUIZ: E esse dinheiro o senhor utilizava ele, qual era a Secretaria do senhor?

DEPOENTE: A Secretaria de Administração.

JUIZ: de Administração. E o senhor utilizava esse dinheiro exatamente para quê?

DEPOENTE: Justamente. Várias coisas dentro da Secretaria, como telefone, ar-condicionado, um fax, qualquer uma coisa assim. Ou também uma emergência. Um remédio que era para socorrer, uma viagem, um carro que precisava de abastecer, esses mil reais era gasto nessa natureza.

JUIZ: E o senhor, pelo menos, não tinha que comprovar despesa nenhuma a respeito disso?

DEPOENTE: Eu não tinha que comprovar nada, era só passar.

JUIZ: Nunca foi cobrado nada do senhor a respeito disso?

DEPOENTE: Também não.

JUIZ: O senhor acreditava que isso era normal? Alguém autorizou o senhor, mas o

senhor achava que era correto isso ou não?

DEPOENTE: Eu só achava que era correto porque isso daí veio do Chefe. Então, quando vinha do Chefe, pra mim estava normal. Eu também não esbanjava esse dinheiro, porque esse dinheiro não era da minha propriedade.

Tal versão deve ser rechaçada, já que o acusado demonstra ter conhecimento suficiente para entender o que é certo e o que é errado. Ademais, a tese de subordinação hierárquica poderia ter alguma verossimilhança nos casos de funcionários, mas nunca no de Vice-Prefeito Municipal, agente político eleito pelo povo e obrigado a seguir os ditames constitucionais e legais.

Diante do exposto, pelos motivos apresentados, impõe-se a condenação de Sebastião Pereira da Silva, pelo crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

#### 2.1.14. Waldimiro José Cotrim Moreira:

Inicialmente, deve ser feita uma consideração acerca da sustentação oral da defesa deste acusado. Naquela oportunidade, a defesa foi incisiva em afirmar que o acusado não ocupava mais o cargo de Secretário de Finanças do Município à época da deflagração da operação policial que originou este processo. Este fato deve ser bem esclarecido. De fato, o acusado já havia se afastado da Administração Pública, mas os fatos imputados a ele são referentes a 2005, 2006 e início de 2007, e seu afastamento (do cargo que exercia desde janeiro de 2005) só ocorreu em fevereiro de 2007.

Assim sendo, o fato de o acusado não mais ocupar cargo público na época da operação policial não representa nenhum obstáculo para a acusação de prática de crime contra o Erário Municipal de 2005 a 2007.

A denúncia narra que o acusado Waldimiro José Cotrim Moreira era um operador bastante ativo de todo o esquema ilícito praticado na cidade de Cassilândia. Na qualidade de Secretário de Finanças, tomava para si a administração de todas as verbas e operações de crédito da Municipalidade, fossem elas lícitas ou não.

Uma das principais atividades ilícitas do acusado seria conseguir “notas fiscais frias” para justificar a saída de dinheiro dos caixas da Prefeitura. Nesta empreitada, os autos noticiam o fornecimento de notas fiscais frias por 04 (quatro) comerciantes locais, denunciados em concurso de agentes. Segundo o próprio acusado confessa, a utilização de tais notas frias seria para justificar repasse indevido aos vereadores de Cassilândia.

Existe, também, um evento aparentemente isolado que acarretaria apropriação do patrimônio público, que seria uma fraude no recebimento de ITBI de um contribuinte, com a entrega de um cheque particular para o pagamento do tributo e, posteriormente, sua retirada por meio dos famigerados “vales”.

Há, ainda, um fato extremamente grave imputado ao acusado: a administração do dinheiro público como se particular fosse. Explica-se: durante seus depoimentos, tanto na fase inquisitorial como na judicial, o denunciado narra diversas ocasiões em que teria se aproveitado de sua situação particular (Secretário Municipal de Finanças) para “compensar” os créditos que possuía (apesar de afirmar veementemente que não era mais proprietário dos postos de combustível que efetuavam o fornecimento para a municipalidade) com “vales” e notas fiscais frias, principalmente.

Apesar de, na ótica do réu, estar exigindo aquilo que lhe seria devido, não restam dúvidas de que este procedimento fere os princípios básicos da Administração Pública, como impessoalidade e moralidade. Neste aspecto, ainda que esta última conduta não pudesse se encaixar na modalidade “apropriação” (na acepção mais usual da palavra), é fácil encaixá-la na modalidade “desvio”, visto que o benefício para si é inquestionável.

Pois bem, o procedimento das notas fiscais frias, para a justificação dos gastos que a Prefeitura não podia declarar, fica evidente pelo trecho do depoimento do próprio acusado, transcrito linhas acima, onde reconhece o recebimento de tais documentos, ao menos do acusado Aleuto Teixeira Lata. Aliás, é imperativo transcrever trecho do depoimento judicial prestado pelo acusado Waldimiro José Cotrim Moreira (f. 2101):

DEPOENTE: Esse meio de campo ele que fazia. Nós tínhamos autorização do Prefeito para resolver os problemas, só que o problema que eu resolvia não era um problema político; eu resolvia essa parte de pegar essa nota para cobrir o dinheiro que ia para os Vereadores, né? Então, essa era a minha parte. Agora, a parte da negociação, de entregar o dinheiro para os Vereadores, para quem que entregava... Eu sabia porque ele me falava para quem que entregava; eu nunca entreguei, mas eu entregava o dinheiro para ele entregar, né? E isso era parte dele.

JUIZ: Mas o senhor nem sabe por que, então, se fazia isso?

DEPOENTE: Não, porque, foi o que eu falei para o senhor, quem fazia esse meio de campo político era o “Bituca”.

JUIZ: E o senhor tem noção do quanto foi passado para os Vereadores, dentro dessa negociação aí? Acima, isso... Quando o senhor fala entregar dinheiro, é acima do duodécimo, é alguma coisa à margem do sistema, é isso?

DEPOENTE: Lógico, lógico, é exatamente acima, né?

JUIZ: Quanto à média mensal--

DEPOENTE: Seria aí, como é que se fala aí, mensalão, mensalinho, essas coisas assim que se fala--

JUIZ: Qual era a média ou quantas vezes, se pudesse somar uma média mensal--

DEPOENTE: Doutor, nós distribuímos aí para seis Vereadores; foi o que eu falei para o senhor, vou dizer aí, cinco, seis vezes, que nós colocamos. Então, nós fizemos aí essa conta de seis mil reais, por cinco, seis vezes, e passamos de 30, 36 mil reais para os Vereadores.

Na questão da acusação de apropriação do dinheiro referente ao ITBI pago por Moacyr Fávero, não se pode afirmar que a quantia foi efetivamente expropriada da Prefeitura, mas verifica-se, mais uma vez, a confusão feita pelo acusado entre o público e o particular. O depoimento judicial prestado por Moacyr Fávero (f. 2863-2863v) demonstra isso:

J.: Com relação ao senhor Waldomiro que o senhor disse que conhece o senhor conhece algum fato que possa desabonar a conduta dele?

D.: Não.

J.: Qual é o relacionamento dele, que o teve com ele?

D.: Nós compramos duas propriedades em Cassilândia e fomos pagar o imposto na Prefeitura ITBI e ele é pago na prefeitura depois do imposto que você faz a escritura, nessas duas vezes tive contado com o Waldomiro.

J.: E tudo ocorreu normalmente?

D.: Não senhor se o senhor permitir eu daria uma explicação;

J.: Pois não?

D.: Primeiro imposto que nós pagamos foi tudo normal o imposto no valor um tanto meio alto no valor o segundo imposto por uma razão de descuido eu não levei o talão de cheque e frente com o Waldomiro eu teria de pagar aproximadamente 23 mil reais, ele por um relacionamento que tem comigo por um problema mais social de que outra coisa eu falei não posso passar a escritura porque não trouxe o talão de cheque, eu tenho que fazer uma ordem de pagamento, assim que o dinheiro entra na conta da prefeitura eles me fazem o recibo e faço a escritura e haveria um problema com a pessoa que estaria vendendo, ele disse: 'Moacir, eu te faço um cheque meu. Você paga o ITBI, você me manda uma ordem de pagamento na minha conta.' Me passou o número da conta, imediatamente eu liguei pra Americana fiz uma ordem de pagamento na conta dele, tudo isso documentado mediante o cheque dele se foi na tesouraria pagos-e o ITBI, eu munido do ITBI passei a escritura simultaneamente ele recebeu o valor na conta dele, conforme os documentos que nós temos, aí cessa o meu conhecimento com ele.

O depoimento judicial de Waldomiro José Cotrim Moreira (f. 2.111) possui ainda mais detalhes:

DEFESA: Excelência, se o ITBI, o Sr. Moacir Fávero(F), que está sendo acusado aí, se o dinheiro utilizado para resgatar o cheque dele, se foi com crédito no auto posto da Petrobrás?

DEPOENTE: Perfeitamente, foi com crédito... Foi, inclusive, doutor, tinha um cheque meu lá, escrito assim: 'Esperar'. Conforme está o nome do processo, realmente, era para esperar o crédito, porque passou os dois dias o Dr. Moacir mandou o dinheiro na minha conta, pelo Banco do Brasil.

JUIZ: O senhor pode narrar para mim como que aconteceu essa história do Sr. Moacir Fávero?

DEPOENTE: O Sr. Moacir, a gente teve uma amizade, teve um contato mais amigável quando, no ano passado, ele comprou uma área grande aqui em Cassilândia, e pagou ITBI grande, de cento e poucos mil reais, 112, 120, coisa assim. Então, a gente, eu levei ele até o Prefeito, fui apresentar o Prefeito para ele, que era um investidor que estava vindo para a região, essas coisas todas, fazer aquele meio de campo, que o senhor já sabe como é que é. E nisso, a gente fez uma boa amizade, fiz uma boa amizade com ele. Então, a gente estava sempre em contato, sempre conversando, ele sempre vinha em Cassilândia, a gente estava sempre em contato. Quando foi no começo do ano, desse ano de 2007, ele já tinha de posse de uma área, mas não sei se deve ser problema fiscal, coisa nesse sentido, ele recebeu, então, mais uma escritura e pagou o ITBI e ele falou assim: 'Valdir, eu quis pagar, mas eu precisava ir embora, e eu quero pagar. E tem como você me dar esse documento?' Eu falei: 'Lógico, doutor, que

é isso?’ É uma pessoa idônea, empresário, industrial da área de tecido. Era espetacular. Aí, eu peguei e dei um cheque meu, né? Eu pus embaixo assim: ‘esperar’. É uma prática também.

JUIZ: Existia essa prática de pagar tributos com o cheque pré-datado na Prefeitura?

DEPOENTE: Tributos, perfeitamente, perfeitamente, mas quem era responsável por isso seria eu, se eu falasse para a Luceni(F) que podia pegar ou se ela pegasse sem eu saber, cada um que pegasse que era responsável, a gente fazia um sinalzinho no verso do cheque. Então, nesse caso, foi dessa forma que aconteceu. Eu passei para a Luceni o cheque, escrevi ‘esperar’ em embaixo--

JUIZ: Você lembra mais ou menos o valor, Sr. Valdir?

DEPOENTE: Lembro, eram uns 20 e poucos mil reais, doutor, 25, 26, coisa assim, 27.

JUIZ: Foi isso que aconteceu, então?

DEPOENTE: Foi, foi.

JUIZ: O senhor pagou, então, com cheque do senhor?

DEPOENTE: Foi.

JUIZ: Pré-datado?

DEPOENTE: Pré-datado. Não é pré-datado. Aguardando o dinheiro chegar de lá, né?

JUIZ: Certo.

DEPOENTE: Aí, quando chegou o dinheiro de lá, o Prefeito já providenciou um pagamento de nota, de nota do posto, né? Então, ele me passou o cheque junto, quer dizer, junto com o empenho.

Dessa forma, não resta nenhuma dúvida quanto à prática de várias condutas que se subsumem ao disposto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, pelo acusado Waldimiro Cotrim.

Diante do exposto, pelos motivos relacionados, impõe-se a condenação de Waldimiro José Cotrim Moreira, pelo crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

## 2.2. CRIME DE EFETUAR DESPESAS EM DESACORDO COM AS NORMAS FINANCEIRAS PERTINENTES (art. 1º, V, Decreto-Lei n. 201/67):

Para melhor compreensão do tipo penal em comento, é de bom alvitre a transcrição do que estabelece o Decreto-Lei n. 201/67:

Art. 1.º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:



[...]

V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

[...]

§ 1.º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

§ 2.º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular. (grifos nossos)

Inicialmente, deve-se perceber que este tipo penal, doutrinariamente, classificado como norma penal em branco, ou seja, “*as que estabelecem uma pena para uma conduta que se encontra individualizada em outra lei (formal ou material)*”.<sup>8</sup>

Desta forma, a análise adequada da conduta delitiva imputada aos agentes necessita da complementação para o termo “*normas financeiras pertinentes*”. Assim sendo, percebe-se que a Lei n. 4.320/64, que estabelece normas para controle financeiro dos Municípios, e a Lei Complementar de n. 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, devem ser obedecidas à risca pela Administração Pública e seus representantes.

Para melhor compreensão do procedimento a ser adotado para a realização de despesas com o dinheiro público, é salutar a transcrição da explicação de Regis Fernandes de Oliveira<sup>9</sup>:

Consuma-se a despesa em três fases: o empenho, a liquidação e o pagamento.

Antes de mais nada, devem existir procedimento para se aferir a necessidade da despesa. Realiza-se, nos casos e que é exigida, a licitação e, decidida a aquisição, a obra ou o serviço, deve ser efetuado o pagamento.

O empenho ‘é ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição’ (art. 58). Na precisa lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, ‘consiste na reserva na dotação inicial ou no saldo existente para garantir a fornecedores, executores de obras ou prestadores de serviços pelo fornecimento de materiais, execução de obras ou prestação de serviços’. Materializa-se pela emissão de um documento que identifica a quem se deve pagar e quanto se paga. Anota CELSO BASTOS que ‘o empenho não cria a obrigação jurídica de pagar, como acontece em outros sistemas jurídico-financeiros. Ele consiste numa medida destinada a destacar, nos fundos orçamentários destinados à satisfação daquela despesa, a quantia necessária ao resgate do débito.

[...]

8 ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 388.

9 **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RT, 2006, p. 358-359.

A lei é taxativa no sentido de estabelecer ser ‘vedada a realização de despesa sem prévio empenho’ (art. 60).

[...]

Não se confundem o empenho com a nota de empenho. Empenho é previsao de recursos para pagamento do débito, constituindo-se em garantia do credor no recebimento. É instrumento de programação. Daí não se poder empenhar depois de realizado o pagamento. Nota de empenho é o instrumento, é o documento que representa a autorização para o pagamento.

Segue-se a liquidação que consiste na verificação do direito do credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do crédito (art. 63). Examina-se a origem do crédito, a importância exata a pagar e a quem se deve pagar. A origem encontra-se no contrato ou na nota de empenho ou nota fiscal. Tal ato nada cria, é simples verificação da legalidade e da obediência às formalidades legais.

Estando tudo em ordem, emite-se a ordem de pagamento, que é o “despacho exarado pela autoridade competente, determinando que a despesa seja paga” (art. 64). A partir daí, há mera formalidade de emissão do cheque para o pagamento ou de ordem de transferencia de saldo para a conta do credor.

[...]

A ordem de pagamento passou a ser, a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal, ato de suma importância, porque identifica o responsável como ordenador de despesas. Este é o responsável pela verificação da realidade do gasto público. (grifos nossos)

Pelo que consta no conjunto probatório, este procedimento narrado acima era ignorado em várias oportunidades pela Administração Municipal (talvez, na maioria delas), pois, mesmo nos casos em que os acusados afirmam ter efetuado os serviços ou entregado os produtos para a municipalidade, existem afirmações no sentido de que a sequência estabelecida legalmente não foi respeitada.

Em vários depoimentos, percebe-se que somente após a realização da despesa é que o Poder Público providenciava os respectivos empenhos, desrespeitando flagrantemente a ordem jurídica a que deve obediência. Nesse aspecto, merece destaque que a função de Administrador da coisa pública é seguir estritamente os ditames da lei, e não fazer tudo que a lei não proíba.

O procedimento de “vales”, por si só, demonstra a existência de irregularidades financeiras procedimentais gritantes, já que a atividade desenvolvida pelos acusados teria a finalidade de dar aspecto de veracidade para as despesas que ocorreram à revelia da lei.

Ocorre que, por mais que a deficiência procedimental detectada seja generalizada, não há como condenar todos os acusados, por questão de ordem formal.

2.2.1. Ana Regina Arantes, Ivete Vargas Rocha de Souza, José Benedito Dias, Luceni Quintina Correa, Orange Resende e Silva, Ronilda Ribeiro Machado e Sebastião Pereira da Silva:

Inicialmente, deve-se notar que os acusados Ana Regina Arantes, Ivete Vargas Rocha de Souza, José Benedito Dias, Luceni Quintina Correia, Orange Resende e Silva, Ronilda Ribeiro Machado e Sebastião Pereira da Silva não podem ser condenados pelo crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, em obediência ao princípio da correlação entre sentença e pedido.

Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>10</sup> explica que:

Afirma-se na teoria do processo (e, particularmente, do processo civil) que o provimento final judicial deverá se ajustar ao pedido formulado pela parte, sob pena de configurar sentença extra (além) ou citra (aquém) petitum.

Em processo penal, a questão apresenta-se de modo inteiramente diferente, mais pelas peculiaridades e especificidades dessa modalidade de tutela jurisdicional que propriamente por incompatibilidade teórica.

[...]

Se no processo civil o autor delimita tanto a matéria a ser conhecida quanto a providência que lhe parece necessária a satisfazer seus interesses, no processo penal cumpre ao autor delimitar unicamente a causa petendi, ou seja, o fato delituoso merecedor de reprimenda penal. O juízo de adequação típica, o enquadramento jurídico do fato, bem como a dosimetria da pena ser aplicada, encontram-se, todos, na própria lei, cabendo ao juiz a tarefa de revelar seu conteúdo.

Entretanto, deve ser assinalado, de modo a não deixar qualquer dúvida, que, do mesmo modo que ocorre em relação ao processo civil, feita a adequação necessária, o princípio da correlação funciona com garantia do indivíduo ao devido processo legal. Assim, o réu não poderá jamais ser condenado pela prática de fato não constante da denúncia ou queixa.

[...]

Tem-se, portanto, que o princípio da correlação entre o pedido e a sentença, absolutória ou condenatória, em sede de processo penal, há que se arrimar na causa petendi, isto é, no caso penal trazido a juízo, consistente na imputação da prática de determinada conduta, comissiva ou omissiva, que configure específica modalidade (tipo) delituosa. (Grifos nossos).

Analisando-se detidamente as 30 (trinta) laudas da denúncia, verifica-se que, apesar de pedido expresso de condenação em relação aos acusados supracitados nesta conduta, não há nenhuma menção expressa à conduta que o *Parquet* entende ser delituosa.

Na denúncia, às f. 16 e 17 foram dedicadas a estabelecer a *causa petendi* em relação ao crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67. Entretanto, o órgão acusador só menciona os nomes dos acusados José Donizete Ferreira Freitas, Waldimiro José Cotrim Moreira, Jorge Yoshishilo Kobayashi e, tangencialmente, Luceni Quintina Correia; merecendo destaque a conclusão a que chegou o próprio órgão acusador (f. 17):

Assim agindo, pois, os ora acusados JOSÉ DONIZETE FERREIRA DE FREITAS, WALDIMIRO JOSÉ COTRIM MOREIRA E JORGE YOSHISHILO KOBAYASHI cometeram, em concurso de agentes com o Prefeito Municipal de Cassilândia, a conduta criminosa descrita no tipo do artigo. 1.º, inciso V, do Decreto-Lei n. 201/67, pelo que devem ser sancionados.

<sup>10</sup> Curso de Processo Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 506-507.

Portanto, além de não haver nenhuma conduta narrada quanto a este crime, o próprio titular da ação penal entendeu que somente 3 (três) acusados o praticaram, apesar de ter denunciado outros 7 (sete).

Ademais, ainda que se busque a penalização destes últimos por coautoria ou participação, nos termos do art. 29 do Código Penal, é imprescindível a delimitação da *causa petendi*, também neste aspecto. Não basta a delimitação daqueles que o *Parquet* entende serem os principais artífices da organização criminosa, para que os demais sejam condenados por participação.

Neste sentido, as lições do Procurador Regional da República Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>11</sup> são claras:

Na hipótese de crimes praticados por mais de uma agente, o membro do Ministério Público ou o querelante deverão atentar para a necessidade de se individualizar o máximo possível as ações atribuídas aos acusados, quando não for o caso de conduta realizada de modo uniforme por todos.

Assim, quando se cuidar de imputação de autoria e também de participação, distinguindo-se uma e outra modalidade pelo critério formal-objetivo, segundo o qual '[...] somente o autor realiza a conduta típica. A atividade do partícipe não é típica em si mesma' (RAMOS, 1996, p. 62), é preciso que a peça acusatória delimite, com precisão, quais seriam as ações praticadas pelos autores e aquelas realizadas pelos partícipes. É importante lembrar, no ponto, que na participação – adotando-se qualquer teoria que pretenda conceituá-la – a conduta é diversa dos atos de execução do fato criminoso. Por isso, quando não houver a correta delimitação da modalidade de contribuição para a prática do fato (autoria ou participação), ao juiz outra solução não restará senão a absolvição do partícipe, bastando que se comprove não ter ele realizado atos de execução, mas sim, e por exemplo, de direção da atividade criminosa.

[...]

O que deve ser observado, pois, é a exigência de individualização da conduta, até mesmo porque, segundo o disposto no art. 29 do CP, os autores e partícipes incidem nas penas cominadas ao crime na exata medida das respectivas culpabilidades. (Grifos nossos.)

Importante notar que as Alegações Finais do órgão acusador (f. 2874-2950) buscam pormenorizar a conduta delitiva dos acusados em questão, pelo menos citando expressamente seus nomes, todavia, a instrução probatória – ponto fulcral dos princípios do contraditório e da ampla defesa – já era finda, não acarretando mudança nesta decisão.

Desta forma, tendo em vista a inexistência de atividade delitiva narrada quanto aos acusados Ana Regina Arantes, Ivete Vargas Rocha de Souza, José Benedito Dias, Luceni Quintina Correia, Orange Resende e Silva, Ronilda Ribeiro Machado e Sebastião Pereira da Silva, no que tange ao crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, eles devem ser absolvidos, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

2.2.2. Jorge Yoshishilo Kobayashi, José Donizete Ferreira Freitas e Waldimiro José Cotrim Moreira:

Tendo em vista que a exordial imputa expressamente a conduta prevista no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67 a apenas três acusados, a análise conjunta destas condutas não causa prejuízo ao processo. Verifica-se que há uma narrativa clara de desrespeito às normas financeiras pertinentes, e que havia certa divisão de tarefas entre Jorge Yoshishilo Kobayashi – Contador do Município –, José Donizete Ferreira

<sup>11</sup> Curso de Processo Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 152-153.

Freitas – Prefeito Municipal – e Waldimiro José Cotrim Moreira – Secretário Municipal de Finanças.

Neste sentido, conforme consignado linhas acima, os próprios acusados assumem – em maior ou menor extensão – que as despesas ordenadas e realizadas pela municipalidade não obedeciam às normas financeiras pertinentes, principalmente no que se refere à exigência legal da realização do empenho antes da efetivação da despesa.

Em alguns momentos dos depoimentos, buscam justificar tais condutas com fatos corriqueiros e comezinhos, como o atendimento a necessitados. Tais atitudes são louváveis, quando realizadas com patrimônio próprio e privado; contudo, sua realização com patrimônio público é condenável, ainda mais quando ocorre à revelia das normas financeiras que norteiam a realização de gastos públicos.

Aliás, a doutrina nacional<sup>12</sup> é tranquila a respeito desta questão, até mesmo citando exemplos que calham à fiveleta na situação posta em juízo:

O art. 359-D introduzido pela LCF no Código Penal estabelece pena de reclusão de um a quatro anos, no caso de ordenação de despesas não autorizadas por lei.

Podemos identificar diversas despesas alcançadas pela norma em comento, a exemplo da aquisição de materiais para doação, despesas relativas a fundo de aval, concessão de subvenções sociais e econômicas, transferências a instituições privadas, apoio financeiro a estudantes e gastos com auxílio financeiro a pessoas carentes.

A concessão de subvenções sociais e econômicas continua disciplinada pelos artigos 12, parágrafo, 3.º, e artigos 16 e 17, todos da Lei 4320/64.

Aqueles gastos classificados caracterizados como auxílio-financeiro a pessoas carentes são realizados com muita frequência pelos municípios de menor porte. Os questionamentos quanto a esses gastos deviam-se à ausência de identificação da real situação dos beneficiários – em sua maioria pessoas extremamente carentes –, assim como à inexistência de critérios para a concessão que garantissem o respeito ao princípio constitucional da impessoalidade. A análise das despesas revelou, em alguns casos, a prática do ‘assistencialismo’ e a concessão fundada, exclusivamente, no poder discricionário do gestor. Louvável, então, o estabelecimento de requisitos para sua realização, que lhes confirmam maior transparência. (Grifo nosso.)

Outra fonte de justificativa seria a realização de viagens, participação em eventos fora da comarca de Cassilândia e questões do gênero. Neste aspecto, merece destaque que a própria Lei n. 4320/64 previu a existência de despesas com montantes que não pudessem ser previamente determinados (art. 60, § 2º). Entretanto, da mesma forma, as despesas eram realizadas sem o empenho prévio, ainda que por estimativa.

Não fosse suficiente a vedação expressa do art. 60 (“*é vedada a realização de despesa sem prévio empenho*”) da Lei n. 4320/64, a explicação de J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis<sup>13</sup> é exemplar:

O conceito de empenho pressupõe anterioridade. O empenho é ex-ante. Daí o receio de ter uma definição legal de empenho meramente formal. No entanto, a prática brasileira é a do empenho ex-post, isto é, depois de executada a despesa, apenas para satisfazer ao dispositivo legal ao qual o Executivo não quer obedecer, por falta de capacidade de programação.

12 FIGUEIREDO, Carlos Maurício; FERREIRA, Cláudio; RAPOSO, Fernando; BRAGA, Henrique e NÓBREGA, Marcos. *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2001, p. 174.

13 *A Lei 4.320 comentada*. 27. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1997, p. 119-121.

Pelo conceito da Lei 4.320, não há empenho a posteriori. Cumpre esclarecer que a expressão Realização da Despesa significa pagamento. Como veremos nos comentários aos parágrafos deste artigo, a própria lei criou mecanismos que possibilitam à Administração trabalhar sempre com o empenho.

[...]

Estabelece a lei agora que será feito por estimativa o empenho de despesa cujo montante não se possa determinar. É a primeira exceção à regra do empenho prévio.

Já foi citado o caso de falta de dotação para pagar a conta de energia que cabe perfeitamente aqui. Se não se sabe, ou não se pode calcular o montante exato da despesa, faz-se o empenho – sempre prévio e por estimativa; o valor exato da despesa poderá ser conhecido no exercício de origem ou no exercício subsequente.

1 – No exercício de origem:

- Se a estimativa for menor que o valor exato, far-se-á o empenho complementar da diferença;

- Se a estimativa empenhada for maior que o valor exato, anula-se a parte referente à diferença, revertendo esta à dotação por onde correu a despesa.

[...]

Podem ser empenhadas por estimativa despesas cujo valor exato seja de difícil identificação e aquelas que obrigatoriamente são realizadas, dada a sua importância e natureza.

Conforme esclarecido alhures, a própria utilização dos “vales” como procedimento de programação de despesas municipais já evidencia infração ao tipo penal previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67.

A única dúvida que poderia ser suscitada é a de que o fato penal em questão exige a figura do ordenador de despesas como sujeito ativo. Neste sentido, não há nenhum questionamento quanto à figura do Prefeito Municipal – José Donizete Ferreira Freitas – e do Secretário Municipal de Finanças – Waldimiro José Cotrim Moreira –, já que esta função era uma das suas principais prerrogativas no exercício dos cargos públicos respectivos. A discussão seria somente quanto ao Contador do Município – Jorge Yoshishilo Kobayashi –, que participava diretamente da Administração Municipal, mas não figurava entre os ordenadores de despesas.

Muito já se discutiu sobre o melhor critério a ser adotado nos casos de concursos de agentes. Hodiernamente, o critério do “*domínio do fato*” é o mais elogiado pela doutrina e também adotado pela legislação nacional. Os ensinamentos de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli<sup>14</sup> merecem citação:

Possui o domínio do fato quem detém em suas mãos o curso, o ‘se’ e o ‘como’ do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito; dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato (SAMSON). Este critério exige sempre uma valoração que deve ser concretizada frente a cada tipo e a cada forma concreta de materializar uma conduta típica. Não pode ter fundamento em critérios puramente objetivos nem puramente subjetivos, mas

<sup>14</sup> Manual de direito penal brasileiro: Parte geral. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 573-582.

abarca ambos os aspectos e requer uma concretização no caso efetivamente dado.

[...]

Há pessoas que concorrem para o crime mediante uma contribuição indispensável, mas que não podem ser autores porque se trata de delito de *mao própria* ou de *delicta propria*. Assim, se alguém mantém uma mulher amarrada enquanto outro com ela mantém conjunção carnal, o único que comete estupro é este último, porque se trata de delito de *mao própria*. Da mesma forma, quem presta ao funcionário público um auxílio indispensável para que cometa corrupção ativa não é co-autor de corrupção, porque não é funcionário público. Tanto aquele que subjuga a mulher como aquele que atua na situação de funcionário público só podem ser cúmplices: em virtude de sua participação necessária, a lei equipara aos autores para os efeitos da pena.

[...]

Nestes casos, quem participa o faz com uma contribuição de maior importância, porque tem o domínio do fato, tal qual o autor, mas não pode ser considerado autor do fato, em face das limitações legais ao princípio do domínio do fato.

Assim sendo, não há dúvidas de que a contribuição do acusado Jorge Yoshishilo Kobayashi foi decisiva para que o crime em tela se consumasse, ainda que não possua o adjetivo de ordenador de despesas, uma vez que possuía pleno domínio do fato. Afinal, seria praticamente impossível a efetivação do delito em questão sem o conhecimento do responsável pela contabilidade municipal, que, como frisou o *Parquet*, era o responsável por “encobrir” o esquema.

As teses aventadas pelo acusado Waldimiro José Cotrim Moreira, de que a utilização dos “vales” é elemento integrante do delito de desvio de rendas públicas e, por isso, deveria ser absorvido, não merece acolhida.

Em que pese ter ficado demonstrada a utilização de “vales” para desviar dinheiro público, é necessário que se esclareça, de uma vez por todas, que os “vales” também eram utilizadas para a programação de despesas, em detrimento do procedimento do empenho, previsto para tais situações. Nota-se que os acusados davam dupla utilidade aos “vales”: serviam para desvio do dinheiro público e também para utilização efetiva (sem o rigorismo da lei). Por tais motivos, não há que se falar em aplicação do princípio da absorção.

O depoimento de Luceni Quintina Correia é bastante esclarecedor, neste aspecto (f. 1940-1959):

DEFESA: Um outro esclarecimento. É o seguinte, quando chegava o vale no caixa ou na tesouraria para sacar o dinheiro, entregar o dinheiro para aquela autoridade que pediu, se já existia a nota de empenho passado pela contabilidade e eu acho que se essas notas já vinha feita elaborada antes ou se era elaborada depois do pagamento dos vales. Isso que eu quero saber.

DEPOENTE: As vezes vinha antes e as vezes vinha depois.

Também não há de se cogitar de mera irregularidade administrativa. O fato de o laudo do Tribunal de Contas apontar diversas irregularidades administrativas, deixando de evidenciar a prática de crimes, não proíbe a conclusão da ocorrência de crimes. É que a natureza da atividade desenvolvida pelo Tribunal de Contas é, eminentemente, contábil/administrativa, cabendo ao Poder Judiciário resolver as pendências criminais.

Neste tópico, as teses aduzidas por Jorge Yoshishilo Kobayashi e José Donizete Ferreira Freitas não encontram suporte fático. Denominar o “vales” de “mero elemento de controle interno da tesouraria [...]” como



um pré-empenho de despesa até a sua substituição pela sua respectiva comprovação fiscal” (f. 3023) não é suficiente para legalizar suas respectivas expedições.

Aliás, é importante mencionar que os próprios acusados – senão quando interrogados, nas próprias Alegações Finais, quando discorrem sobre a conduta no art. 1º, I – reconhecem a expedição de “vales” como adiantamento de numerário para a realização de viagens, por exemplo.

Um exemplo é o depoimento do réu Waldimiro José Cotrim Moreira (f. 2092):

JUIZ: Nega a prática de... Dos crimes? O senhor... Aqui, um dos motivos para acusação ocorrer da forma que ocorreu, é a prática de... É a utilização de vales na Prefeitura Municipal. O senhor confirma que tinha conhecimento dos vales na Prefeitura Municipal?

DEPOENTE: Confirmo.

JUIZ: Confirma?

DEPOENTE: Confirmo.

JUIZ: Confirma que se utilizava dos vales para motivar dinheiro público?

DEPOENTE: Confirmo que se “usava-se” vales para as despesas da Prefeitura e pagamentos em dinheiro.

JUIZ: Para utilizar o dinheiro público, então? O senhor confirma ou não que se aproveitou... Se o senhor pegou o dinheiro, recebeu o dinheiro... Pela utilização desses vales lícita ou ilicitamente?

DEPOENTE: Totalmente licitamente, com autorização do contador, que sugeriu que fosse feito assim, e do Prefeito também, que é uma prática que nós entramos na Prefeitura já com essa prática.

JUIZ: Então, o senhor, enquanto pessoa física, enquanto empresário, confirma que tenha recebido dinheiro por meio de vales, os quais o senhor qualifica como lícitos, é isso?

DEPOENTE: Sem dúvida, porque, quando eu recebi alguma coisa, foi em função de crédito, já anteriormente tinha sumido.

O depoimento do acusado José Donizete Ferreira Freitas (f. 1930-1931) é na mesma linha:

JUIZ: Aqui o senhor é acusado de gastar o dinheiro fora do que prevê a norma orçamentária, exatamente pela utilização desse tipo de vales. O senhor tem conhecimento de como seria o correto fazer, apesar de achar que é utilizado esses vales e achar normal? O senhor sabe dizer qual é o jeito correto de fazer?

DEPOENTE: Não, o jeito correto era prestar contas, doutor, entendo que a partir do momento que prestava contas--

JUIZ: O senhor acredita que podia se pegar os vales, depois prestar contas e estava

encerrado?

DEPOENTE: Eu não vejo isso. Pode até não ser a forma mais adequada, mas era a forma que era utilizada na Prefeitura. Você faz um adiantamento--

JUIZ: O senhor tem conhecimento que em Direito Público, a gente só pode fazer de acordo com o que a lei prescreve e não o que a lei proíbe?

DEPOENTE: Eu não vejo isso aí como uma proibição de lei.

JUIZ: A lei não prevê vale em momento nenhum.

DEPOENTE: Mas o vale não é documento hábil para a contabilidade, ele é apenas um documento que comprove aquela situação naquele momento.

JUIZ: Pela natureza dele, pelo que o senhor está falando, não implica a antecipação da despesa para a comprovação depois, ou mesmo quebra de licitação?

DEPOENTE: Não, não.

JUIZ: De jeito nenhum seria possível fazer isso por meio dele, então?

DEPOENTE: Não, de forma alguma.

JUIZ: Porque consta na denúncia: “Revelam os autos que os denunciados José Donizete e Valdemiro emitiam vales para a realização dessas despesas sem empenho prévio”. Não tinha empenho quando era emitido vale, tinha?

DEPOENTE: Não, porque essas coisas de pronto pagamento, no meu caso. Os que têm a minha assinatura, da minha responsabilidade. São coisas de pronto pagamento, por exemplo, para viagem, viagem são despesas pequenas, o máximo de dinheiro que peguei para viagem, me parece que foi três mil, alguma viagem para Brasília. Máximo, isso esporadicamente. Os outros são despesas pequenas, são valores pequenos. E esses de doações aí para carentes, essas ajudas de custo aí para as pessoas carentes são também, todos valores pequenos, né? E esses, quando não... como eu expliquei, quando não eram cumpridos os requisitos ali pela Assistência Social, porque algumas coisas vão direto para a Assistência Social. Quando é cumprido o requisito não precisa nem passar pelo Prefeito. Quando tem alguma dificuldade de cumprir, porque são pessoas que estão passando, vêm de viagem, estão parados na rodoviária, está com filho pequeno, está com problema de saúde. Muitas vezes você arruma a ambulância para mandar o cidadão para tratar, você tem que dar um dinheirinho para ele pagar a despesa. Ou você manda a ambulância levar um cidadão para tratar, o acompanhante não tem como alimentar e nem onde ficar. Então, essas coisas pequenas aí que a gente, né, faz e, muitas vezes, muitas e muitas vezes restituo até o dinheiro, porque a pessoa ou não volta mais para prestar contas daquilo, ou para passar pelo procedimento. E são coisas de urgência.

Diante do exposto, impõe-se a condenação de Jorge Yoshishilo Kobayashi, José Donizete Ferreira Freitas e Waldimiro José Cotrim Moreira, pelo crime descrito no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67.

## 2.3. CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA (art. 288, CP):

O *Parquet* acusa os réus Aleuto Teixeira Lata, Ana Regina Arantes, André Vidal Saeki Cecato Raizer, Elciomar Paulo de Menezes, Ivete Vargas Rocha de Souza, Jorge Yoshishilo Kobayashi, José Benedito Dias, José Donizete Ferreira Freitas, Luceni Quintina Correia, Orange Resende e Silva, Ronilda Ribeiro Machado, Sebastião Pereira da Silva e Waldimiro José Cotrim Moreira da prática do crime de formação de quadrilha ou bando (art. 288 do CP): Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos.

Inicialmente, deve-se observar que o bem jurídico protegido pelo tipo penal em comento é a paz pública, visto que a reunião de pessoas com a finalidade precípua da prática delitiva traz enorme intranquilidade para a população. Nessa linha, o mestre Nelson Hungria<sup>15</sup> ensina que paz pública é o: “*sentimento coletivo de paz que a ordem jurídica assegura*”.

Apesar de se tratar de crime formal, por não depender de ocorrência de resultado naturalístico para sua consumação, a sua caracterização pressupõe o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos.

O requisito objetivo é o presente no núcleo do tipo, ou seja, a palavra “associar-se”, que equivale aos vocábulos unir-se, ajuntar-se, reunir-se. É imprescindível para a configuração do crime a associação de no mínimo quatro pessoas, porquanto o artigo é claro ao descrever a conduta como possuindo mais de três indivíduos, tendo por finalidade a prática de crimes.

O requisito subjetivo é o dolo por parte dos sujeitos, ou seja, tem de haver a vontade e consciência dos indivíduos, com a finalidade de associação para a prática de crimes, dessa forma criando-se um vínculo entre todos os integrantes da quadrilha ou bando.

Este requisito é o que demanda maior atenção, por um simples fato: o dolo em questão não é somente quanto à finalidade criminosa da associação, mas também quanto aos integrantes. Explica-se: ainda que saiba da finalidade criminosa, o agente só pode ser condenado por formação de quadrilha quando tiver consciência de que a associação conta com mais de três pessoas.

Assim sendo, não basta a consciência da finalidade delitiva, deve-se demonstrar que o agente sabia que a associação continha o número de pessoas exigido por lei para caracterização do delito, caso contrário, haveria mero concurso de agentes. Os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt<sup>16</sup> são de extrema relevância neste aspecto:

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de associar-se a outras pessoas com finalidade de praticar crimes indeterminados, criando um vínculo associativo entre os participantes. É a vontade e consciência dos diversos componentes de organizarem-se em bando ou quadrilha, de forma permanente e duradoura, para a prática indiscriminada de crimes.

[...]

Em síntese, para que determinado indivíduo possa ser considerado sujeito ativo do crime de quadrilha ou bando, isto é, para que responda por essa infração penal é indispensável que tenha consciência de que participa de uma ‘organização’ que tem a finalidade de delinquir; é insuficiente que, objetivamente, tenha servido ou realizado alguma atividade que possa estar abrangida pelos objetivos criminosos da quadrilha. Não respondem por esse crime, por exemplo, eventuais ‘laranjas’, que desconhecem a existência ou finalidade da quadrilha, apenas

15 Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 163.

16 Tratado de Direito Penal. Vol. 4. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 250-251.

emprestando o nome sem qualquer proveito pessoal, ou determinados empregados que apenas cumprem ordens de seus superiores. Pela mesma razão, essas pessoas que, na linguagem da teoria do domínio do fato, são meros executores e não autores do crime, tampouco podem ser consideradas para completar aquele número mínimo exigido (mais de três) como elementar da tipificação de quadrilha ou bando: falta-lhes o elemento subjetivo da ação de associar-se para a prática de crimes indeterminados. (grifo nosso)

Imperioso distinguir o crime de formação de quadrilha ou bando do concurso de pessoas. O primeiro configura-se com a associação de forma estável, duradoura, com intuito de cometimento de vários crimes, e sendo a estrutura da quadrilha organizada. Já no concurso de pessoas a associação é meramente eventual, sendo esta para a prática de determinado delito, sem o *animus* associativo prolongado.

Necessário salientar que este crime é independente daqueles que venham a ser praticados pelas pessoas associadas; ele subsiste de forma autônoma, independentemente do crime para o qual os integrantes se organizaram venha ser executado.

No mesmo entendimento tem-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

ACÇÃO PENAL. Crime de quadrilha ou bando. Delito formal contra a paz pública. Circunstâncias elementares do tipo. Concurso de, pelo menos, quatro pessoas, finalidade específica dos agentes e estabilidade do consórcio. Exigência da prática ulterior de delito compreendido no projeto criminoso. Desnecessidade. Figura autônoma. Descrição suficiente dos fatos elementares. Denúncia apta. Impossibilidade de aprofundar a cognição dos fatos à luz da prova. HC denegado. Inteligência do art. 288 do Código Penal. Precedentes. Crime formal, o delito de quadrilha ou bando consuma-se tanto que aperfeiçoada a convergência de vontade dos agentes e, como tal, independe da prática ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas. (STF, HC n. 88978/DF, Rel. Min. Cezar Peluso Segunda Turma julgado em 4.9.2007).

Traçadas as premissas da análise do crime de formação de quadrilha ou bando, as condutas devem ser analisadas em separado.

### 2.3.1. Aleuto Teixeira Lata:

O acusado Aleuto Teixeira Lata é denunciado pelo fornecimento de “notas fiscais frias” para justificação de saídas indevidas de dinheiro dos cofres da Municipalidade. Nesta qualidade, o órgão ministerial o acusa de haver se associado com outros acusados para desviar dinheiro público.

A análise de sua conduta deve ser bastante cuidadosa, pois ele é confesso na prática do fornecimento de “notas fiscais frias”, contudo não se nota a consciência quanto ao requisito objetivo exigido pelo tipo penal: o número de associados.

Pelo que consta dos autos, o acusado fornecia “notas fiscais frias” para o Secretário de Finanças Waldimiro José Cotrim Moreira, a pedido de sua cunhada Ronilda Ribeiro Machado, não se identificando, em momento algum, que tivesse conhecimento das outras atividades ilícitas praticadas dentro do prédio da Prefeitura Municipal.

Nesse ponto, merece destaque a sua confissão na fase extrajudicial (f. 1890-1893), citada pelo próprio *Parquet*:

[...] o declarante no final de 2005 foi procurado pela SECRETÁRIA DO WALDIR,

senhora RONILDA RIBEIRO, a qual pediu que o declarante arrumasse notas frias para a Prefeitura local e em troca receberia os 10% referente ao ICMS que o declarante teria que pagar; QUE, desde então o declarante fornecesse notas frias para a Prefeitura; QUE, RONILDA RIBEIRO nunca trabalhou na PREFEITURA, ela é funcionária particular de WALDIR CONTRIM; QUE era ela quem ligava e pedia que encaminhasse as notas frias e ela falava os valores; QUE, os valores das notas frias não podia ultrapassar os R\$ 8.000,00 (oito mil reais), pois para esse valor não precisa de licitação; QUE, todo mês o declarante fornecia notas frias nos valores de R\$ 7.500,00 a 7.900,00, sendo que as últimas notas frias que o declarante forneceu foram em outubro de 2006; QUE, o declarante durante todo o período que forneceu notas frias, sempre manteve contato com RONILDA RIBEIRO; QUE, o declarante recebeu aproximadamente 2 cheques da Prefeitura, o restante foi tudo referente as notas frias que forneceu; QUE, O DECLARANTE ASSINOU APENAS DOIS CHEQUES DA PREFEITURA, ENDOSSANDO-O, QUE FORAM OS DOIS CHEQUES QUE RECEBEU PARA PAGAR OS 10% DE ICMS, E NUNCA MAIS ASSINOU NENHUM CHEQUE DA PREFEITURA ENDOSSANDO-O [...]

Esse depoimento demonstra, à saciedade, que o acusado tinha consciência apenas da unidade de desígnios entre ele, Ronilda Ribeiro Machado e Waldimiro José Cotrim Moreira. Se para o preenchimento do requisito objetivo é necessária a consciência quanto ao número de integrantes da quadrilha ou bando, é nítido que não existem elementos suficientes para embasar a condenação do acusado Aleuto Teixeira Lata neste crime.

Apenas uma questão deve ser esclarecida. No começo de seu depoimento, o acusado afirma que, no início de 2005, forneceu uma nota fiscal fria para o acusado José Donizete Ferreira Freitas, a fim de receber o que este lhe devia da época da campanha. Todas as demais notas fiscais frias foram fornecidas para o Secretário de Finanças, por intermédio de Ronilda Ribeiro Machado.

É importante que isso fique claro, porque tudo indica que são eventos completamente separados e desvinculados. Assim sendo, o acusado Aleuto Teixeira Lata forneceu nota fiscal fria para o Prefeito Municipal numa oportunidade e, posteriormente, sem nenhum vínculo subjetivo, forneceu notas fiscais frias para o Secretário de Finanças.

No caso, o *animus* necessário para a concretização do crime de quadrilha ou bando só ficou nítido na segunda oportunidade, mas, devido à ausência de consciência quanto ao número de integrantes da associação, não há subsídio suficiente para condenação.

Noutro aspecto, apesar de a narrativa ministerial tratar todos os fornecedores de notas fiscais denunciados conjuntamente, como se houvesse unidade de desígnios entre eles (o que acarretaria número de integrantes superior ao exigido pelo tipo penal e demonstraria a consciência da ilicitude), não existem elementos probatórios que deixem claro este fato.

O depoimento de todos os fornecedores, ora confessando, ora negando a existência de “notas fiscais frias”, demonstra que não havia nenhum combinado entre eles. Ao contrário, tudo leva a crer que não sabiam da atividade desenvolvida pelos demais.

Pela narrativa ministerial e pelas provas produzidas até o momento, verifica-se que o “esquema” possuía um organismo central (a Prefeitura) e vários organismos vinculados exclusivamente ao central (os fornecedores).

Desta forma, em observância do princípio do *in dubio pro reo*, deve-se absolver Aleuto Teixeira Lata, quanto ao crime de formação de quadrilha ou bando.

### 2.3.2. Ana Regina Arantes:

A denunciada Ana Regina Arantes é acusada de haver se associado com diversas pessoas para a prática reiterada de condutas criminosas contra a Administração Pública Cassilandense.

De início, já se nota a impossibilidade de condenação da acusada pela prática do crime de formação de quadrilha ou bando, uma vez que a acusação não obteve êxito sequer em demonstrar, indene de dúvidas, a conduta delitiva da acusada contra o Erário Municipal. Assim sendo, o *animus* necessário à comprovação da associação de pessoas para a prática de condutas delitivas reiteradas. Não havendo comprovação de autoria e materialidade, a condenação torna-se completamente inviável.

Diante do exposto, pelos motivos mencionados, impõe-se a absolvição de Ana Regina Arantes, pelo crime descrito no art. 288 do CP.

### 2.3.3. André Vidal Saeki Cecato Raizer:

O acusado André Vidal Saeki Cecato Raizer é denunciado pelo fornecimento de “notas fiscais frias” para justificação de saídas indevidas de dinheiro dos cofres da Municipalidade. Nesta qualidade, o órgão ministerial o acusa de haver se associado com os demais acusados para desviar dinheiro público.

De início, já se nota a impossibilidade de condenação do acusado pela prática do crime de formação de quadrilha ou bando, porque a acusação não obteve êxito sequer em demonstrar, indene de dúvidas, a conduta delitiva do acusado contra o Erário Municipal. Assim sendo, o *animus* necessário à comprovação da associação de pessoas para a prática de condutas delitivas reiteradas. Não havendo comprovação de autoria e materialidade, a condenação é completamente inviável.

Diante do exposto, pelos motivos relacionados, impõe-se a absolvição de André Vidal Saeki Cecato Raizer, pelo crime descrito no art. 288 do CP, em observância do princípio do *in dubio pro reo*.

### 2.3.4. Elciomar Paulo de Menezes:

O acusado Elciomar Paulo de Menezes é denunciado pelo fornecimento de “notas fiscais frias” para justificação de saídas indevidas de dinheiro dos cofres da Municipalidade. Nesta qualidade, o órgão ministerial o acusa de haver se associado com os demais acusados para desviar dinheiro público.

A análise de sua conduta deve ser bastante cuidadosa, pois ele aparenta ser apenas uma ponta do esquema delitivo que se estabeleceu no prédio da Prefeitura Municipal. Assim, não se nota a sua consciência quanto ao requisito objetivo exigido pelo tipo penal: o número de associados.

Pelo que consta dos autos, o acusado fornecia diversos produtos, principalmente, para creches e escolas do município; não se identificando, em momento algum, que tivesse conhecimento das outras atividades ilícitas praticadas dentro da Prefeitura Municipal.

Apesar de a narrativa ministerial tratar todos os fornecedores de notas fiscais denunciados conjuntamente, como se houvesse unidade de desígnios entre eles (o que acarretaria número de integrantes superior ao exigido pelo tipo penal e demonstraria a consciência da ilicitude), não existem elementos probatórios que deixem claro este fato.

O depoimento de todos os fornecedores, ora confessando, ora negando a existência de “notas fiscais frias”, demonstra que não havia nenhum combinado entre eles. Ao contrário, tudo leva a crer que não sabiam da atividade desenvolvida pelos demais.

Pela narrativa ministerial e pelas provas produzidas até o momento, verifica-se que o “esquema” possuía um organismo central (a Prefeitura) e vários organismos vinculados exclusivamente ao central (os fornecedores). Impossibilitando a condenação do acusado por um crime que exige a consciência da existência de elementos componentes.

Dessa forma, a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* se mostra a melhor solução para o caso do acusado, devendo-se absolver Elciomar Paulo de Menezes, quanto ao crime de formação de quadrilha ou bando.

#### 2.3.5. Ivete Vargas Rocha de Souza:

A denúncia imputa à acusada Ivete Vargas Rocha de Souza a conduta de organizar o “esquema” existente dentro do setor de licitações da Prefeitura, a fim de que fosse possível a continuidade na expropriação do dinheiro público. Na qualidade de funcionária do setor de licitação municipal, a acusada teria dado aparência de legalidade ao esquema delitivo existente dentro da Administração Municipal.

Conforme constatado, o papel de chefe do setor de licitações foi fundamental na organização existente dentro da Prefeitura de Cassilândia. O seu conhecimento dos procedimentos necessários para “dar aparência de legalidade aos certames licitatórios” foi fundamental para determinar os procedimentos adotados pelos envolvidos, tanto na emissão de “vales”, quanto na captação de “notas fiscais frias” e inversão de procedimentos.

Nesse sentido, ao contrário do que aventa em seu longo arrazoadado de Alegações Finais, não se está imputando a prática de crime a ela pela mera condição de chefe do setor de licitações. O crime é imputado pela participação livre e consciente na associação de várias pessoas para a expropriação deliberada de rendas públicas. Deve ser ressaltado que o dolo ficou nítido em relação a todos os elementos do tipo penal.

Diante do exposto, pelos motivos enumerados, impõe-se a condenação de Ivete Vargas Rocha de Souza, pelo crime descrito no art. 288 do Código Penal.

#### 2.3.6. Jorge Yoshishilo Kobayashi:

A denúncia imputa ao acusado Jorge Yoshishilo Kobayashi a conduta de supervisionar o esquema de confecção de “vales” para a expropriação de dinheiro público. Na qualidade de contador municipal, o acusado teria efetuado a organização contábil do esquema delitivo existente dentro da Administração Municipal.

Conforme constatado, o papel do contador foi fundamental na organização existente dentro da Prefeitura de Cassilândia. O seu conhecimento da contabilidade pública foi fundamental para determinar os procedimentos adotados pelos envolvidos, tanto na emissão de “vales”, quanto na captação de “notas fiscais frias”.

Nesse sentido, ao contrário do que aventa em seu longo arrazoadado de Alegações Finais, não se está imputando a prática de crime a ele pela mera condição de contador municipal. O crime é imputado pela



participação livre e consciente na associação de várias pessoas para a expropriação deliberada de rendas públicas. Deve ser ressaltado que o dolo ficou nítido em relação a todos os elementos do tipo penal.

Diante do exposto, pelos motivos apresentados, impõe-se a condenação de Jorge Yoshishilo Kobayashi, pelo crime descrito no art. 288 do Código Penal.

### 2.3.7. José Benedito Dias:

O pedido de condenação por este crime em relação a José Benedito Dias não merece prosperar. Todas as provas constantes nos autos convergem na conclusão de que a conduta imputada como criminosa ao acusado é o recebimento de comissão sobre o recebimento de contas de água em atraso.

Ficou claro que esta avença foi estabelecida entre o acusado e o então Secretário de Finanças Waldimiro José Cotrim Moreira. Ao mesmo tempo que a narrativa ministerial aponta o Secretário de Finanças como um dos organizadores da quadrilha formada dentro da Prefeitura Municipal, deixa claro que o acusado José Benedito Dias possuía um combinado apenas com ele para recebimento de comissão, portanto não tinha consciência dos outros acusados.

O depoimento judicial de José Benedito Dias (f. 1921-1922) não deixa dúvidas do desconhecimento do acusado sobre o envolvimento de mais pessoas na questão:

JUIZ: O senhor sabe dizer se quando foi feito esse acordo, se o Prefeito estava sabendo disso.

DEPOENTE: De início, foi o que Valdir comentou comigo.

JUIZ: Ele que comentou?

DEPOENTE: Isso.

JUIZ: O senhor não conversou com o Prefeito sobre isso, Sr. José Donizete?

DEPOENTE: Não, eu não subi na reunião deles, aí depois, já um pouco à frente, o meu colega de trabalho, procurou, ‘você acha que isso tá certo, entre você e o Valdir?’ Eu falei: ‘Não sei, por quê?’ Ele falou: ‘Não, porque na reunião lá, não houve esse comentário de 5%’.

JUIZ: Não houve comentário, ele falou? Quem falou isso para o senhor?

DEPOENTE: Meu colega de trabalho. Aí eu voltei, falei com o Valdir, né, que se...

JUIZ: Para fins do negócio...

DEPOENTE: É, ele falou: ‘Não, negócio 5% é eu e você, eu que vou te pagar, você não tem nada que procurar o Prefeito, eu que vou te pagar.’ Foi esse o comentário.

[...]

JUIZ: O senhor, tendo feito isso, o senhor acredita que tenha praticado algum crime? O senhor a receber, efetivamente, o percentual que foi combinado?

DEPOENTE: Não, recebi algumas vezes dele, da mão dele.

JUIZ: Alguns meses?

DEPOENTE: Justo.

Conforme mencionado linhas acima, o dolo pressupõe consciência e vontade não apenas da finalidade criminosa, mas também do requisito objetivo necessário para a caracterização do crime de formação de quadrilha.

Diante disso, a absolvição do acusado José Benedito Dias do crime de formação de quadrilha é medida que se impõe, com fulcro no art. 386, V, CPP.

#### 2.3.8. José Donizete Ferreira Freitas:

A denúncia narra que a participação de José Donizete Ferreira Freitas no “esquema” destinado à expropriação do Erário Cassilandense era extremamente arrojada. Na qualidade de principal ordenador de despesas do município, era a pessoa que mais facilmente era beneficiada com a apropriação e o desvio de dinheiro público. Noutro aspecto, era a pessoa que tinha a incumbência de determinar o cumprimento da lei pelos demais cidadãos, principalmente no serviço público municipal.

Ao contrário do que pretende interpretar o acusado, não há imputação da conduta de formação de quadrilha ou bando unicamente porque ele ocupava o cargo de prefeito. A acusação se fundamenta, também, no reconhecimento do próprio alcaide da utilização dos famigerados “vales” para realização dos mais diversos gastos, sem a devida fiscalização.

Neste sentido, ainda que insista em afirmar que suas condutas seriam lícitas, verifica-se que o acusado tinha plena consciência e vontade na associação com diversos dos acusados para a prática reiterada de condutas contra o Patrimônio Público.

Como ficou suficientemente demonstrado, a prática de crimes contra a Administração Pública ocorreu reiteradamente entre o período de 2005 e 2007. O acusado recebeu condenação por esta prática e, devido a sua associação com outras pessoas para esta finalidade, deve ser penalizado novamente.

Diante do exposto, pelos motivos aduzidos, impõe-se a condenação de José Donizete Ferreira Freitas, pelo crime descrito no art. 288 do Código Penal.

#### 2.3.9. Luceni Quintina Correia:

A denúncia acusa Luceni Quintina Correia de ser uma das principais artífices do “esquema” de expropriação de dinheiro público realizado na Prefeitura Municipal de Cassilândia. Nesta condição, a ré é acusada de haver se associado com diversas pessoas para a prática reiterada de condutas criminosas contra a

Administração Pública Cassilandense.

Verifica-se que a denúncia é procedente. A acusada tinha plena consciência da lesividade da conduta que estava perpetrando contra a municipalidade. Sabia da existência de várias pessoas para que o “esquema” funcionasse. E, principalmente, não há dúvida quanto à pretensão de continuar praticando os crimes, uma vez que ela mesma guardava “vales” em sua residência para que não fosse penalizada sozinha.

Isso demonstra, nitidamente, a consciência e vontade da acusada em relação a todos os elementos do tipo penal descrito no art. 288 do Código Penal.

Destaca-se que a cooptação da Tesoureira Municipal era fundamental para que o “esquema” funcionasse, visto que era ela quem deveria organizar as finanças do Município de modo a fechar o caixa no final de cada mês, garantindo que não haveria problemas que induzissem fiscalização mais acurada.

Diante do exposto, pelos motivos enumerados, impõe-se a condenação de Luceni Quintina Correia, pelo crime descrito no art. 288 do Código Penal.

#### 2.3.10. Orange Resende e Silva:

A denúncia acusa Orange Resende e Silva de ser operador de um “Posto de Recebimento” do dinheiro que entrava nos caixas da Prefeitura Municipal, a título de pagamento de tributos municipais e contas de água, por exemplo. Nesta condição, o réu é acusado de haver se associado com diversas pessoas para a prática reiterada de condutas criminosas contra a Administração Pública Cassilandense.

De início, já se nota a impossibilidade de condenação do acusado pela prática do crime de formação de quadrilha ou bando, uma vez que a acusação não obteve êxito sequer em demonstrar, indene de dúvidas, a sua conduta delitiva contra o Erário Municipal. Assim sendo, o *animus* necessário à comprovação da associação de pessoas para a prática de condutas delitivas reiteradas. Não havendo comprovação de autoria e materialidade, a condenação é completamente inviável.

Diante do exposto, pelos motivos relacionados, impõe-se a absolvição de Orange Resende e Silva, pelo crime descrito no art. 288 do CP, em observância do princípio do *in dubio pro reo*.

#### 2.3.11. Roniclei Alves de Queiroz:

O acusado Roniclei Alves de Queiroz é denunciado pelo fornecimento de “notas fiscais frias” para justificação de saídas indevidas de dinheiro dos cofres da Municipalidade. Nessa qualidade, o órgão ministerial o acusa de haver se associado com os demais acusados para desviar dinheiro público.

A análise de sua conduta deve ser bastante cuidadosa, pois ele é confesso na prática do fornecimento de “notas fiscais frias”, contudo não se nota a consciência quanto ao requisito objetivo exigido pelo tipo penal: o número de associados.

É importante destacar que, apesar da narrativa ministerial tratar todos os fornecedores de notas fiscais denunciados conjuntamente, como se houvesse unidade de desígnios entre eles (o que acarretaria número de integrantes superior ao exigido pelo tipo penal e demonstraria a consciência da ilicitude), não existem elementos que deixem claro este fato.

O depoimento de todos os fornecedores, ora confessando, ora negando a existência de “notas fiscais frias”, demonstra que não havia nenhum combinado entre eles. Ao contrário, tudo leva a crer que não sabiam da atividade desenvolvida pelos demais.

Pela narrativa ministerial e pelas provas produzidas até o momento, verifica-se que o “esquema” possuía um organismo central (a Prefeitura) e vários organismos vinculados exclusivamente ao central (os fornecedores).

Ademais, quanto ao acusado em questão, já ficou demonstrada a inexistência de *animus* (já que não existe nenhuma prova que demonstre um conluio permanente dele com quem quer que seja para a prática reiterada de crime) e de consciência quanto ao requisito objetivo (ainda que se imaginasse o conluio, o próprio *Parquet* narra apenas um “trato” entre o acusado e o Secretário de Finanças Waldimiro José Cotrim Moreira).

Desta forma, a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* se mostra a melhor solução para o caso do acusado, devendo-se absolver Roniclei Alves de Queiroz, quanto ao crime de formação de quadrilha ou bando.

#### 2.3.12. Ronilda Ribeiro Machado:

A denúncia aponta que a conduta delitiva da acusada estaria consubstanciada no recebimento de notas fiscais frias dos fornecedores Aleuto Teixeira Lata, André Vidal Saeki Cecato Raizer, Elciomar Paulo de Menezes e Roniclei Teixeira, para entregá-las ao acusado Waldimiro José Cotrim Moreira, seu patrão.

Inicialmente, deve-se destacar que a acusada nunca foi funcionária da Prefeitura Municipal e, em seu depoimento judicial, afirmou que é secretária particular do acusado Waldimiro José Cotrim Moreira há quase 20 anos.

Em seu depoimento judicial (f. 1969-1973), apesar de afirmar, no início, que desconhecia a natureza das notas fiscais – se eram realmente frias –, ao final acabou confessando o conhecimento. Entretanto, todo o conjunto probatório leva a crer que a acusada não tinha consciência da existência de mais de 3 pessoas envolvidas na situação.

DEPOENTE: É, notas frias do Supermercado Nevoeiro, eu não disse notas frias, eu simplesmente era empregada, eu fiz o que meu patrão pediu, simplesmente, eu passava lá e pegava as notas e entregava para ele.

JUIZ: Pegava as notas lá no Sr. Aleuto(F) Lata?

DEPOENTE: Isso.

JUIZ: E entregava para o seu patrão, o seu patrão era Valdemir José Cotrim, o acusado?

DEPOENTE: Isso.

JUIZ: E o seu patrão falou sobre, para que, ou sobre essas notas para senhora?

DEPOENTE: Não, não tenho conhecimento.

JUIZ: Não explicou nada para senhora sobre essas notas?

DEPOENTE: Não.

[...]

JUIZ: Nega, então, só afirma que tenha buscado, buscou as notas e entregava?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: Não sabe quantas vezes, nem do que se referia?

DEPOENTE: Não.

JUIZ: Essas notas eram entregues para você dentro de um envelope fechado?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: Nunca abriu para olhar, então?

DEPOENTE: Não.

[...]

DEFESA: Quando interrogada na polícia, se a acusada confirma, isso de acordo com o que consta da denúncia, se ela confirma que buscava notas frias junto ao comércio para justificar a apropriação de dinheiro público?

JUIZ: Entendeu a pergunta?

DEPOENTE: Entendi.

JUIZ: A senhora fazia isso?

DEPOENTE: Nunca.

DEFESA: Se ela confirma o que ela disse isso perante a autoridade policial, que é o que consta na denúncia como sendo uma confissão dela?

JUIZ: Confirma?

DEPOENTE: Não, nunca. Inclusive fala que eu ia no comércio da cidade, eu nunca fui no comércio da cidade.

JUIZ: Só no Aleuto(F) [ininteligível]?

DEPOENTE: Só no, exatamente.

DEFESA: A atividade que desenvolvia como secretária particular do acusado Valdemiro, envolvia contato com os comerciantes, Roniclei, André, Elceumar(F), especificamente, no que refere aos negócios dessas pessoas com o município?

DEPOENTE: Não, nunca.

JUIZ: Não?

DEPOENTE: Eu nem conhecia, nem conhecia, o Roniclei, conhecia o Elceumar(F), porque eu fazia compras no Supermercado dele, só isso. Mas nunca, nunca, a não ser para fazer compras, nada.

DEFESA: Em alguma oportunidade ela chegou a assessorar de alguma forma o Sr. Sebastião Pereira da Silva, conhecido o como Tião da Marieta?

DEPOENTE: Nunca.

DEFESA: Especificamente, buscando notas fiscais do comércio local?

DEPOENTE: Nunca, nada, nada.

[...]

MP: Excelência, ela disse perante autoridade policial, o seguinte, que Valdir em início de 2005, pediu para ela procurar o cunhado dela, o Sr. Aleuto(F) do Supermercado Nevoeiro, pedindo que providenciasse junto a ele, notas frias e apresentasse as notas ao mesmo, ao Valdir, que a depoente manteve contato com o Aleuto(F), cunhado, o qual disse que não poderia pagar ICMS, então pediu 10 % dessa transação para cobrir os gastos, a depoente foi falar com o Valdir, o qual concordou em pagar os 10 % de ICMS para o Aleuto(F), ela confirma essa negociata?

JUIZ: Confirmo esse fato?

DEPOENTE: Confirmo.

JUIZ: Como que a senhora esclarece esse fato, que a senhora acaba de confirmar, com anterior que a senhora não sabia de quem que eram as notas, sobre o valor que era?

DEFESA: Excelência, pela ordem, ela disse que não tinha acesso às notas, não sabia os valores, nem do que se tratava porque ia dentro do envelope.

JUIZ: Mas mente que sabia que era fria, doutora.

MP: Posso prosseguir?

JUIZ: Mais, pode.

MP: Que Valdir disse a depoente para passar uma vez por mês Supermercado Nevoeiro e pegar notas fiscais frias no valor inferior a 8.000 reais, que a depoente, então, assim fazia todos os meses, que de posse das notas frias, a depoente ia até o Valdir, ou seja, o encontrava as vezes, no Auto Posto Petrobrás, e as vezes na prefeitura e entregava as notas frias ao mesmo?

JUIZ: Confirma?

DEPOENTE: Confirmo.

Este cenário demonstra que apesar de a acusada ter consciência do desenvolvimento de uma empreitada criminosa, não tinha conhecimento acerca do número de integrantes nesta empreitada.

A alegação, da denúncia, de que ela buscava notas fiscais frias no comércio local não ficou demonstrada. Isso conduz ao raciocínio de que, em sua consciência, os únicos envolvidos eram ela, Aleuto Teixeira Lata e Waldimiro José Cotrim Moreira, não se caracterizando, assim, o requisito objetivo.

Conforme mencionado linhas acima, o dolo pressupõe consciência e vontade não apenas da finalidade criminosa, mas também do requisito objetivo necessário para a caracterização do crime de formação de quadrilha, qual seja, o número de associados para a prática delitiva.

Diante disso, a absolvição da acusada Ronilda Ribeiro Machado do crime de formação de quadrilha é medida que se impõe, com fulcro no art. 386, V, CPP.

#### 2.3.13. Sebastião Pereira da Silva:

A denúncia imputa ao acusado Sebastião Pereira da Silva a conduta de ter se associado a vários acusados para a prática reiterada de condutas criminosas, principalmente, contra o Erário Público.

Apesar de discordar do entendimento da acusação de que a atividade exercida era ilícita, ao assumir a emissão periódica de “vales”, o denunciado acaba confirmando a prática reiterada das condutas e também a consciência e vontade quanto a todos os elementos do crime previsto no art. 288 do CP.

Do conjunto probatório se extrai que o acusado Sebastião Pereira da Silva agia em unidade de desígnios clara, com pelo menos José Donizete Ferreira Freitas, Waldimiro José Cotrim Moreira, Jorge Yoshishilo Kobayashi e Luceni Quintina Correia. O procedimento adotado tinha por finalidade a utilização do dinheiro da municipalidade como se particular fosse, ora se beneficiando, ora praticando ações assistencialistas.

Diante do exposto, pelos motivos apresentados, impõe-se a condenação de Sebastião Pereira da Silva, pelo crime descrito no art. 288 do Código Penal.

#### 2.3.14. Waldimiro José Cotrim Moreira:

A acusação de formação de quadrilha ou bando tem o acusado Waldimiro Cotrim como um dos principais artífices. Verifica-se que, além da sua condição de Secretário de Finanças do Município de Cassilândia, o acusado assumiu o papel de organizador de diversas atividades destinadas à expropriação do Patrimônio Municipal e à



“legalização” de despesas indevidas ou efetuadas em desacordo com normas financeiras pertinentes.

São extremamente variadas as condutas delitivas imputadas ao acusado, como o recebimento de notas fiscais frias para justificativa de despesas irregulares (por exemplo, o pagamento de “mensalinho” aos vereadores), a elaboração de “vales” para manipulação de dinheiro público à revelia das normas financeiras pertinentes e o desvio de dinheiro público para a quitação de débitos junto aos empreendimentos de que o acusado é ou já foi sócio ou proprietário.

Pela narrativa ministerial e pelo conjunto probatório constantes dos autos, conclui-se que o acusado preenche todos os requisitos necessários para a sua condenação pela prática de formação de quadrilha ou bando.

Apesar da negativa de alguns, denota-se que o *acusado Waldimiro José Cotrim Moreira* organizava diversas atividades ilícitas, principalmente, com José Donizete Ferreira Freitas, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Aleuto Teixeira Lata, Ronilda Teixeira e Luceni Quintina Correia. Portanto, todos os requisitos, objetivos e subjetivos, estão preenchidos e a condenação é medida correta.

Diante do exposto, pelos motivos enumerados, impõe-se a condenação de Waldimiro José Cotrim Moreira, pelo crime descrito no art. 288 do Código Penal.

#### 2.4. CRIME DE FRAUDE A LICITAÇÕES (art. 90, Lei n. 8666/93):

O *Parquet* tipifica, expressamente, os acusados Ana Regina Arantes, André Vidal Saeki Cecato Raizer, Elciomar Paulo de Menezes, Ivete Vargas Rocha de Souza, Jorge Yoshishilo Kobayashi, José Benedito Dias, José Donizete Ferreira Freitas, Roniclei Alves de Queiroz, Sebastião Pereira da Silva e Waldimiro José Cotrim Moreira na prática da conduta prevista no art. 90 da Lei n. 8.666/93. Apesar de não tipificar expressamente, a narrativa da denúncia e das Alegações Finais aborda, ainda, o acusado Aleuto Teixeira Lata.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e multa.

Antes de mais nada, deve ficar claro que a conduta prevista no art. 90 da Lei n. 8666/93 não é privativa de servidor público, portanto, não se trata de crime próprio. Transcreve-se o ensinamento do Desembargador do TJRJ, Jessé Torres Pereira Junior<sup>17</sup>:

Sujeito ativo

Qualquer pessoa. O delito pode ser cometido por qualquer um, não se descartando a hipótese de concurso entre o particular e o servidor público, o que, na maioria dos casos, será a regra, e até mesmo entre os próprios licitantes.

Deve-se, ainda, destacar que “*o intuito de obter vantagem*” é elemento do tipo, pouco importando se a vantagem é “*para si ou para outrem*”. Neste sentido, continuando os ensinamentos do ilustre magistrado carioca,

<sup>17</sup> Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 902.

convém citar<sup>18</sup>:

Necessário, ademais, o elemento subjetivo do injusto com intuito de obter vantagem, vantagem esta que deve decorrer da adjudicação do objeto da licitação. Exige-se, pois, do agente um especial fim de agir, correspondente ao objetivo de alcançar vantagem de conteúdo econômico, que deverá, necessariamente, decorrer da adjudicação do objeto da licitação. Este, portanto, em última análise, o desiderato do autor do delito: obter a adjudicação do objeto do torneio, de que lhe advirá a vantagem pretendida.

Acrescente-se, ainda, outro elemento subjetivo injusto: para si ou para outrem. Assim, para a adequação típica subjetiva, não basta que o agente frustre ou fraude o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação; é preciso que o faça para si ou para outrem. Isto quer dizer que a vantagem indevida deve reverter em proveito do próprio agente ou de terceiro. Será atípica, portanto, a conduta se a adjudicação do objeto da licitação não aproveitar ao agente ou a alguém que com ele tenha concertado a frustração ou a fraude da competição.

Delimitadas as principais diretrizes para a análise das condutas, impõe-se as acusações concretas do órgão acusador contra os acusados. De uma leitura atenta dos autos, conclui-se que há acusação de duas espécies de fraude à licitação.

Uma espécie seria o fornecimento de notas fiscais frias abaixo do limite que a lei exige licitação; com isso, a venda direta seria legal e não haveria a necessidade de procedimento licitatório. Aqui, o *Parquet* explica que o intuito é formar uma justificativa para a saída do dinheiro dos cofres públicos, a fim de fornecer aparência de legalidade a gastos que não a teriam.

A outra espécie de licitação seria o que ficou conhecido pela Operação Judas como “Licitação ao contrário”, ou seja, o serviço já havia sido prestado ou o produto já havia sido adjudicado, e a Municipalidade efetuava um simulacro de licitação, direcionando a vitória àquele que já havia prestado o serviço ou entregado o produto.

Esta diferenciação é fundamental, porque enquanto na segunda espécie havia necessidade de licitação, na primeira não havia.

Nesse sentido, verifica-se que o bem jurídico tutelado pelo art. 90 da Lei n. 8666/93 é o caráter competitivo do procedimento licitatório, em observância aos princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia pela Administração Pública.

No primeiro caso – fornecimento de notas fiscais frias abaixo do limite legal – não há falar em infringência ao tipo penal previsto no art. 90 da Lei n. 8666/93. Se a própria lei possibilita que a Fazenda Pública efetue gastos sem licitação, não é possível punir alguém por não realizar a licitação.

Importante ressaltar que não se está aqui afirmando que a atitude de fornecer notas fiscais frias abaixo do limite legal é legalmente aceitável e não merece punição. Por tudo o que foi exposto pelo órgão ministerial, verifica-se que este expediente era utilizado com a finalidade de legitimar gastos públicos indevidos.

Nesse sentido, é evidente que as notas frias eram instrumentos para a consumação do crime de peculato. O que não se pode conceber é a condenação de alguém por fraude ao caráter competitivo de uma licitação que nunca existiu e nem é exigida pela Lei de Licitações.

<sup>18</sup> *Op. Cit.* p. 904.

Já o segundo caso – simulacro de licitação, conhecida por “Licitação ao contrário” – é mais grave. Aqui, sim, há licitação e pode ocorrer fraude ao caráter competitivo do certame. Este realmente seria um caso típico de fraude à licitação, em que os agentes, em conluio, sabem de antemão quem será o vencedor, até porque o fornecimento dos produtos ou a prestação dos serviços já teria acontecido.

Vários depoimentos constantes dos autos mencionam a existência deste expediente dentro da Prefeitura Municipal de Cassilândia, denotando certo grau de verossimilhança às afirmações. Contudo, há um obstáculo intransponível para que a condenação seja imposta.

Por mais que os procedimentos licitatórios sejam públicos e que a Prefeitura Municipal tenha sofrido verdadeira devassa, quando a operação policial foi realizada, não se encontrou nenhum documento comprobatório de participação em licitação de quem quer que seja.

Folheando os autos deste processo, do começo ao fim, não existe nenhum documento que comprove a existência de licitação e, quiçá, indício de fraude. É certo que esta relatoria ainda teve o cuidado de vasculhar os autos da Ação Penal n. 2008.010425-4 (processo que possuía o n. 007.07.100500-1, na comarca de Cassilândia) e, novamente, não se encontrou nenhum documento comprobatório de existência de licitação.

Somente nos anexos dos autos da Ação Penal de n. 2008.010425-4 é que foi encontrado documento comprobatório de licitação. Entretanto, os documentos não tratam de nenhum dos réus deste processo, pois os participantes daquele certame foram Irmãos Panucci & Cia. Ltda., Fernandes & Duarte Ltda. – ME e Proenge Projeto e Obras de Engenharia Ltda.

Ainda que a jurisprudência atual admita a denúncia que não especifica pormenorizadamente todas as condutas delitivas, não se pode admitir a condenação por fraude à licitação sem ao menos saber qual licitação foi fraudada. Além de não haver documentos comprobatórios das licitações, a acusação sequer forneceu o número de quais teriam sido as licitações fraudulentas.

A condenação nesses moldes seria completamente inadmissível, pois violaria severamente a segurança jurídica, uma vez que não se pode identificar com firmeza quem são os agentes que participaram do certame e, ainda pior, poderia acarretar *bis in idem* no futuro, já que a inexistência de número de procedimento licitatório certo poderia acarretar o ajuizamento de ação penal futura com o número certo.

Assim sendo, a prova testemunhal apresentada é indício que aponta para a prática de delito de fraude, mas não preenche o requisito da comprovação da materialidade, imprescindível para a condenação.

A jurisprudência pátria é neste sentido:

PROCESSUAL E PENAL - CRIME CONTRA A LEI DE LICITAÇÃO - ARTIGO 90 DA LEI N. 8666/93 - AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE - PROVAS INDICIÁRIAS IMPRESTÁVEIS PARA O DECRETO CONDENATÓRIO - DECISÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA ATESTANDO A INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

A condenação não pode se basear exclusivamente em declarações prestadas no inquérito sem confirmação em elementos produzidos sob o crivo do contraditório.

Hipótese em que a prova testemunhal unilateral colide com conclusões de parecer técnico juntado na fase do contraditório. (TJSC, ACr n. 2006.016157-1, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Antonio Fernando do Amaral e Silva, julgado em 4.7.06).

Uma pesquisa rápida pela jurisprudência de todos os tribunais brasileiros é suficiente para confirmar que a condenação pelo crime de fraude à licitação somente é possível quando se discute um ou mais procedimentos licitatórios específicos. Todas as condenações existentes na jurisprudência brasileira só falam em materialidade com a delimitação deste objeto.

Além de tudo o que foi exposto acima, chama a atenção a situação do acusado José Benedito Dias, pois, apesar de o Ministério Público afirmar que a sua única conduta delitiva seria de receber comissão de 5% (cinco por cento) sobre o recebimento de contas de água em atraso, ele é denunciado por fraude à licitação, sem que exista nenhum indício de que tenha contato com esta prática.

Diante deste cenário, impõe-se a absolvição de todos os acusados da prática do crime de fraude à licitação, previsto no art. 90 da Lei n. 8666/93. A absolvição deve ocorrer por atipicidade da conduta – quanto à primeira espécie de fraude denunciada – e por insuficiência de provas – quanto à segunda espécie de fraude denunciada.

## 2.5. CRIME DE USURA (art. 4º, ‘a’ e § 2º, IV, ‘a’, Lei n. 1521/51):

Finalmente, o *Parquet* narra que os acusados Ana Regina Arantes, Eugênio Luiz Azambuja, Jorge Yoshishilo Kobayashi, Luceni Quintina Correia, Orange Resende e Silva e Waldimiro José Cotrim Moreira praticaram a conduta descrita no art. 4º, ‘a’ e § 2º, IV, ‘a’, Lei n. 1521/51, ou seja, aproveitando-se do exercício do cargo ou função pública, praticaram o crime de usura.

Antes de adentrar na análise do mérito, em si, é necessário destacar que o bem jurídico tutelado pelo crime de usura não é o patrimônio da vítima imediata, mas sim a economia popular. Isso se explica, pois o legislador buscava condenar a prática de exploração do capital sobre o homem, conceito advindo do Direito Natural, desde tempos bíblicos.

Essa sutil diferenciação é fundamental, já que todos os casos de condenação colhidos na jurisprudência pátria evidenciam a necessidade de violação à economia popular para a configuração do crime, não bastando apenas a violação direta ao patrimônio de uma pessoa específica.

Ocorre que, indubitavelmente, a maior dificuldade para a condenação pelo crime de usura é o fato de se tratar de norma penal em branco. Isso se explica porque o empréstimo de dinheiro a juros não seria crime, por si só. É necessário que esses juros sejam “*superiores à taxa permitida por lei*”.

É aí que reside o maior problema para a aplicação desta conduta típica no caso concreto. A doutrina guerreava para saber qual seria a taxa de juros permitida por lei. Existia parte da doutrina que defendia a aplicação da taxa SELIC e outra que defendia a aplicação do art. 161, § 1º, do CTN (em combinação com os arts. 406 e 591, do CC).

Na jurisprudência, entretanto, verifica-se que até a promulgação da Emenda Constitucional de n. 40/2003, a maioria dos julgamentos sobre o crime de usura tratava o limite da taxa de juros como sendo o já revogado art. 192, § 3º, da CF. Após sua revogação, criou-se uma celeuma ainda maior no sistema jurídico e ganhou um enorme contingente de adeptos o grupo que entende não haver limitação de juros para efeitos penais.

Explica-se: antes mesmo da revogação do § 3º do art. 192 da CF, havia grande resistência, principalmente por parte dos Tribunais Superiores, quanto à limitação de juros em 12 % (doze por cento) ao ano. Após a revogação do texto constitucional, os juristas defendem que não há limitação expressa à taxa de juros, o que acarreta cobranças de juros superiores a 10 % (dez por cento) ao mês, em algumas situações.

Essas situações, quando praticadas por instituições financeiras, são perfeitamente admitidas pelo ordenamento jurídico, ao menos no que toca ao Direito Penal. Assim sendo, penalizar a conduta daquele que exige juros acima de taxa permitida por lei (que, em verdade, nem se sabe ao certo qual seria), enquanto outros não são penalizados, acarreta grave afronta ao princípio constitucional da isonomia.

Numa profunda busca realizada na jurisprudência de todos os Tribunais Estaduais da Federação, pode-se constatar que todos os julgados que estabelecem condenação por crime de usura se fundam na limitação de juros estabelecida pelo já revogado § 3º do art. 192 da CF.

Após a revogação do referido parágrafo, pela Emenda Constitucional de n. 40/2003, constata-se que o único Tribunal Estadual que já se manifestou sobre o assunto é a Corte Gaúcha. Como já é corriqueiro, aquele Areópago se mostra como um dos mais modernos do Brasil.

Vejamos o que vem decidindo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR. USURA. DESCRIMINALIZAÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

I. A inexistência de provas quanto à efetiva prática de agiotagem, e que se traduz em estado de dúvida, leva ao juízo de absolvição.

II. Por outro lado, não consiste demasia mencionar que a prática de usura, à luz do hodierno sistema penal, e em virtude de uma série de fatores sociais, não mais pode ser qualificada como crime. Precedente. Recurso não provido. (Grifo nosso). (TJRS, ACr n. 70016874976, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. José Eugênio Tedesco, julgado em 26.10.06).

PECULATO - USURA - DESCRIMINALIZAÇÃO - CRIME CONTINUADO - MAJORAÇÃO MÁXIMA.

1. Agente que, em várias oportunidades, desvia recursos do caixa de autarquia municipal, resultando bem provadas materialidade e autoria. Crime caracterizado como peculato.

2. A modernidade, que abriu o mercado brasileiro, afastando todos os limites para a taxa de juros remuneratórios, não admite a subsistência do crime de usura, conduta descriminalizada. Há severa ofensa ao princípio da isonomia, quando o Estado autoriza certas pessoas a praticarem condutas, consideradas delituosas quando outros as praticarem, punidas com penas graves como a prisão. Há ofensa à Constituição e a todo o sistema penal. Não há mais limite para taxas de juros, após a revogação do § 3º do art. 192 da Constituição Federal e com a inexistência de limite para a taxa de juros remuneratórios, no novo Código Civil.

3. Demonstrado que treze condutas típicas foram realizadas, em continuação, impõe-se a majoração máxima. (grifo nosso) (TJRS, ACr n. 70009866658, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Gaspar Marques Batista, julgado em 4.11.04.).

Aliás, este último julgado merece transcrição na parte do voto condutor que se refere ao crime de usura, por ser de extrema lucidez e didática ímpar:

Num ponto a sentença deve ser corrigida, é quanto à usura, que penso, há muito ter

sido descriminalizada. Na apelação n. 70003254810, manifestei esse entendimento, afirmando que o crime é um fato injusto que ofende um bem tutelado penalmente. Não se compreende como um fato pode ser justo e injusto ao mesmo tempo, dependendo da qualidade da pessoa do ofensor do bem jurídico protegido. No momento em que a Constituição estabelece que todos são iguais perante a lei e o Estado autoriza os bancos a cometerem a usura, opera-se a descriminalização desta conduta, banindo-se a norma incriminadora do art. 4.º da lei n. 1.521.

Nos âmbitos civil ou administrativo, o legislador pode estabelecer diferença entre pessoas, objetivando o bem estar da coletividade. Compreende-se até que em matéria processual, seja permitida a criação de foros privilegiados e ritos que importem em maior amplidão defensiva a certas categorias. Todavia, na área penal, há severa ofensa ao princípio da isonomia, quando o Estado autoriza certas pessoas a praticarem condutas, consideradas delituosas quando outros as praticarem, punidas com penas graves como a prisão. Há ofensa à Constituição e a todo o sistema penal.

Penso que essa, pode ser considerada causa supra legal, afastando a antijuridicidade do procedimento incriminado, já que nem todas as excludentes da criminalidade estão elencadas na lei penal. A lição é de Magalhães Noronha: Nem toda a causa excludente do injusto está contida na lei. A vida prática pode apresentar casos que verdadeiramente mostram que a lei não esgota o direito. Então, excepcionalmente, há de se ir buscar em preceitos de outros ramos jurídicos, no costume e na analogia a extraordinária licitude da ação típica.

Repugna condenar a pena de prisão por cobrar 5%, quando se considera lícita a conduta do banco que cobra 8%. O crime é sempre conduta lesiva, potencialmente ou em resultado. Não se concebe que o legislador autorize a prática de lesões maiores, punindo as iguais de menor gravidade, tudo em razão da pessoa, coincidentemente em favor das que se encontram no topo da escala social. Não se diga que os bancos podem lesar, até em maior grau, porque são fiscalizados, já que essa fiscalização não evita a conduta naturalmente delituosa, pelo contrário, serve para avalizá-la.

O entendimento já manifestado no passado, agora ganha os reforços do novo Código Civil e da emenda constitucional n. 40. O tipo penal do art. 4.º da lei n.º 1521 é cobrar juros sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei. que no novo Código Civil não há mais taxa limite para cobrança de juros remuneratórios, como havia no código de 1916, ou seja, 6% ao ano. Também, com o advento da emenda constitucional n. 40, foi revogado o § 3.º do art. 192 da Constituição Federal, que estabelecia um limite de 12% ao ano, para a taxa de juros. Então, onde está a taxa permitida por lei? Eu respondo que não há mais. Intérpretes mais conservadores ainda afirmam que continua vigorando a vetusta lei da usura, decreto n. 22626 de 1933, que os bancos ficaram roucos de afirmar que havia sido inteiramente revogado e que estabelecia como limite, o dobro de 6%. Todavia, parece-me ter restado muito claro, que a revogação do § 3.º do art. 192 da Constituição Federal ocorreu, porque o limite nunca foi visto com bons olhos pelos defensores do livre mercado, já tendo consciência o Poder Constituinte, da revogação da lei da usura. Não tem outra explicação, a modificação que também se operou no Código Civil.

Os agiotas, que se aceita como imorais os protagonizadores de tais condutas, no momento, são a tábua de salvação de algumas pessoas, as quais, muitas vezes, só tem o chamado crédito rotativo dos bancos, instrumentos de alta lesividade, que já operaram a ruína de muitas famílias. Mais econômico pagar 4 para o agiota, do que pagar 8 para o banco. Certamente o legislador tem razões para manter tão altas taxas de juros, mas impor penas de prisão aos agiotas, que exigem menos, é ir além do chinelo.



Não bastando esses argumentos, ainda se recorre a outro. A denúncia só descreve um fato tipificado como usura. Teria sido praticado em desfavor de Gerda Rosinke. Depois, a instrução acabou por constatar que o apelante beneficiou outras pessoas, emprestando-lhes o dinheiro da autarquia municipal de Ijuí, sendo assim considerado na sentença. Todavia, o princípio da correlação impede que se sancione condutas não denunciadas. Como já disse o eminente Desemb. Constantino, em notável julgado, se a cobrança de juros acima da taxa permitida por lei limita-se a uma única pessoa, sem que o espectro alastre-se em direção à comunidade, o crime não se aperfeiçoa. Portanto, pelo crime de usura, estou votando no sentido de corrigir a sentença, absolvendo o apelante, com fundamento no art. 386, inc. VI do CPP.”

Observa-se que as afirmações efetuadas pela defesa de Eugênio Luiz de Azambuja e Luceni Quintina Correia, na sustentação oral da sessão em que se iniciou este julgamento, estão em perfeita consonância com a jurisprudência pátria mais moderna. Desta forma, não há como se admitir a criminalização da conduta em questão nos tempos atuais. Por se tratar de norma penal em branco, que exige complementação sobre o limite de juros aceito pelo sistema, e tendo em vista que o sistema não impõe limites de juros na seara penal, a conduta não pode mais ser considerada crime.

Não fosse isso suficiente, verifica-se que, mesmo em relação aos poucos acusados de emprestar dinheiro a juros, não ficou claro qual seria o valor desses juros. Ou seja, ainda que fosse possível a criminalização do empréstimo de dinheiro a juros abusivos, não seria possível a condenação, porque não se tem exatidão sobre qual a taxa de juros praticada.

Existem, ainda, alguns fatos que chamam a atenção nesta acusação. Como o caso da ré Ana Regina Arantes, que esclarece não existir nos autos nenhum caderno de anotações, como mencionado pelo órgão acusador, e que não há nenhuma testemunha que afirme ter tomado empréstimo dela.

O outro caso é o de Waldimiro José Cotrim Moreira que, apesar de capitulado na prática de agiotagem, é acusado, durante a narrativa do próprio *Parquet*, de haver tomado dinheiro emprestado de diversas pessoas. Impressiona que a peça ministerial nem sequer mencione alguma situação em que o acusado tenha emprestado dinheiro a terceiros e, ainda, o acuse de usura.

Portanto, impõe-se a absolvição de todos os acusados quanto ao crime de usura, por não constituir o fato infração penal, conforme art. 386, III, CPP.

### 3. DOSIMETRIA DE PENA:

Inicialmente, a denúncia foi oferecida contra quinze acusados, mas após a análise do mérito da causa, houve a condenação de apenas nove deles, por um ou mais crimes. Devido ao princípio da individualização da pena, é necessária a dosimetria de cada um deles, nos termos do art. 68 do Código Penal.

#### 3.1. ALEUTO TEIXEIRA LATA:

**Crime:** art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

**Elementos do art. 59 do Código Penal:** a) **Culpabilidade:** o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de intensidade normal para o tipo penal em questão; b) **Antecedentes:** não há comprovação de registro de antecedentes do réu; c) **Conduta social:** não existem elementos que o prejudiquem



nos autos, visto que aparenta ser pessoa inserida de forma tranquila na sociedade; **d) Personalidade**: mostrou-se favorável a ele, já que mostrou arrependimento da conduta praticada e colaborou efetivamente com a persecução penal; **e) Motivos do crime**: não o prejudicam, uma vez que o crime sequer foi praticado com o intento de lucro pessoal; **f) Circunstâncias e consequências do crime**: são normais à espécie, já que a expedição de “notas fiscais frias” era um método usado para encobrir a expropriação do patrimônio público; e **g) Comportamento da vítima**: sem elementos.

**Pena-base**: Analisadas e ponderadas tais circunstâncias, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal em **2 (dois) anos de reclusão**.

**Atenuantes e agravantes**: não existem agravantes. Há o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, ‘d’, CP), entretanto a sua incidência não se mostra viável, pois a pena já se encontra no mínimo legal.

**Causas de aumento e diminuição**: não há causa de diminuição e nem de aumento, portanto, torna-se a pena definitiva em **2 (dois) anos de reclusão**.

**Regime de cumprimento de pena**: conforme estatuído pelo art. 33, § 2º, ‘c’, do Código Penal, a pena deve ser cumprida no regime inicialmente aberto.

### 3.2. ELCIOMAR PAULO DE MENEZES:

**Crime**: art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

**Elementos do art. 59 do Código Penal**: **a) Culpabilidade**: o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de intensidade normal para o tipo penal em questão; **b) Antecedentes**: não há comprovação de registro de antecedentes do réu; **c) Conduta social**: não existem elementos que o prejudiquem nos autos, já que aparenta ser pessoa inserida de forma tranquila na sociedade; **d) Personalidade**: não se afigura desfavorável, ante a ausência de elementos para melhor aquilatação; **e) Motivos do crime**: prejudicam-no, visto que o intento de lucro foi suficiente para que o acusado ignorasse a necessidade de licitação para comércio com a Administração Pública; **f) Circunstâncias e consequências do crime**: não o prejudicam, já que o conjunto probatório demonstra que o acusado efetivamente entregou os produtos comercializados, apesar das ilegalidades cometidas; e **g) Comportamento da vítima**: sem elementos.

**Pena-base**: Analisadas e ponderadas tais circunstâncias, a pena-base deve ser fixada um pouco acima mínimo legal em **2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão**.

**Atenuantes e agravantes**: não existem agravantes. Quanto às atenuantes, apesar da mudança substancial de versão na fase judicial, as declarações do acusado em fase inquisitorial foram consideradas para efeito da condenação e, por isso, a confissão espontânea (art. 65, III, ‘d’, CP) deve incidir sobre suas penas. Deve ser atenuado 1 (um) mês na pena.

**Causas de aumento e diminuição**: não há causa de diminuição e nem de aumento, portanto, torna-se a pena definitiva em **2 (dois) anos de reclusão**.

**Regime de cumprimento de pena**: conforme estatuído pelo art. 33, § 2º, ‘c’, do Código Penal, a pena deve ser cumprida no regime inicialmente aberto.

### 3.3. IVETE VARGAS ROCHA DE SOUZA:

**Crimes:** art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67 e art. 288 do Código Penal.

**Elementos do art. 59 do Código Penal:** **a) Culpabilidade:** o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta da acusada é de intensidade elevada para o tipo penal em questão, uma vez que sua função era de vital importância para o funcionamento de todo o esquema criminoso perpetrado contra a Administração Pública Cassilandense, por meio de procedimentos licitatórios que tinham a finalidade de “formalizar” gastos indevidos; **b) Antecedentes:** não há comprovação de registro de antecedentes da ré; **c) Conduta social:** não existem elementos que a prejudiquem nos autos, visto que aparenta ser pessoa inserida de forma tranquila na sociedade; **d) Personalidade:** não se afigura desfavorável, ante a ausência de elementos para melhor aquilatação; **e) Motivos do crime:** não o prejudicam, já que parecem normais à espécie; **f) Circunstâncias e consequências do crime:** prejudicam-no, já que as irregularidades nas aquisições se tornaram rotina na Prefeitura Municipal de Cassilândia; e **g) Comportamento da vítima:** sem elementos.

**Pena-base:** Analisadas e ponderadas tais circunstâncias, as penas-base devem ser fixadas um pouco acima mínimo legal em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, para o crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, e de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, para o crime previsto no art. 288 do Código Penal.

**Atenuantes e agravantes:** não existem agravantes. Quanto às atenuantes, apesar da negativa na fase judicial, as declarações da acusada em fase inquisitorial foram consideradas para efeito da condenação e, por isso, a confissão espontânea (art. 65, III, ‘d’, CP) deve incidir sobre suas penas. Devem ser atenuados 3 (três) meses para cada pena.

**Causas de aumento e diminuição:** não há causa de diminuição e nem de aumento, portanto, tornam-se as penas definitivas em 2 (dois) anos de reclusão, para o crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, e de 1 (um) ano de reclusão, para o crime previsto no art. 288 do Código Penal.

Concurso de crimes: verifica-se que as condutas da acusada foram praticadas em **concurso material**, visto que o ato de se associar não está estritamente vinculado ao desvio e nem à apropriação de rendas públicas. Assim sendo, observando-se a norma prevista no art. 69, CP, a pena totaliza 3 (três) anos de reclusão.

**Regime de cumprimento de pena:** conforme estatuído pelo art. 33, § 2º, ‘c’, do Código Penal, a pena deve ser cumprida no regime inicialmente aberto.

### 3.4. JORGE YOSHISHILO KOBAYASHI:

**Crimes:** art. 1º, I e V, do Decreto-Lei n. 201/67 e art. 288 do Código Penal.

**Elementos do art. 59 do Código Penal:** **a) Culpabilidade:** o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de intensidade elevada para o tipo penal em questão, porque tinha a função precípua de orientar os funcionários municipais a atuarem dentro da estrita legalidade, mas elaborava expedientes com a finalidade inversa; **b) Antecedentes:** não há comprovação de registro de antecedentes do réu; **c) Conduta social:** não existem elementos que o prejudiquem nos autos, já que aparenta ser pessoa inserida de forma tranquila na sociedade; **d) Personalidade:** não se afigura desfavorável, ante a ausência de elementos para melhor aquilatação; **e) Motivos do crime:** prejudicam-no, pois, mesmo sendo funcionário da municipalidade há vários anos, colaborou firmemente para a expropriação do Erário, até mesmo com manipulação dos “vales” com a finalidade de encobrir a contabilidade deturpada efetivada naquela urbe; **f) Circunstâncias e consequências do crime:** prejudicam-no, já que o sistema de emissão de “vales” tomou proporções gigantescas na Prefeitura Municipal de Cassilândia; e **g) Comportamento da vítima:** sem elementos.

**Pena-base:** Analisadas e ponderadas tais circunstâncias as penas-base devem ser fixadas um pouco acima do mínimo legal em 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, para o crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, 3 (três) meses de detenção, para o crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, e de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, para o crime previsto no art. 288 do Código Penal.

**Atenuantes e agravantes:** não existem agravantes e nem atenuantes.

**Causas de aumento e diminuição:** não há causa de diminuição e nem de aumento, portanto, tornam-se as penas definitivas em 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, para o crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, 3 (três) meses de detenção, para o crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, e de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, para o crime previsto no art. 288 do Código Penal.

**Concurso de crimes:** a situação é bastante complexa, já que há concurso de mais de dois crimes. Entretanto, verifica-se que as condutas do acusado foram praticadas em concurso material, uma vez que o ato de se associar não está estritamente vinculado ao desvio e nem à apropriação de rendas públicas, que, por sua vez, é completamente dissociado do crime de efetuar despesas em desacordo com as normas financeiras pertinentes. Assim, observando-se a norma prevista no art. 69 do CP, a pena totaliza 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 3 (três) meses de detenção.

**Regime de cumprimento de pena:** conforme estatuído pelo art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal, a pena deve ser cumprida no regime inicialmente aberto.

### 3.5. JOSÉ DONIZETE FERREIRA FREITAS:

**Crimes:** art. 1º, I e V, do Decreto-Lei n. 201/67 e art. 288 do Código Penal.

**Elementos do art. 59 do Código Penal:** a) **Culpabilidade:** o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de intensidade elevada para o tipo penal em questão, uma vez que se aproveitava do cargo de Prefeito Municipal para vilipendiar o Erário, retirando periodicamente somas elevadas; b) **Antecedentes:** não há comprovação de registro de antecedentes do réu; c) **Conduta social:** não existem elementos que o prejudiquem nos autos, já que aparenta ser pessoa inserida de forma tranquila na sociedade; d) **Personalidade:** não se afigura desfavorável, ante a ausência de elementos para melhor aquilatação; e) **Motivos do crime:** prejudicam-no, porque demonstra ter se utilizado de cargo que lhe foi confiado pelo povo para enriquecimento próprio e direcionamento de benefícios a terceiros determinados; f) **Circunstâncias e consequências do crime:** prejudicam-no, já que o sistema de emissão de “vales” tomou proporções gigantescas na Prefeitura Municipal de Cassilândia; e g) **Comportamento da vítima:** sem elementos.

**Pena-base:** Analisadas e ponderadas tais circunstâncias, as penas-base devem ser fixadas um pouco acima mínimo legal em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, para o crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, 4 (quatro) meses de detenção, para o crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, e de 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, para o crime previsto no art. 288 do Código Penal.

**Atenuantes e agravantes:** não existem agravantes. Quanto às atenuantes, já que o acusado reconhece, ainda que tangencialmente, a prática delitiva em relação à emissão dos “vales”, a confissão espontânea (art. 65, III, 'd', CP) deve incidir sobre suas penas. Devem ser atenuados 6 (seis) meses para cada pena de reclusão e 1 (um) mês para a pena de detenção.

**Causas de aumento e diminuição:** não há causa de diminuição e nem de aumento, portanto, tornam-se as penas definitivas em 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, para o crime previsto no art. 1º, I,

do Decreto-Lei n. 201/67, **3 (três) meses de detenção**, para o crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, **e de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão**, para o crime previsto no art. 288 do Código Penal.

Concurso de crimes: a situação é bastante complexa, já que há concurso de mais de dois crimes. Entretanto, verifica-se que as condutas do acusado foram praticadas em **concurso material**, uma vez que o ato de se associar não está estritamente vinculado ao desvio e nem à apropriação de rendas públicas, que, por sua vez, é completamente dissociado do crime de efetuar despesas em desacordo com as normas financeiras pertinentes. Assim, observando-se a norma prevista no art. 69 do CP, a pena totaliza **3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 3 (três) meses de detenção**.

**Regime de cumprimento de pena:** conforme estatuído pelo art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal, a pena deve ser cumprida no **regime inicialmente aberto**.

### 3.6. LUCENI QUINTINA CORREIA:

Crimes: art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67 e art. 288 do Código Penal.

**Elementos do art. 59 do Código Penal:** **a) Culpabilidade:** o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta da acusada é de intensidade elevada para o tipo penal em questão, porque ela demonstrou estar bastante confortável em relação a sua função de emissão de “vales”, que organizavam o sistema criminoso instalado na municipalidade; **b) Antecedentes:** não há comprovação de registro de antecedentes da ré; **c) Conduta social:** não existem elementos que a prejudiquem nos autos, já que aparenta ser pessoa inserida de forma tranquila na sociedade; **d) Personalidade:** não se afigura desfavorável, ante a ausência de elementos para melhor aquilatação; **e) Motivos do crime:** não a prejudicam, visto que parecem normais à espécie; **f) Circunstâncias e consequências do crime:** prejudicam-na, já que o sistema de emissão de “vales” tomou proporções gigantescas na Prefeitura Municipal de Cassilândia; **e g) Comportamento da vítima:** sem elementos.

**Pena-base:** Analisadas e ponderadas tais circunstâncias, as penas-base devem ser fixadas um pouco acima mínimo legal em **2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, para o crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, **e de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, para o crime previsto no art. 288 do Código Penal.

**Atenuantes e agravantes:** não existem agravantes. Quanto às atenuantes, as declarações da acusada, principalmente na fase inquisitorial, foram decisivas para o deslinde da questão, por isso a confissão espontânea (art. 65, III, 'd', CP) deve incidir sobre suas penas. Devem ser atenuados 8 (oito) meses para cada pena.

**Causas de aumento e diminuição:** não há causa de diminuição e nem de aumento, portanto, tornam-se as penas definitivas em **2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão**, para o crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, **e de 1 (um) ano de reclusão**, para o crime previsto no art. 288 do Código Penal.

Concurso de crimes: verifica-se que as condutas da acusada foram praticadas em **concurso material**, visto que o ato de se associar não está estritamente vinculado ao desvio e nem à apropriação de rendas públicas. Assim sendo, observando-se a norma prevista no art. 69 do CP, a pena totaliza **3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão**.

**Regime de cumprimento de pena:** conforme estatuído pelo art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal, a pena deve ser cumprida no **regime inicialmente aberto**.

## 3.7. RONILDA RIBEIRO MACHADO:

Crime: art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

**Elementos do art. 59 do Código Penal:** **a) Culpabilidade:** o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta da acusada é de intensidade normal para o tipo penal em questão; **b) Antecedentes:** não há comprovação de registro de antecedentes da ré; **c) Conduta social:** não existem elementos que a prejudiquem nos autos, visto que aparenta ser pessoa inserida de forma tranquila na sociedade; **d) Personalidade:** não lhe são desfavoráveis, já que as provas não demonstram a tendência da ré às práticas delitivas, mostrando este evento um fato isolado; **e) Motivos do crime:** não a prejudicam, uma vez que o crime sequer foi praticado com o intento de lucro pessoal; **f) Circunstâncias e consequências do crime:** são normais à espécie, visto que a expedição de “notas fiscais frias” era um método usado para encobrir a expropriação do patrimônio público; e **g) Comportamento da vítima:** sem elementos.

**Pena-base:** Analisadas e ponderadas tais circunstâncias, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal em 2 (dois) anos de reclusão.

**Atenuantes e agravantes:** não existem agravantes. Como a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante é irrelevante.

**Causas de aumento e diminuição:** não há causa de diminuição e nem de aumento, portanto, torna-se a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão.

**Regime de cumprimento de pena:** conforme estatuído pelo art. 33, § 2º, ‘c’, do Código Penal, a pena deve ser cumprida no regime inicialmente aberto.

## 3.8. SEBASTIÃO PEREIRA DA SILVA:

Crimes: art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67 e art. 288 do Código Penal.

**Elementos do art. 59 do Código Penal:** **a) Culpabilidade:** o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de intensidade elevada para o tipo penal em questão, uma vez que, mesmo ocupando cumulativamente os cargos de Vice-Prefeito e Secretário de Administração, vilipendiava periodicamente o Erário, como complementação indevida de renda; **b) Antecedentes:** não há comprovação de registro de antecedentes do réu; **c) Conduta social:** não existem elementos que o prejudiquem nos autos, já que aparenta ser pessoa inserida de forma tranquila na sociedade; **d) Personalidade:** não se afigura desfavorável, ante a ausência de elementos para melhor aquilatação; **e) Motivos do crime:** prejudicam-no, porque demonstra ter se utilizado de cargo que lhe foi confiado pelo povo para enriquecimento próprio; **f) Circunstâncias e consequências do crime:** prejudicam-no, já que o sistema de emissão de “vales” tomou proporções gigantescas na Prefeitura Municipal de Cassilândia; e **g) Comportamento da vítima:** sem elementos.

**Pena-base:** Analisadas e ponderadas tais circunstâncias, as penas-base devem ser fixadas um pouco acima mínimo legal em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, para o crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, e de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, para o crime previsto no art. 288 do CP.

**Atenuantes e agravantes:** não existem agravantes. Quanto às atenuantes, já que o acusado reconhece, ainda que tangencialmente, a prática delitiva em relação à emissão dos “vales”, a confissão espontânea (art. 65, III, ‘d’, CP) deve incidir sobre suas penas. Devem ser atenuados 5 (cinco) meses para cada pena.



**Causas de aumento e diminuição:** não há causa de diminuição e nem de aumento, portanto, tornam-se as penas definitivas **em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão**, para o crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, **e de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão**, para o crime previsto no art. 288 do Código Penal.

**Concurso de crimes:** verifica-se que as condutas do acusado foram praticadas em **concurso material**, visto que o ato de se associar não está estritamente vinculado ao desvio e nem à apropriação de rendas públicas. Assim sendo, observando-se a norma prevista no art. 69 do CP, a pena totaliza **3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão**.

**Regime de cumprimento de pena:** conforme estatuído pelo art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal, a pena deve ser cumprida no regime inicialmente aberto.

### 3.9. WALDIMIRO JOSÉ COTRIM MOREIRA:

**Crimes:** art. 1º, I e V, do Decreto-Lei n. 201/67 e art. 288 do Código Penal.

**Elementos do art. 59 do Código Penal:** a) **Culpabilidade:** o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de intensidade elevada para o tipo penal em questão, porque se aproveitava do cargo de Secretário de Finanças Municipal para organizar várias formas de expropriação do patrimônio da Administração Pública Cassilandense; b) **Antecedentes:** não há comprovação de registro de antecedentes do réu; c) **Conduta social:** não existem elementos que o prejudiquem nos autos, já que aparenta ser pessoa inserida de forma tranquila na sociedade; d) **Personalidade:** não se afigura desfavorável, ante a ausência de elementos para melhor aquilatação; e) **Motivos do crime:** prejudicam-no, uma vez que demonstra ter se utilizado de cargo que lhe foi confiado pelo povo para enriquecimento próprio e direcionamento de benefícios a terceiros determinados; f) **Circunstâncias e consequências do crime:** prejudicam-no, já que o sistema de emissão de “vales” tomou proporções gigantescas na Prefeitura Municipal de Cassilândia; e g) **Comportamento da vítima:** sem elementos.

**Pena-base:** Analisadas e ponderadas tais circunstâncias, as penas-base devem ser fixadas um pouco acima mínimo legal em **2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão**, para o crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, **4 (quatro) meses de detenção**, para o crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, **e de 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão**, para o crime previsto no art. 288 do Código Penal.

**Atenuantes e agravantes:** não existem agravantes. Quanto às atenuantes, já que o acusado reconhece, ainda que tangencialmente, a prática delitiva em relação à emissão dos “vales”, a confissão espontânea (art. 65, III, 'd', CP) deve incidir sobre suas penas. Devem ser atenuados 6 (seis) meses para cada pena de reclusão e 1 (um) mês para a pena de detenção.

**Causas de aumento e diminuição:** não há causa de diminuição e nem de aumento, portanto, tornam-se as penas definitivas **em 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão**, para o crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, **3 (três) meses de detenção**, para o crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, **e de 1 (um) ano e 4 (quatro) de reclusão**, para o crime previsto no art. 288 do Código Penal.

**Concurso de crimes:** a situação é bastante complexa, já que há concurso de mais de dois crimes. Entretanto, verifica-se que as condutas do acusado foram praticadas em **concurso material**, uma vez que o ato de se associar não está estritamente vinculado ao desvio e nem à apropriação de rendas públicas, que, por

sua vez, é completamente dissociado do crime de efetuar despesas em desacordo com as normas financeiras pertinentes. Assim, observando-se a norma prevista no art. 69 do CP, a pena totaliza **3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 3 (três) meses de detenção**.

**Regime de cumprimento de pena:** conforme estatuído pelo art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal, a pena deve ser cumprida no regime inicialmente aberto.

#### 4. PENA ACESSÓRIA:

Verifica-se dos autos que todos os réus que foram condenados incidiram nas penas previstas no art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, que estabelece a seguinte pena acessória:

Art. 1.º [...] § 2.º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Desta forma, após o trânsito em julgado, todas as condenações devem receber o acréscimo da pena acessória de perda do cargo e a inabilitação pelo prazo de cinco anos para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, em obediência ao disposto no art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n. 201/67.

#### 5. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS:

A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos depende de requisitos (art. 44) objetivos (I e II) e subjetivos (III) estabelecidos pelo Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

[...]

§ 2.º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Como a maioria das condenações se deu em concurso de crimes, deve-se perceber que o requisito objetivo estabelecido pelo art. 44, I, CP pressupõe o cômputo final das penas, conforme ensinamento de



Fernando Capez:

Requisito da quantidade de pena na hipótese de concurso de crimes: na hipótese de concurso de crimes deve ser levada em conta o total da pena imposta, em decorrência da aplicação do critério da exasperação. [...] Na hipótese de concurso material, também será vedado o benefício se o total fixado *in concreto* exceder a 4 anos, pouco importando que cada uma das penas, isoladamente, seja inferior a esse patamar.

Dessa forma, nota-se a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para todos os réus, devido ao *quantum* de pena estabelecido pela dosimetria efetuada e ao preenchimento de todos os requisitos do art. 44 do CP, principalmente, tendo em vista a análise já efetuada do artigo 59 do CP, e a adoção do Direito Penal como *ultima ratio*.

Diante disso, as penas privativas de liberdade de Aleuto Teixeira Lata, Elciomar Paulo de Menezes, Ivete Vargas Rocha de Souza, Jorge Yoshishilo Kobayashi, José Donizete Ferreira Freitas, Luceni Quintina Correia, Ronilda Ribeiro Machado, Sebastião Pereira da Silva e Waldimiro José Cotrim Moreira devem ser convertidas em 2 (duas) restritivas de direitos, conforme estabelece o art. 44, § 2º, CP, que devem ser estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

#### 6. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (*SURSIS*):

A suspensão condicional da pena depende de requisitos do Código Penal:

Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Como as penas privativas de liberdade foram substituídas por restritivas de direitos, verifica-se que o requisito estabelecido pelo inciso III não foi preenchido, portanto, a suspensão condicional da pena é inaplicável aos acusados.

#### 7. DISPOSITIVO:

Diante do exposto, **julgo parcialmente procedente a ação penal**, nos termos:

**Aleuto Teixeira Lata: CONDENAÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, à pena definitiva de **2 (dois) anos de reclusão**, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos. **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 288 do CP, com fulcro no art. 386, VII, do CPP; e em relação ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/93, com fulcro no art. 386, III e VII, do CPP.

**Ana Regina Arantes: ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n.

201/67, com fulcro no art. 386, IV, do CPP; em relação ao crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, com fulcro no art. 386, III, do CPP; em relação ao crime previsto no art. 288 do CP, com fulcro no art. 386, IV, do CPP; em relação ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8666/93, com fulcro no art. 386, III e VII, do CPP; e em relação ao crime previsto no art. 4º, 'a' e § 2º, IV, 'a', da Lei n. 1521/51, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

**André Vidal Saeki Secato Raizer:** **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, com fulcro no art. 386, VII, do CPP; em relação ao crime previsto no art. 288 do CP, com fulcro no art. 386, VII, do CPP; e em relação ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8666/93, com fulcro no art. 386, III e VII, do CPP.

**Elciomar Paulo de Menezes:** **CONDENAÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, à pena definitiva de **2 (dois) anos de reclusão**, em regime aberto, substituída por 2 (duas) penas restritivas de direitos. **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 288 do CP, com fulcro no art. 386, VII, do CPP; e em relação ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8666/93, com fulcro no art. 386, III e VII, do CPP.

**Eugênio Luiz Azambuja:** **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 4º, 'a' e § 2º, IV, 'a', da Lei n. 1521/51, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

**Ivete Vargas Rocha de Souza:** **CONDENAÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, e em relação ao crime previsto no art. 288 do Código Penal, na forma do art. 69 do CP, totalizando as penas em **3 (três) anos de reclusão**, em regime aberto, substituídas por 2 (duas) penas restritivas de direitos. **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, com fulcro no art. 386, III, do CPP; e em relação ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8666/93, com fulcro no art. 386, III e VII, do CPP.

**Jorge Yoshishilo Kobayashi:** **CONDENAÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67; em relação ao crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67; e em relação ao crime previsto no art. 288 do Código Penal, na forma do art. 69 do CP, totalizando as penas em **3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 3 (três) meses de detenção**, em regime aberto, substituídas por 2 (duas) penas restritivas de direitos. **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8666/93, com fulcro no art. 386, III e VII, do CPP; e em relação ao crime previsto no art. 4º, 'a' e § 2º, IV, 'a', da Lei n. 1521/51, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

**José Benedito Dias:** **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, com fulcro no art. 386, VII, do CPP; em relação ao crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, com fulcro no art. 386, III, do CPP; em relação ao crime previsto no art. 288, CP, com fulcro no art. 386, V, do CPP; e em relação ao crime previsto no art. 90, da Lei n. 8666/93, com fulcro no art. 386, III e VII, ambos do CPP.

**José Donizete Ferreira Freitas:** **CONDENAÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67; em relação ao crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67; e em relação ao crime previsto no art. 288 do Código Penal, na forma do art. 69 do CP, totalizando as penas em **3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 3 (três) meses de detenção**, em regime aberto, substituídas por 2 (duas) penas restritivas de direitos. **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8666/93, com fulcro no art. 386, III e VII, do CPP.

**Luceni Quintina Correia:** **CONDENAÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67; e em relação ao crime previsto no art. 288 do Código Penal, na forma do art. 69 do CP, totalizando as penas em **3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão**, em regime aberto, substituídas por 2 (duas) penas

restritivas de direitos. **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67; e em relação ao crime previsto no art. 4º, 'a' e § 2º, IV, 'a', da Lei n. 1521/51, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

*Orange Resende e Silva:* **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, com fulcro no art. 386, VII, do CPP; em relação ao crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, com fulcro no art. 386, III, do CPP; em relação ao crime previsto no art. 288 do CP, com fulcro no art. 386, VII, do CPP; e em relação ao crime previsto no art. 4º, 'a' e § 2º, IV, 'a', da Lei n. 1521/51, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

*Roniclei Alves de Queiroz:* **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, com fulcro no art. 386, III, do CPP; em relação ao crime previsto no art. 288 do CP, com fulcro no art. 386, VII, do CPP; e em relação ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8666/93, com fulcro no art. 386, III e VII, ambos do CPP.

*Ronilda Ribeiro Machado:* **CONDENAÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, à pena definitiva de **2 (dois) anos de reclusão**, em regime aberto, substituída por 2 (duas) penas restritivas de direitos. **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67, com fulcro no art. 386, III, do CPP; e em relação ao crime previsto no art. 288 do CP, com fulcro no art. 386, V, do CPP.

*Sebastião Pereira da Silva:* **CONDENAÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67; e em relação ao crime previsto no art. 288 do Código Penal, na forma do art. 69 do CP, totalizando as penas em **3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, em regime aberto, substituídas por 2 (duas) penas restritivas de direitos. **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67.

*Waldimiro José Cotrim Moreira:* **CONDENAÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67; em relação ao crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67; e em relação ao crime previsto no art. 288 do Código Penal, na forma do art. 69 do CP, totalizando as penas em **3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 3 (três) meses de detenção**, em regime aberto, substituídas por 2 (duas) penas restritivas de direitos. **ABSOLVIÇÃO** em relação ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8666/93, com fulcro no art. 386, III e VII, do CPP; e em relação ao crime previsto no art. 4º, 'a' e § 2º, IV, 'a', da Lei n. 1521/51, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

As custas processuais devem ser divididas entre os condenados, proporcionalmente.

Após o trânsito em julgado:

- a) lancem-se os nomes dos condenados no rol dos culpados;
- b) expeça-se guia de execução de pena;
- c) comunique-se ao TRE, zona eleitoral em que os condenados são eleitores, ao Instituto de Identificação do Estado e ao Cartório Distribuidor.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Com exceção de situações mínimas, em relação até a pena, vou acompanhar *in totum* o voto do relator, apenas com uma pequena diferença: o relator apenou Waldimiro Cotrim em 3 anos e 9 meses de reclusão, e

eu apenas reduziria um mês de reclusão. Em relação ao Jorge Yoshishilo Kobayashi, reduziria para 3 anos e 6 meses. E em relação ao ex-prefeito, José Dozinete Ferreira Freitas, acompanho o relator e mantenho os 3 anos e 9 meses de reclusão.

Com relação a Aleuto, o dono de supermercado, e aos demais que o relator absolveu por falta de provas, o único reparo que faço é que o relator absolveu a Ana Regina Arantes por falta de provas, e me recordo bem que quando ela foi conduzida à delegacia não se apurou nada; então eu gostaria de mudar a capitulação do inciso do art. 386 do CP, em vez de ser o atual VII, gostaria de absolver a Ana Regina Arantes no inciso I do art. 386, pois está provada a inexistência dos fatos atribuídos a ela. Manteria a pena do José Benedito Dias, absolvido por insuficiência de provas, também do Orange Resende e Silva, do Queiroz, enfim, menos da Ana Regina Arantes porque realmente não tem nada contra ela, embora ela tenha sido envolvida e foi investigada.

Agora, quanto a Ivete Vargas Rocha de Souza, concordo plenamente com o resultado e a conclusão do voto do relator. Ronilda Ribeiro Machado, embora fosse realmente secretária do Waldimiro Cotrim, participou ativamente na busca pelas notas fiscais para a prática do primeiro crime a ela atribuído, quando o relator a absolveu do crime de formação de quadrilha o fez muito bem, não obstante ela ser cunhada de um dos acusados do supermercado.

A absolvição daqueles que o relator relacionou na formação de quadrilha ou bando, e também a absolvição do crime de usura, não tenho dúvida nenhuma em votar, com esta pequena ressalva que fiz, acompanhando o relator para julgar parcialmente procedente a acusação, nos termos do voto do relator.

Quando o relator fez a leitura de parte do depoimento do Waldimiro Cotrim, anotei que é um libelo crime acusatório o depoimento desse cidadão, tanto que ele acusa vários vereadores e isso parece que redundou até em uma ação que está tramitando na comarca de Cassilândia.

Portanto, voto acompanhando o relator com aquela pequena ressalva da diminuição de 1 (um) mês em relação a Jorge Yoshishilo e a Waldimiro Cotrim, e para mudar a capitulação da absolvição da Ana Regina Arantes para o inciso I do art. 386 do CP, prova da inexistência dos fatos atribuídos a ela atribuídos.

Em relação aos demais, acompanho integralmente o relator.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Acompanho integralmente, sem reparos, o voto do relator.

O Sr. Des. Gilberto da Silva Castro

Também acompanho o relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

O revisor capitulou a ré Ana Regina no inciso I, do art. 386, CP, mas entendo que no inciso IV é mais adequado, pois está provado que a ré não concorreu para a infração penal.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Se a capitulação da ré Ana Regina foi no inciso IV, então, acompanho integralmente o voto do relator.

E como não terminou o julgamento, e o presidente ainda não sumulou, por amor à praticidade, já que votei para retirar um mês da pena de dois dos acusados, retifico meu voto porque na realidade não irá alterar a decisão.

Acompanho integralmente o voto do relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

REJEITADAS AS ARGUIÇÕES PRELIMINARES, INCLUINDO A ARGUIÇÃO DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA, SUSCITADA ORALMENTE, PELO PROCURADOR DE JUSTIÇA, NA ABERTURA DA CONTINUAÇÃO DO JULGAMENTO. NO MÉRITO, JULGADA PROCEDENTE EM PARTE A AÇÃO PARA CONDENAR ALEUTO TEIXEIRA, ELCIOMAR MENEZES, IVETE VARGAS, JORGE KOBAYASHI, JOSÉ DONIZETE, LUCENI QUINTINA, RONILDA RIBEIRO, SEBASTIÃO PEREIRA E WALDOMIRO COTRIN E ABSOLVER OS DEMAIS ACUSADOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Gilberto da Silva Castro.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, João Batista da Costa Marques, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Gilberto da Silva Castro.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Criminal n. 2008.008781-7 - Nioaque**  
**Segunda Turma Criminal**  
**Relator Designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – ART. 302 DO CTB – MORTE OCORRIDA APÓS MESES DE INTERNAÇÃO, CAUSADA POR PNEUMONIA – SUPERVENIÊNCIA DE CAUSA RELATIVAMENTE INDEPENDENTE – ART. 13, § 1º, CP – DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL CULPOSA – ART. 303 DO CTB – AGENTE MAIOR DE 70 ANOS – ART. 115 DO CP – PRESCRIÇÃO – ART. 109, VI, C.C. ART. 110, § 1º, CP – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

Ainda que a vítima estivesse internada por causa de acidente de trânsito, sua morte, após meses da ocorrência do evento e decorrente de pneumonia, não pode ser classificada como resultado direto da conduta. Nesse caso, a infecção deve ser tratada como causa superveniente relativamente independente (art. 13, § 1º, do CP), possibilitando a punição do agente apenas pela lesão corporal.

O lapso temporal necessário para a prescrição é de 1 (um) ano, se o agente é maior de 70 (setenta) anos e a pena aplicada é menor do que 1 (um) ano. Verificando-se a ocorrência de intervalo maior do que 1 (um) ano entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória, deve ser reconhecida a extinção da punibilidade, por prescrição retroativa.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar provimento parcial ao recurso, por maioria, vencido o relator que o improvia, decisão contra o parecer.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2008.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator Designado

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Armando Coroquer interpõe Apelação Criminal, objetivando a reforma da sentença que o condenou à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, pela prática do crime disposto no art. 302, I (homicídio culposo sob a direção de veículo automotor), do Código de Trânsito Brasileiro.

Aduz que não há provas quanto à inobservância das condições de tráfego e que não foram consideradas as declarações da testemunha presencial ser a culpa pelo acidente exclusivamente da vítima.

Argumenta que o laudo técnico não pode precisar o ponto de colisão dos veículos, portanto “*não pode ser tomado como prova cabal para a condenação*”, e que as declarações de testemunhas não presenciais não são suficientes para prolação de decreto condenatório.

Afirma que as avarias produzidas nos veículos permitem concluir que fora interceptado pela vítima no momento do acidente.

Assim, requer seja decretada sua absolvição e, alternativamente, a redução do *quantum* indenizatório fixado além de sua capacidade financeira.

Contra-razões pelo improvimento da apelação (f. 159-165).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso (f. 172-177).

## VOTO (24.11.2008)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Armando Coroquer, objetivando a reforma da sentença que o condenou à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, pela prática do crime de homicídio culposo sob a direção de veículo automotor (art. 302, I, do Código de Trânsito Brasileiro).

Narra a denúncia que, aos 29 de julho de 2005, em Nioaque, o apelante conduzia seu veículo pela Rua 1º de março, sentido bairro-centro, quando na esquina com a Rua Cel. Juvêncio efetuou, de forma imprudente, uma conversão à esquerda acabando por atingir a motocicleta conduzida por Joel Martins, que trafegava em sentido contrário.

Conforme apurado, Joel ficou gravemente ferido e foi encaminhado à cidade de Campo Grande onde, durante o tratamento, foi acometido por pneumonia, vindo a falecer, sendo evidente o nexo causal entre a conduta do acusado e o óbito da vítima.

O processo seguiu regularmente e resultou na condenação do apelante que, inconformado, recorre a este Sodalício, pugnando, inicialmente, pela absolvição.

Sustenta que não há provas quanto à falta de observação das condições de tráfego.

O “*boletim de ocorrência de acidente de trânsito*” (f. 13) descreve de modo claro que o veículo conduzido pelo apelante seguia no sentido bairro-centro quando, ao fazer a conversão à esquerda, veio a colidir com a motocicleta conduzida pela vítima, que seguia no sentido centro-bairro.

Evidente que os veículos envolvidos percorriam sentidos diferentes, quando, ao tentar fazer a conversão, o carro do apelante atingiu a vítima, restando demonstrado que o recorrente não observou as condições de tráfego.

Ora, todo motorista ao pretender efetuar uma conversão – sobretudo em pista de mão dupla – deve sinalizar, reduzir a velocidade a fim de ter condições de visibilidade quanto ao movimento na via.

Certo é que tais regras não foram observadas, pois o que se infere do boletim de ocorrência é que o apelante simplesmente resolveu convergir à esquerda sem a devida cautela, acabando por atingir a vítima.



Comprovando a imperícia do apelante, verifica-se o laudo de f. 27-38, o qual, ao contrário do aduzido pela defesa, é suporte bastante à condenação.

Embora o croqui policial não tenha identificado o ponto de colisão, é certo que a perícia foi expressa ao indicar que os fragmentos vítreos encontrados no local se desprenderam do veículo Fiat, conduzido pelo recorrente, sendo possível concluir que *“a colisão ocorrerá nas proximidades de tais estilhaços de vidro, ou seja, na faixa de trânsito por onde trafegava o veículo motocicleta”* (f. 30).

Outrossim, as avarias produzidas nos veículos demonstram claramente que não houve culpa da vítima, pois os danos ocasionados na região anterior esquerda do carro do apelante e na lateral esquerda da moto evidenciam que ambos vinham em sentidos opostos, e não que o condutor da moto tentava efetuar uma ultrapassagem.

Frise-se, ainda, que o laudo descreveu a dinâmica do acidente concluindo *“como causa determinante do acidente, o não atendimento às condições de tráfego, que não lhe eram favoráveis, por parte do condutor do veículo Fiat Uno AEL-8378, ao efetuar a conversão à esquerda, indo obstar a trajetória prioritária da motocicleta Honda que se deslocava em sentido oposto e dentro de sua mão de direção, resultando na colisão nas circunstâncias retro descritas”*.

No mesmo entender técnico verifica-se a prova testemunhal.

Genilson de Melo, policial que atendeu a ocorrência, foi firme em relatar que *“ambos os veículos trafegavam pela rua 1º de março, porém em sentido contrário, moto sentido centro bairro, e carro sentido bairro centro, ocasião em que o condutor do veículo fita uno realizou conversão à esquerda, obstando a trajetória preferencial do condutor da motocicleta que trafegava em direção contrária”* (f. 48 e 123).

De igual teor é o relato de Roni Carlos Barcelos (f. 50 e 93).

Por sua vez, a testemunha Oscar Ribas Paniago, que teria presenciado o acidente, relatou que a motocicleta seguia atrás de um caminhão, na pista contrária a do recorrente, momento em que viu o veículo Uno efetuando a conversão, *“então o motociclista inclinou neste momento para esquerda tentando livrar-se do carro por trás, contudo não sabe o motivo pelo qual o motociclista inclinou novamente para a direita quando veio a colidir com o uno”* (f. 110).

Ao contrário do alegado pela defesa tais declarações não asseguram a absolvição do apelante, uma vez que apenas confirmam as demais provas colhidas, ratificando que a moto seguia pela pista contrária quando foi surpreendida pelo veículo do recorrente e, embora tenha tentado se desvencilhar, acabou atingida.

Destarte, a imprudência do apelante restou demonstrada pelo conjunto probatório robusto e incontestado, não havendo falar em absolvição.

Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado desta 2ª Turma Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO CULPOSO  
– PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – APELANTE AGIU  
COM IMPRUDÊNCIA E NEGLIGÊNCIA, CAUSANDO A MORTE DA VÍTIMA –  
SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE  
DIREITOS – MANTIDAS – FIXADAS DE ACORDO COM A DISCRICIONARIEDADE  
DO MAGISTRADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em absolvição, quando restar claro que a imprudência e negligência do  
apelante causaram a morte da vítima.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Ap n. 2008.016445-6, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 2.7.2008.

Assim, rejeito a pretensão absolutória.

Alternativamente, pugna o recorrente pela redução do *quantum* indenizatório fixado além de sua capacidade financeira.

Ao substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos o magistrado determinou prestação pecuniária, em favor dos dependentes da vítima, no valor de 20 (vinte) salários-mínimos, a serem deduzidos de eventual condenação em ação de reparação cível (f. 143).

Em que pese o inconformismo do recorrente tenho que o referido *quantum* não merece reparo, já que nada há a comprovar que o apelante não tenha condições financeiras de arcar com a penalidade imposta.

Ademais, cumpre salientar que o apelante foi assistido durante todo o processo por advogado particular e a pena impingida está bem abaixo do máximo permitido pelo art. 45, § 1º, do Código Penal – qual seja, 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos – o que demonstra que o *quantum* é razoável.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Armando Coroquer, mantendo inalterada a sentença recorrida.

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

*Data venia*, ousou divergir do ilustre relator, quanto à negativa de provimento ao recurso.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Armando Coroquer, objetivando a reforma da sentença que o condenou a pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, pela prática do crime disposto no art. 302 (homicídio culposo sob a direção de veículo automotor), parágrafo único, I, do Código de Trânsito Brasileiro.

Apesar da argumentação defensiva concentrar na existência ou não de culpa do apelante no acidente de trânsito, verifica-se que o entendimento do relator não merece retoques: de fato, a culpa do apelante no acidente em questão é patente.

A questão mais problemática do caso é referente ao nexo causal entre a conduta (acidente) e o resultado (morte). Fazendo-se necessário transcrever o que preconiza o Código Penal sobre o tema:

#### Relação de causalidade

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

#### Superveniência de causa independente

§ 1.º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Assim sendo, observa-se que a conduta do apelante foi praticada em 29 de julho de 2005, sendo que a vítima sobreviveu ao acidente, pois foi medicada e tratada; tanto que veio a falecer somente em 2.10.05, conforme certidão de óbito constante dos autos e Laudo de exame de Corpo de Delito (Exame Necroscópico) de f. 55.

Aliás, analisando-se detidamente referido exame, constata-se uma incongruência gritante: as respostas dos quesitos não condizem com a conclusão a que se chega ao término do laudo. Transcreve-se parte do laudo (f. 55 v):

#### RESPOSTA AOS QUESITOS

1. Houve morte?

SIM.

2. Qual a causa da morte?

CHOQUE SÉPTICO.

3. Qual o instrumento, agente ou meio que a produziu?

ACIDENTE DE TRÂNSITO POR AÇÃO CONTUNDENTE.

#### CONCLUSÃO

Ante ao observado e ao que acima foi exposto, podemos concluir que examinamos um corpo em estado de morte real, cuja causa mortis foi CHOQUE SÉPTICO EM DECORRÊNCIA DE PNEUMONIA ADQUIRIDA ENQUANTO ESTEVE INTERNADO NA SANTA CASA DE CAMPO GRANDE QUANDO RECUPERAVA-SE DOS FERIMENTOS CAUSADOS POR ACIDENTE DE TRÁFEGO.

Verifica-se que, ao responder os quesitos, o laudo é incisivo em dizer que a morte foi produzida pelo acidente de trânsito e sua ação contundente. Todavia, o próprio laudo chega à conclusão de que a morte foi decorrência de pneumonia adquirida na Santa Casa de Campo Grande.

Desta forma, constata-se que o apelante realmente causou lesões à vítima, no acidente de trânsito em questão, mas o resultado-morte é oriundo da pneumonia, que é causa relativamente independente, pois está absolutamente fora da esfera de vontade e consciência do agente causador do dano, conforme disposto no art. 13, § 1º, do CP.

Os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci<sup>2</sup> trazem exemplo que calha à fiveleta no caso concreto:

[...] existem causas relativamente independentes, que surgem de alguma forma ligadas às causas geradas pelo agente (por isso, são relativamente independentes), mas possuindo força suficiente para gerar o resultado por si mesmas. Exemplo tradicional da doutrina: se, por conta de um tiro, a vítima vai ao hospital e, lá estando internada, termina morrendo queimada num incêndio que toma conta do nosocômio, é preciso considerar que o fogo foi uma causa relativamente independente, que produziu o resultado morte. É causa do evento porque não fosse o tiro dado e o ofendido não estaria no hospital, embora o incêndio seja algo imprevisível. Daí por que o legislador resolveu criar uma válvula de escape ao agente, a fim de não responder por algo imponderável.

<sup>2</sup> Código penal comentado. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 147.

Efeito da causa relativamente independente: ela tem força para cortar o nexo causal, fazendo com que o agente responda somente pelo que já praticou. No exemplo supramencionado do fogo no hospital, trata-se de evento imprevisível pelo agente, de modo que, mesmo tendo produzido o motivo que levou a vítima ao nosocômio (dando-lhe um tiro), não deve responder pelo resultado mais grave, fora do seu alcance e de sua previsibilidade. O incêndio não se encontra, nas palavras de De Marsico, na 'linha evolutiva do perigo', razão por que serve para cortar o nexo. O agente do tiro responderá somente pelo já praticado antes do desastre ocorrido: tentativa de homicídio ou lesão corporal consumada, conforme a sua intenção.

Dessa forma, a morte não pode ser caracterizada como resultado direto de sua conduta do apelante, já que se originou de causa superveniente relativamente independente da conduta, na melhor subsunção ao disposto no art. 13, § 1º, do Código Penal. Entretanto, é indubitoso que a conduta do agente provocou lesão corporal, na modalidade culposa, sendo apenada com segundo o que estatui o art. 303, do Código de Trânsito Brasileiro.

Dosimetria da pena:

Tendo em vista a desclassificação da conduta do agente para o crime previsto no art. 303 (lesão corporal culposa) do CTB, é necessário refazer a sua dosimetria de pena.

1.ª fase: utilizando-se os mesmos fundamentos da sentença na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a pena-base do apelante fica fixada no patamar mínimo legal de 6 (seis) meses de detenção.

2.ª fase: não existem agravantes. Quanto às atenuantes, assim como ocorreu na sentença, deve ser reconhecida a impossibilidade de incidência da circunstância prevista no art. 65, I, do CP, pelo fato de a pena já se encontrar no mínimo *in abstracto*, conforme Súmula 231<sup>3</sup> do STJ.

3.ª fase: não há causa de diminuição. No que tange à causa de aumento do art. 303, parágrafo único, c.c. art. 302, parágrafo único, I, ambos do CTB, em seu patamar mínimo de 1/3 (um terço), utilizando-se os mesmos fundamentos da sentença para tal fixação. Tornando a pena definitiva em 8 (oito) meses de detenção.

Extinção da punibilidade:

Verifica-se a ocorrência da prescrição elencada no art. 109, VI, c.c. art. 110, § 1º, ambos do Código Penal, visto que o recebimento da denúncia ocorreu em 26.05.2006 e a sentença condenatória foi prolatada em 17.1.2008, portanto com um lapso temporal de cerca de 1 (um) ano e 7 (sete) meses entre os atos processuais.

Como o apelante já era maior de 70 (setenta) anos de idade à época da sentença, aplica-se o disposto no art. 115 do CP, e a prescrição ocorre no prazo de 1 (um) ano, porquanto a pena *in concreto* restou fixada em 8 (oito) meses de detenção.

Dessa forma, resta extinta a punibilidade do apelante pela ocorrência da prescrição prevista no art. 109, VI, c.c. art. 110, § 1º c.c. art. 115, todos do Código Penal.

Dispositivo:

Diante do exposto, contrariando o parecer, dou provimento parcial ao recurso, para desclassificar a conduta para o crime previsto no art. 303 do CTB, estabelecendo a condenação de 8 meses de detenção, e declarar a extinção da punibilidade do agente, em face da ocorrência de prescrição retroativa, com fulcro no art. 109, VI, c.c. art. 110, § 1º c.c. art. 115, todos do Código Penal.

<sup>3</sup> "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

JULGAMENTO ADIADO EM DECORRÊNCIA DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO E O REVISOR DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

### VOTO (15.12.2008)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Vogal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Armando Coroquer objetivando a reforma da sentença que o condenou à pena 2 anos e 8 meses de detenção, como incurso no art. 302, I, do Código de Trânsito Brasileiro (homicídio culposo no trânsito).

Segundo a denúncia:

[...] no dia 29 de julho de 2005, por volta da 14:30 min, na Rua 1º de março, esquina com a Rua Cel. Juvêncio, nesta cidade, o denunciado Armando Coroquer praticou homicídio culposo na direção de veículo automotor em face da vítima.

O denunciado incorreu na causa de aumento de pena prevista no parágrafo único, do art. 302, inciso I, do Código de Trânsito, vez que não possuía habilitação para dirigir veículo automotor.

Segundo restou apurado, na data dos fatos, o denunciado conduzia seu veículo automotor pela Rua 1º de março, sentido bairro, quando na altura da esquina da Rua Cel. Juvêncio efetuou, de forma imprudentemente, uma conversão à esquerda, indo ao encontro da motocicleta conduzida por Joel Martins, que trafegava no sentido contrário ao do denunciado, o que acabou por provocar uma colisão entre os dois veículos.

Em decorrência do acidente, a vítima Joel Martins ficou gravemente ferida e foi encaminhada à cidade de Campo Grande. Durante o seu tratamento no hospital, a vítima foi acometida de uma pneumonia e acabou falecendo, havendo, portanto, nexos causal entre a conduta do denunciado e o falecimento da vítima

O apelante, busca por absolvição, alegando que não há provas que demonstre culpa dele.

A meu sentir, não há nexos entre a conduta praticada pelo apelante com o resultado morte.

Inicialmente, esclareço que adoto a teoria da imputação objetiva e, de acordo com esta, apenas se pode imputar a conduta delituosa ao agente, quando haver a ocorrência de três condições concorrentes, quais sejam:

- 1ª – a criação ou aumento de um risco não-permitido;
- 2ª – a realização deste risco não permitido no resultado concreto;
- 3ª – que o resultado se encontre dentro do alcance do tipo e esfera de proteção da norma.

Sobre o assunto, Claus Roxin assevera que: *“um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto, e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo”* (Roxin, Claus. Strafrecht – Allgemeiner Teil. Alemanha, 1992).

*In casu*, verifica-se que a conduta do apelante foi praticada em 29 de julho de 2005, sendo que a vítima sobreviveu ao acidente, pois foi medicada e tratada; tanto que só veio a falecer no dia 2.10.05, conforme demonstrado no laudo de exame de corpo de delito (f. 55)

Observa-se ainda, que o laudo pericial concluiu que a *“causa mortis foi choque séptico em decorrência de pneumonia adquirida enquanto esteve internado na Santa Casa de Campo Grande quando recuperava-se dos ferimentos causados por acidente de trânsito”*.

Sendo assim, não estão presentes as condições demonstradas para a responsabilização do agente, uma vez que a conduta praticada pelo apelante, em ter causado ferimentos na vítima em decorrência de acidente de trânsito, nada tem a ver com a causa de sua morte, que ocorreu em decorrência de uma pneumonia adquirida no hospital.

Dessa forma, impõe-se a desclassificação do delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor, para o de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor.

Por tais considerações, acompanho o voto do eminente revisor, Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte, para dar provimento parcial ao recurso, desclassificando a conduta para o crime previsto no art. 303 do CTB, bem como para declarar extinta a punibilidade do agente, em face da prescrição punitiva na modalidade retroativa.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR QUE O IMPROVIA, DECISÃO CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Criminal em outros processos n. 2008.029116-2**  
**Nova Andradina - Segunda Turma Criminal**  
**Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL EM OUTROS PROCESSOS – JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL – PRETENSÃO DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA PARA REVISÃO CRIMINAL – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO DA PROVA PELO PODER JUDICIÁRIO – ART. 866, CPC. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA CONDENAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

A ação de justificação criminal pode ser utilizada para a produção de provas que se busca para a propositura de futura Revisão Criminal.

Com fundamento no art. 3º do CPP, aplica-se o procedimento para a ação de justificação previsto no CPC (arts. 861 a 866).

Há vedação legal expressa de manifestação judicial sobre o mérito da prova no processo de justificação (art. 866, parágrafo único, CPC). A análise do mérito desta prova só poderá ser feita quando da propositura de eventual revisão criminal.

A competência para o processamento da ação de justificação é do Juízo de 1ª instância que proferiu a condenação. Sendo a competência matéria de ordem pública, cabe ao Tribunal de Justiça remeter o processo para o juízo competente.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, prover o recurso, unânime e com o parecer.

Campo Grande, 24 de novembro de 2008.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Edson Aparecido de Oliveira interpõe apelação criminal contra a decisão judicial que indeferiu seu pedido de justificação criminal (f. 35).

O apelante, em apertada síntese, em suas Razões Recursais (f. 49-56), sustenta que a justificação criminal deve ser admitida, uma vez que pretende utilizá-la como prova de futura revisão criminal a ser proposta. Alega que pretende reduzir a termo as declarações da suposta vítima do crime pelo qual foi condenado, porque suas



afirmações não se coadunariam com a realidade e só teria prestado depoimento na fase extrajudicial do processo. Alega, finalmente, que a análise de mérito da prova não compete ao juiz que deve conduzir a justificação, mas sim ao órgão competente para julgamento da Revisão Criminal, quando esta prova for utilizada.

Ministério Público, em suas Contra-razões Recursais (f. 59-60), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 65-69), opina pelo provimento do recurso.

## VOTO

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

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Edson Aparecido de Oliveira contra a decisão judicial que indeferiu seu pedido de justificação criminal.

### Quanto à admissibilidade:

Inicialmente, pela análise dos autos, nota-se que o apelante já ingressou com outra justificação criminal (sob o n. 001.07.011164-3), a qual foi indeferida pelo juízo da Auditoria Militar, que afirmou ser a ação de justificação irrecorrível, com fundamento no art. 865 CPC. Posteriormente, impugnando aquela decisão, ingressou com mandado de segurança (sob o n. 2007.014740-2), que foi indeferido liminarmente, por entender que a decisão era recorrível, com fundamento no art. 733 do RITJMS.

Novamente, o apelante ingressou com pedido de justificação criminal e houve indeferimento (f. 35), agora sob o fundamento de que a medida prevista para o caso seria a Revisão Criminal, perante o Tribunal competente, e de que não caberia ao juízo de 1ª instância a colheita de provas sobre processos já decididos. Dessa vez, há interposição de recurso de apelação e os autos são encaminhados a esta Corte.

Essas notas introdutórias são importantes, para a compreensão do entendimento desta relatoria. Já que o processo de justificação não é previsto de forma pormenorizada no CPP, a jurisprudência pátria admite, de forma bastante tranqüila, a utilização do regramento previsto no CPC, em face da autorização expressa do art. 3º do CPP:

Art. 3.º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Desta forma, verifica-se que o CPC prevê de forma expressa a irrecorribilidade do processo de justificação:

Art. 865. No processo de justificação não se admite defesa nem recurso.

Entretanto, conforme exposto alhures, este órgão julgador já manifestou, anteriormente, entendimento de que a decisão judicial em questão seria recorrível por meio de apelação, com fulcro no RITJMS:

Art. 733. No processo penal, além das hipóteses previstas no art. 593 do Código de Processo Penal e de outros casos, cabe apelação da decisão que:

[...]

IV - indefere pedido de justificação;

Dessa forma, em que pese o entendimento desta relatoria de que Resolução do TJMS (RITJMS) jamais poderia ter criado hipótese de cabimento recursal em confronto com lei processual federal que disciplina a matéria, o recurso deve ser admitido, sob pena de violação da garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário.

#### Quanto ao mérito:

O apelante sustenta que a justificação criminal deve ser admitida, uma vez que pretende utilizá-la como prova de futura revisão criminal a ser proposta. Alega que pretende reduzir a termo as declarações da suposta vítima do crime pelo qual foi condenado, porque suas afirmações não se coadunariam com a realidade e só teria prestado depoimento na fase extrajudicial do processo. Alega, finalmente, que a análise de mérito da prova não compete ao juiz que deve conduzir a justificação, mas sim ao órgão competente para julgamento da Revisão Criminal, quando esta prova for utilizada.

No caso concreto, verifica-se que o requerente foi processado e condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 303 (peculato) e 305 (concussão), havendo trânsito em julgado desta decisão.

Posteriormente, ingressou com ação de justificação, em que pleiteia a oitiva da suposta vítima do crime pelo qual foi condenado, por entender que ela teria mentido em fase inquisitorial e não foi ouvida em juízo. Para tanto, afirma que pretende propor Revisão Criminal utilizando-se desta prova, uma vez que esta ação exige a prova pré-constituída.

O caso demonstra que o requerente buscou o procedimento correto para o fim que almeja. Neste sentido, não é possível que o Poder Judiciário se manifeste sobre o mérito da questão no processo de justificação. Esta matéria deve ser reservada para eventual Revisão Criminal. É o que preceitua o CPC:

Art. 866. A justificação será afinal julgada por sentença e os autos serão entregues ao requerente independentemente de traslado, decorridas 48 (quarenta e oito) horas da decisão.

Parágrafo único. O juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais. (Grifo nosso).

Aliás, este entendimento da 1ª instância já fez que esta Corte admitisse Revisão Criminal mesmo sem a prova produzida em audiência, com respeito ao contraditório:

Se o autor da revisão criminal demonstra que intentou com processo de justificação e houve indeferimento liminar indevido, não há que se obstar a admissão da revisional por ausência de documento novo. (TJMS, RCr n. 2007.031294-4, Seção Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, Rel. Designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 2.6.08. DJMS 16.6.08).

Assim sendo, verifica-se que as declarações da vítima, não ouvida em juízo na ação penal condenatória, podem ser de grande utilidade para a propositura de eventual Revisão Criminal e não cabe ao Poder Judiciário se manifestar antecipadamente sobre o mérito, em procedimento no qual há vedação expressa de manifestação meritória.

Diversas vezes, este Areópago já se manifestou no sentido da admissão de prova oriunda de processo de justificação criminal para embasar pedido de Revisão Criminal:

A prova nova que fundamenta a absolvição na revisão criminal é aquela estreme de dúvida, inconteste, que conduz unicamente à inocência do condenado. Se tal prova foi produzida, impõe-se o deferimento da revisão. (TJMS, RCr n. 2005.016850-3, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, Seção Criminal, julgado em 5.2.07 DJMS 5.3.07).

Mesmo não havendo previsão de justificação judicial na esfera criminal, sua realização é possível com supedâneo nas disposições do Código de Processo Civil. (TJMS, ACr n. 2006.012407-8, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Gilberto da Silva Castro, julgado em 5.9.06, DJMS 20.9.06).

Se a justificação judicial traz prova nova, inconteste, que conduz unicamente à inocência do condenado, deve-se desconstituir a condenação e absolver o requerente. (TJMS, RCr n. 2006.009564-3, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, Seção Criminal, julgado em 21.8.06, DJMS 14.9.06).

Este entendimento é possível, inclusive, interpretando-se *contrario sensu*:

Declaração da vítima que não foi produzida em sede de justificação judicial, e, desta forma, sem o crivo do contraditório, não possui valor probatório capaz de desconstituir a condenação. (TJMS, RCr n. 2007.012108-2, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes, Seção Criminal, julgado em 3.9.07, DJMS 18.9.07).

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o assunto:

Se as provas, a serem produzidas na Justificação Criminal, se destinam a instruir pedido de Revisão da condenação do paciente a pena privativa de liberdade (art. 625, § 1º, do Código de Processo Penal) e, se apesar disso, é denegada, o “*Habeas Corpus*” pode viabilizar sua realização, afastando, em tal circunstância, o risco de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do condenado (art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal). (STF, HC n. 76664/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, julgado em 10.3.98, DJ 11.9.98).

Finalizando, é importante transcrever julgamento bastante didático do Superior Tribunal de Justiça, sobre a aplicação da justificação criminal para a produção de provas a serem utilizadas em Revisão Criminal:

CRIMINAL. RHC. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PEDIDO DE JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL INDEFERIDO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. ARGUMENTO INCONSISTENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO INOCORRENTE. VALOR DA PROVA QUE DEVE SER AFERIDO PELO JUÍZO COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DO PEDIDO REVISIONAL. PRETENSÃO DE CONSTITUIR PROVA PARA FUTURA PROPOSTA DE REVISÃO CRIMINAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ORDEM CONCEDIDA.

Hipótese em que o paciente requereu a realização de justificação criminal, a qual foi indeferida por falta de previsão legal, e, em sede da impetração originária, por falta de fundamentação do pedido. O art. 3º do Código de Processo Penal admite a aplicação subsidiária e analógica do Código de Processo Civil, onde a justificação é regulada pelo art. 861 a art. 866, além do art. 423 daquele diploma processual penal prever a possibilidade de realização de justificações, em sede de processo de competência do Tribunal do Júri.

Deve ser admitida a justificação criminal para fins de constituir material probatório para instruir ação de revisão criminal, tendo em vista que a prova utilizada para tal fim deve ser pré-constituída. A manifesta intenção do paciente em propor ação revisional - que exige a existência de prova pré-constituída - com o fim de se ver absolvido com base na tese de que não se encontra no local do crime, constitui fundamento suficiente ao deferimento de realização de audiência de justificação.

Compete ao órgão jurisdicional, quando do julgamento da revisão criminal, dar às provas colhidas o valor que lhes for admissível. Estando demonstrado o cerceamento ao direito de ampla defesa do paciente, resta patente a ilegalidade da decisão que indeferiu a justificação, bem como do acórdão que a manteve, sendo necessária a desconstituição do julgado para determinar a realização da requerida justificação criminal.

VII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (STJ, RHC n.16850/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 7.12.04, DJ 28.2.05).

Desta forma, fica claro que o órgão julgador de 1ª instância deve processar a ação de justificação intentada pelo apelante, sem adentrar no mérito da prova a ser produzida. Entretanto, neste momento, é necessário fixar a competência para julgamento.

Contata-se que o apelante foi condenado perante o Juízo da Auditoria Militar Estadual e a presente ação de Justificação foi intentada perante o Juízo da Comarca de Nova Andradina. A jurisprudência é pacífica no sentido de que o juízo competente para o processamento de ação de Justificação é o da condenação:

REVISÃO CRIMINAL – JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL – COMPETÊNCIA – JUÍZO DE 1ª INSTÂNCIA – PRELIMINAR ACOINHADA.

A Justificação Judicial deve ser processada no Juízo de 1ª instância, onde houve a condenação, mas não no Tribunal de Justiça, ainda que tenha a finalidade de instruir eventual revisão criminal. (TJMS, RCr n. 2002.011114-7, Seção Criminal, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 7.4.03, DJMS 22.4.03).

Assim, por se tratar de matéria de ordem pública, cabe a esta Corte determinar o processamento da ação de justificação perante o órgão jurisdicional competente: a Auditoria Militar Estadual.

Diante do exposto, acompanhando o parecer, dou provimento ao recurso, para que seja deferido o processamento da ação de justificação, perante o Juízo da Auditoria Militar.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

RECURSO PROVIDO, UNÂNIME E COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 24 de novembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Criminal n. 2009.001904-4 - Água Clara**  
**Primeira Turma Criminal**  
**Relator Des. João Carlos Brandes Garcia**

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – AFIRMADA NA SENTENÇA A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06 – DESIGUALDADE DE TRATAMENTO AOS PRIMÁRIOS E DE BONS ANTECEDENTES – APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA – PRETENSÃO DO REDUTOR MÁXIMO INVIÁVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 não é inconstitucional por desigualdade de tratamento, porque as circunstâncias nele indicadas são utilizadas em diversas passagens do Código Penal e de leis esparsas, não havendo contrariedade com o dispositivo constitucional que agrava a situação do crime de tráfico entre outros.

Se o acusado não possui antecedentes criminais tampouco integra organização criminosa, deve-se aplicar o benefício do § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, em fração de um terço da pena.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, rechaçar a preliminar, por unanimidade. No mérito, deram parcial provimento ao recurso, em parte com o parecer, unânime.

Campo Grande, 17 de março de 2009.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Kelson Queiroz Silva, por infração do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, foi condenado ao cumprimento de 6 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 600 dias-multa, à razão diária de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos (f. 414-37).

Inconformado, recorre (f. 445 v.).

Objetiva a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11343/06, que seja aplicada em 2/3 (f. 481-6).

O órgão ministerial, em contrarrazões, rebateu os argumentos defensivos e pugnou pela manutenção do decidido (f. 487-97).

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça fora pelo improvimento do recurso (f. 530-5).

**VOTO**

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Consta da denúncia que, no dia 15 de janeiro de 2008, por volta das 23h30min, na rodovia BR-262, Km 140, nas proximidades do Posto da Polícia Rodoviária Federal, em Água Clara – MS, Kelson Queiroz Silva, ora recorrente, agindo com identidade de propósitos com terceira pessoa não identificada e com os denunciados Tiago Rodrigues Costa e Valdirene Maia Gimenes, transportava 84,135Kg de substância entorpecente conhecida como “maconha”, a qual estava acondicionada em 78 tabletes em forma de tijolos, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Diante das provas incriminadoras produzidas em desfavor do acusado Kelson, ele foi condenado por tráfico de drogas e os denunciados Tiago e Valdirene foram absolvidos.

O recurso que visa à aplicação da causa de diminuição, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11343/06, merece ser parcialmente provido.

Pois bem, perfilho o entendimento de que o artigo 33, § 4º, da Lei n. 11343/08, não é inconstitucional.

Assim, julgo que a magistrada de instância singela não agiu com o costumeiro acerto, ao declarar, via controle difuso, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11343/06, sob o argumento de que este dispositivo trata de maneira desigual, beneficiando os “mulas”, em detrimento de outros que se encontrem na mesma situação, de primariedade e de bons antecedentes.

O fato de a lei estabelecer como parâmetro a primariedade e bons antecedentes para permitir a redução da pena não se constitui em tratamento desigual, que possa ferir o preceito constitucional de igualdade de tratamento.

A lei, por diversas vezes, tem-se utilizado dessas circunstâncias para beneficiar réus que se encontrem nesta situação e nem por isso foi taxada de inconstitucional ou de que desigualdade isonômica, como ocorre quando privilegia o crime ocorrido por relevante valor moral ou social ou após a injusta provocação da vítima, o que faz em diversas passagens do Código, ou ainda, no crime de furto privilegiado, quando sendo primário o criminoso; na Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (9807/1999, art. 13), dentre outras previstas nos artigos 170; 171, § 1º; 180, § 5º, do Código Penal.

Além desse aspecto, veja-se que a lei ao permitir a redução da pena, além dos fins sociais a que se propôs, no caso, exige, além dos requisitos da primariedade e bons antecedentes, outros, ou seja, de que não integre organização criminosa e não faça do crime meio de vida.

Como a lei tratou com mais severidade o traficante, aumentando a pena mínima de 3 para 5 anos, permitiu ao agente que estivesse pela primeira vez cometendo o crime tivesse a oportunidade de repensar sua condição, possibilitando-lhe a não voltar a delinquir, bem como que, como elo mais fraco da corrente, não tivesse seu sofrimento prolongado numa cela de cadeia, que pouco ou nada lhe acrescentaria.

Então, a se considerar que este dispositivo fere a igualdade isonômica de tratamento, também haverão de se considerar inconstitucionais os demais dispositivos citados.

Sustenta, ainda, a magistrada, que o referido § 4º da Lei n. 11343/06 vai na contramão do que preceitua o dispositivo constitucional que previu a hediondez do crime de tráfico de drogas, (art. 5º, XLIII, da CF) contrariando-se entre si.

Ora, se assim fosse, este dispositivo constitucional seria inconstitucional, porque traz tratamento desigual a criminosos praticantes de certos crimes, não o fazendo em relação aos demais, o que haveria desigualdade, e ao que se sabe, não há inconstitucionalidade do dispositivo ou da lei que o tratou com mais severidade, a Lei n. 8072/90.

Afirmada, pois, a constitucionalidade do dispositivo legal, na hipótese, é de se admitir a sua aplicação, porquanto o réu preenche os requisitos exigidos, não, porém, nos moldes pretendidos pela defesa, isto é, no patamar máximo de 2/3, mas em 1/6 da pena que lhe foi impingida.

O texto do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11343/06 dispõe que as penas descritas em seu *caput* bem como em seu §1º, “*poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços*”, desde que o acusado seja primário, de bons antecedentes e não se dedique às atividades delitivas nem sequer integre organização criminosa.

Em análise aos documentos encartados aos autos, vê-se que o recorrente é primário, não registra antecedentes criminais, e não se dedica à atividade ilícita nem integra organização criminosa. Contudo, a quantidade de maconha que ele transportava, bem como outras circunstâncias judiciais desfavoráveis cotejadas na sentença impedem a aplicação do favor legal em seu grau máximo.

Extrai-se da doutrina pátria que:

Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem [...]. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, *caput* ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente, vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se de pena mais branda. (NUCCI, Guilherme de Souza **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas** ; Ed. RT – pág. 782).

O professor Luis Flávio Gomes, in “Nova Lei de Drogas Comentada”, deixa assente que o benefício estatuído no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11343/06 é um direito subjetivo do réu e adverte: “[...] *a simples leitura do parágrafo pode induzir o intérprete a imaginar que o benefício está na órbita discricionária do juiz. Contudo, nos parece que, preenchidos os requisitos, o juiz não só pode, como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada) limitada ao quantum*” (Editora RT - pág. 165).

Pois bem, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, ou seja, em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão. A reprimenda básica sofreu uma redução pela incidência da circunstância atenuante da confissão, totalizando a pena intermediária de 6 (seis) anos de reclusão e o pagamento de 600 dias-multa.

E diante do reconhecimento do benefício, aplico a causa especial de diminuição de pena no percentual de 1/3 (um terço) para, em consequência, abrandar a reprimenda corporal em 2 (dois) anos de reclusão e 200 dias-multa, de que resulta a pena definitiva de 4 anos de reclusão e o pagamento de 400 dias-multa.

Fica mantida, no mais, a sentença condenatória.

Diante do exposto, contrário em parte ao parecer, dou provimento parcial ao recurso, somente para aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11343/2006.



## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

RECHAÇADA A PRELIMINAR, POR UNANIMIDADE. NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, EM PARTE COM O PARECER, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, João Batista da Costa Marques e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 17 de março de 2009.

\*\*\*

**Apelação Criminal n. 2009.003666-2 – Bataguçu**  
**Primeira Turma Criminal**  
**Relator Des. João Carlos Brandes Garcia**

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ALTERAÇÃO LEGISLATIVA – REDAÇÃO DADA AO ARTIGO 306 DO CTB – OCORRÊNCIA DA CHAMADA *NOVATIO LEGIS In MELLIUS* – AUSÊNCIA DA MATERIALIDADE – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIO DECRETADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.

Com a alteração legislativa ocorrida pela Lei n. 11705/2008, houve profunda mudança no tipo penal estatuído no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Exigi-se para a configuração do crime, a partir de então, o específico exame de alcoolemia.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, improver o recurso, unânime, contra o parecer.

Campo Grande, 17 de março de 2009.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual contra sentença que absolveu sumariamente Rogério Hilário Brandini, da imputação da prática do crime tipificado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Aduz o órgão ministerial que a embriaguez que caracteriza o delito de “dirigir embriagado” pode ser aferida por exame clínico, ou seja, perícia realizada no agente, bem como por depoimentos testemunhais. Sustenta que a ausência do teste de alcoolemia não induz à inexistência de prova com relação à materialidade (f. 114-120).

O apelado, em contrarrazões, pediu a manutenção da sentença absolutória (f. 131-132).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (f. 137-143).

**VOTO**

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Rogério Hilário Brandini foi denunciado como incurso nas penas do art. 303 (lesão corporal culposa) em concurso material com o art. 306 (conduzir veículo automotor sob a influência de álcool), ambos da Lei n. 9503/97, porque, na data de 4 de março de 2007, por volta das 18h, sob influência do álcool conduzia o veículo Parati, placas CJV 1611/Bataguassu pela Avenida XV de Novembro, centro, na cidade de Bataguassu, em velocidade incompatível com a segurança do local e, sem atentar às condições do trânsito, veio a colidir com a motocicleta Honda Twister, placa DFC 4210/SP, provocando lesões corporais nos seus ocupantes, descritas nos laudos médicos de f. 27-28 dos autos.

O magistrado singular absolveu sumariamente o apelado por considerar sua conduta atípica diante da nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, introduzida pela Lei n. 11705/08, que passou a exigir estar o agente conduzindo veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

O Ministério Público, inconformado com a sentença absolutória, recorre e argumenta ser o teste de alcoolemia prescindível para a condenação, quando há nos autos outras provas demonstrando o estado de embriaguez do agente, tais como exame clínico e testemunhais.

Passa-se à análise do recurso.

É sabido que a embriaguez ao volante é uma das principais causas dos acidentes de trânsito do país, decorrendo daí o interesse do legislador em endurecer as penalidades ao condutor que, nessas condições, aventura-se irresponsavelmente pelas vias terrestres, colocando sua vida e de outros transeuntes em potencial perigo.

Não obstante essa realidade, não se pode, a propósito de “corrigir” as imperfeições legislativas, forçar a aplicação de uma determinada lei, em detrimento dos princípios constitucionais.

Nesse passo, verifica-se que a sentença deve ser mantida, ante a ausência de provas para sustentar a materialidade do delito disposto no art. 306 da Lei n. 9503/97 (CTB).

Inicialmente, vale registrar que o tipo penal ora em apreço foi alterado com a publicação da recente Lei n. 11705/2008, a qual acabou por assim estabelecer a nova redação do art. 306 do CTB:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Nesse ínterim, vale consignar igualmente a antiga redação:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

Não é difícil perceber que a edição da nova lei que alterou o tipo penal em exame acabou por trazer, de um lado, uma agravamento da conduta, pois de agora em diante passou a norma a considerar crime tão somente o fato de dirigir embriagado com a concentração lá estipulada, deixando para trás a elementar de expor a dano potencial a incolumidade de outrem; contudo, vale registrar que, por outro lado, passou a incluir no tipo um exame específico, sem o qual fica descaracterizada a conduta.

Percebe-se, assim, que, muito embora seja a nova norma aparentemente mais prejudicial aos agentes quanto às elementares, mostra-se mais benéfica quando exige para a configuração do delito um exame específico.

No mais, imperativa a obediência aos artigos 2º, parágrafo único, do Código Penal, e 5º, inciso XL, da Constituição Federal, vejamos:

Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

E:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Por conseguinte, com a alteração legislativa ocorrida pela Lei n. 11705/2008, vê-se que houve profunda mudança no tipo penal estatuído no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, exigindo-se para a configuração do crime, a partir de então, o específico exame de alcoolemia, o qual, como se vê, não consta dos autos.

Nesse sentido o recente precedente jurisprudencial:

APELAÇÃO CRIMINAL - CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB EFEITO DE ÁLCOOL (CTB, ART. 306) - ALTERAÇÕES DA LEI N. 11.705/2008 - VALOR TAXATIVO PARA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME - NOVATIO LEGIS *In MELLIIUS* - RETROAÇÃO IMPOSTA (CF, ART. 5º, XL E CP, ART. 2º, PAR. ÚN.) - IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA EMBRIAGUEZ POR PROVA DIVERSA DA PRECONIZADA NO TIPO PENAL - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. I - Com o advento da Lei n. 11705/2008, o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro passou a dispor acerca da comprovação de no mínimo 0,6g (zero vírgula seis gramas) de álcool por litro de sangue para se atestar a embriaguez do condutor de veículo automotor. **Nesse diapasão, pressupõe-se que o novo diploma legal constitui-se norma mais benéfica, ao passo que, na antiga redação do preceptivo legal em comento, não constavam dados objetivos para a aferição do estado etílico ao volante, bastando, para tanto, que o motorista apresentasse qualquer quantidade de álcool no sangue. Não restam dúvidas, destarte, que a lei superveniente se reputa como *novatio legis in mellius* neste ponto, razão pela qual deve retroagir para favorecer aqueles que se submeteram ao exame de alcoolemia e apresentaram concentração alcóolica menor a agora necessária para configuração do crime ou, ainda, aos que não fizeram o teste, mas contra os quais foram imputados a infração em destaque, na vigência da norma pretérita (CF, art. 5º, XL e CP, art. 2º, par. ún.).** II - O novel diploma legal em estudo também procedeu alterações no pertinente ao método de

aferição do grau de embriaguez do condutor, acabando por estabelecer que tal procedimento passará a se limitar à utilização do bafômetro ou exame de sangue, inviabilizando-se qualquer outro meio lícito de comprovação. Tal entendimento fundamenta-se na tese de que, primeiro, por fixar um valor certo de concentração alcoólica no sangue para fins de apuração da infração em tela, tem-se que tal resultado somente poderá ser obtido por intermédio dos aludidos meios, uma vez que apenas esses é que podem precisar o valor da presença da substância; segundo, porque o art. 227, §2º, do CTB, que previa a possibilidade de variação nos meios de provas, também passou por alterações, a fim de que as declarações dos agentes de trânsito e outros elementos comprobatórios somente se prestem à apuração da responsabilidade administrativa prevista no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro (multa e suspensão da habilitação), não se lhes admitindo como fundamento para a condenação pela conduta descrita no art. 306 do CTB. (TJSC, ACr n. 2008.050511-9 - Segunda Câmara Criminal, Relª. Desª. Salete Silva Sommariva, DJ 19.1.09).

Por fim, infelizmente, resta concordar com o magistrado sentenciante quando afirmou que, ao contrário de o legislador fazer mais rígida a norma, acabou por tornar inviável a sua aplicação.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo a sentença absolutória.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

RECURSO IMPROVIDO, UNÂNIME, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, João Batista da Costa Marques e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 17 de março de 2009.

\*\*\*

**Apelação Criminal n. 2008.025743-8 - Chapadão do Sul**  
**Primeira Turma Criminal**  
**Relator Des. João Batista da Costa Marques**

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL – INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 243, ECA – FORNECIMENTO E ENTREGA DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONCEDIDA DESCLASSIFICAÇÃO – CONDUTA DESCRITA NO ART. 63, I, DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – CONVERSÃO POR PENA DE MULTA.

A interpretação sistemática da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) leva ao entendimento de que a conduta descrita no artigo 243 não engloba o fornecimento de bebidas alcoólicas, uma vez que o artigo 81 da mesma lei faz distinção entre estas (inciso II) e *“produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida”* (inciso III). A conduta de *“servir bebidas alcoólicas a menor de dezoito anos”* encontra-se tipificada no artigo 63, I, do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime, em parte com o parecer.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

O apelante João Valdir Alves foi condenado, pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, pelo delito previsto no artigo 243 da Lei n. 8.069/90, a 2 (dois) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, em regime aberto. Tal pena foi substituída por duas restritivas de direitos.

Segundo consta nos autos, nos dias 28 e 29 de janeiro de 2006, entre as 23 horas e 5 horas, no interior do estabelecimento comercial denominado “Vibe Club”, localizado na Rua “Vinte e Três” n. 267, defronte à praça “23 de outubro”, nesta cidade e comarca, o denunciado vendeu e forneceu, gratuitamente, a criança ou adolescente, sem justa causa, produto cujos componentes causam dependência física ou psíquica.

Conforme se apurou, o denunciado é proprietário de uma casa noturna, cuja atividade comercial consiste na exploração de shows musicais. Ocorre que, na data dos fatos desobedeceu a ordem legal de funcionário público, ou seja, deixou de observar as exigências constantes no respectivo alvará judicial fixado por este juízo

para regulamentar o ingresso e permanência de menores de 18 anos nos eventos ali organizados. No caso, especificamente, possibilitou o ingresso de menores de 16 anos, quando era vedado, e consentiu o ingresso de menores de 18 anos e maiores de 16 anos sem autorização escrita dos pais ou responsáveis, além de não ter fixado o documento judicial em tela nos locais determinados.

Ademais, apurou-se que entre as 23 horas e zero hora da data retromencionada, no interior do estabelecimento comercial de propriedade do denunciado, este forneceu gratuitamente bebidas alcoólicas a menores de 18 anos, e, também, durante o evento, forneceu onerosamente bebidas alcoólicas a adolescentes. Dentre os menores que consumiram bebidas alcoólicas cita-se: Rodolfo Aparecido Pereira, Matheus Leite Guerreiro, Mateus Maran, Sérgio dos Santos K. Júnior e Renan Krug.

O apelante, inconformado com a sentença de f. 143-152, pugna por sua absolvição, sob o argumento de que não há nos autos prova suficiente da autoria. Alternativamente, a desclassificação da conduta para o art. 63, I, da Lei das Contravenções Penais.

Prequestiona o art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, invocando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Estadual, em ambas as instâncias, é pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

O apelante João Valdir Alves foi condenado, pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, pelo delito previsto no artigo 243 da Lei n. 8069/90, a 2 (dois) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, em regime aberto. Tal pena foi substituída por duas restritivas de direitos.

Segundo consta nos autos, nos dias 28 e 29 de janeiro de 2006, entre as 23 horas e 5 horas, no interior do estabelecimento comercial denominado “Vibe Club”, localizado na Rua “Vinte e Três”, 267, defronte à praça “23 de outubro”, nesta cidade e comarca, o denunciado vendeu e forneceu, gratuitamente, a criança ou adolescente, sem justa causa, produto cujos componentes causam dependência física ou psíquica.

Conforme se apurou, o denunciado é proprietário de uma casa noturna, cuja atividade comercial consiste na exploração de shows musicais. Ocorre que, na data dos fatos, desobedeceu a ordem legal de funcionário público, ou seja, deixou de observar as exigências constantes no respectivo alvará judicial fixado por este juízo para regulamentar o ingresso e permanência de menores de 18 anos nos eventos ali organizados. No caso, especificamente, possibilitou o ingresso de menores de 16 anos, quando era vedado, e consentiu o ingresso de menores de 18 anos e maiores de 16 anos sem autorização escrita dos pais ou responsáveis, além de não ter fixado o documento judicial em tela nos locais determinados.

Ademais, apurou-se que entre as 23 horas e zero hora da data retromencionada, no interior do estabelecimento comercial de propriedade do denunciado, este forneceu gratuitamente bebidas alcoólicas a menores de 18 anos, e, também, durante o evento, forneceu onerosamente bebidas alcoólicas a adolescentes. Dentre os menores que consumiram bebidas alcoólicas cita-se: Rodolfo Aparecido Pereira, Matheus Leite Guerreiro, Mateus Maran, Sérgio dos Santos K. Júnior e Renan Krug.

O apelante, inconformado com a sentença de f. 143-152, pugna por sua absolvição, sob o argumento de que não há nos autos prova suficiente da autoria. Alternativamente, a desclassificação da conduta para o art. 63, I, da Lei das Contravenções Penais.



Prequestiona o art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, invocando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Estadual, em ambas as instâncias, é pelo improvimento do recurso.

Tenho que o recurso deve ser improvido.

Tanto a materialidade quanto à autoria delitiva restou incontestada nos autos, através dos depoimentos colhidos.

O conjunto probatório é farto e seguro a ensejar um decreto condenatório.

Nesse sentido, foi o depoimento do acusado às f. 52-53:

[...] Que das 23:00 à 00:00 horas foi fornecida gratuitamente aperitivo tipo caipirinha, com vodka aos frequentadores da boate [...] Que confirma que havia menores em desacordo com o alvará no estabelecimento que estão arrolados no processo [...] Que afirma que o controle de entrega de bebida no bar se dava pelo conhecimento que os funcionários tem de quem é maior ou menor [...].

As declarações do adolescente Sérgio dos Santos prestadas na polícia foram ratificadas, integralmente, em juízo à f. 101.

[...] Que confirma seu depoimento prestado na Promotoria de Justiça. Reafirma que entrou sem autorização e que comprou cerveja no caixa da boate e bebeu vodka gratuita que estava sendo distribuída pela boate. Ninguém perguntou sua idade, ou pediu sua identidade. Havia outros menores na boate ingerindo bebida alcoólica. [...].

No mesmo sentido foram às declarações do adolescente Mateus Leite Guerreiro, prestadas perante a autoridade policial à f. 20, muito embora tenha mudado sua versão em juízo, o que não altera a dinâmica dos fatos, uma vez que ambos confirmaram terem visto menores bebendo refrigerante com vodka.

Referido Instituto (Lei n. 8069/90 - ECA) foi criado com o intento de proteger a criança e o adolescente, devendo ser, indiscutivelmente, punido aquele que o infringe.

Em suma, a venda de bebidas alcoólicas a menores de dezoito anos de idade constitui grave ofensa às normas de proteção à criança e ao adolescente e, em consequência, ofende os interesses difusos próprios da infância e da adolescência.

No entanto, filio-me ao entendimento de que a conduta praticada pelo apelante não se subsume ao artigo 243 do ECA, devido a uma interpretação sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente. De fato, o operador do direito deve utilizar-se da interpretação sistemática da norma para entender corretamente o seu alcance.

O artigo 81, que está inserido no capítulo sobre a Prevenção Especial do ECA, prevê:

Art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de:

I - armas, munições e explosivos;

II - bebidas alcoólicas;

III - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida;

IV - fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida;

V - revistas e publicações a que alude o art. 78;

VI - bilhetes lotéricos e equivalentes.

Pelo disposto nos incisos acima relacionados, vê-se que há uma distinção clara entre “*bebidas alcoólicas*” e “*produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida*”, visto que a disposição separadamente visava a distinguir as duas coisas. Já o capítulo que prevê os crimes que podem ser praticados contra a criança e o adolescente, seguindo a sistemática do ECA, prevê os seguintes crimes:

Art. 242. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos.

Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Art. 244. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente fogos de estampido ou de artifício, exceto aqueles que, pelo seu reduzido potencial, sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida:

Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa.

Dentre os tipos estabelecidos pelo legislador especial, nota-se claramente que houve intencional exclusão da venda ou fornecimento de bebidas alcoólicas do rol de crimes estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Está claro que o artigo 243 refere-se ao inciso III do artigo 81, não se confundindo de maneira alguma com o conteúdo do inciso II.

A expressão utilizada pelo artigo 81, III – e tipificada pelo artigo 243 – em muito se aproxima da expressão utilizada pela Lei n. 6368/76 (Antiga Lei de Tóxicos) por se tratar de produto ou substância que cause dependência física ou psíquica.

A atitude do apelante de fornecer bebida alcoólica a menores de idade certamente é reprovável, tanto moralmente como legalmente, todavia não há puni-lo pelo disposto no artigo 243, em estrita observância ao *princípio da legalidade*, ou seja, não se pode punir a conduta do apelante pelo crime previsto neste artigo se o produto fornecido ao menor era bebida alcoólica, que, pelos motivos já expostos, não se encaixa no artigo.

Certo é que o fornecimento de bebida alcoólica a menor de idade é conduta tipificada, mas não pelo ECA e sim pela vetusta Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3688/41):

Art. 63. Servir bebidas alcoólicas:

I – a menor de dezoito anos;

[...]

Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

A Lei de Contravenções Penais, apesar de muitas vezes esquecida pelos operadores do direito, continua em vigência e deve ser observada. Neste sentido, nota-se que, apesar de o ECA não apontar a conduta praticada como crime, ela continua tipificada, mas como contravenção penal, conforme estabelece o já citado artigo 63, I, *in verbis*:

CONTRAVENÇÃO PENAL – Bebidas alcoólicas – Acusado que serve cerveja a duas menores, suas parentes, durante um baile – Absolvição pelo erro de direito – Inadmissibilidade – Apelação provida – Prescrição da pena, contudo, decretada – Inteligência dos arts. 63, I, e 8.º da Lei das Contravenções Penais. Embora o art. 63, I, da Lei das Contravenções Penais esteja divorciado do contexto social em que vivemos, é certo, entretanto, que continua em vigor. E para o reconhecimento da contravenção nele prevista basta a voluntariedade do ato. (TACRIMSP, ACr n. 169.899, Piracicaba, Rel. Juiz Camargo Aranha, Segunda Câmara, julgado em 22.11.77).

Importante destacar que a punição para este caso encontra-se severamente divorciada da realidade – já se encontrava assim na década de 70, como visto acima – diante do contexto social hodierno, entretanto deve ser respeitado e punido. Assim sendo, o legislador do ECA deixou de incluir o fornecimento de bebidas alcoólicas entre os crimes ali tipificados, porque já existia lei acerca da matéria.

Aliás, este entendimento foi brilhantemente exposto pela Corte Gaúcha:

FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR. CONTRAVENÇÃO. Não há como enquadrar a bebida alcoólica como substância capaz de causar dependência física ou psíquica, para fins de preenchimento do tipo penal previsto no art. 243 do ECA, se esse próprio Estatuto, no art. 81, em incisos distintos, cuida separadamente de bebidas alcoólicas e de substâncias que causem dependência física. Hipótese, assim, de desclassificação para a contravenção penal do art. 63, I, da LCP. Apelo defensivo parcialmente provido e apelo ministerial prejudicado. (TJRS, ACr n. 70014906275, Sétima Câmara Criminal, Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, julgado em 23.11.06, DJ 4.12.06).

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou em acórdão paradigmático:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. OFENSA AO ART. 243 C/C ART. 81 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ART. 243 DO ECA. EXCLUSÃO DE BEBIDAS ALCÓOLICAS. Não esbarra no óbice da Súmula 07/STJ a pretensão recursal que visa o reconhecimento de que o art. 243 do ECA proíbe, de forma genérica, a venda de bebidas alcoólicas a crianças e adolescentes. A exegese do aludido dispositivo revela que, ao estabelecer as condutas delituosas em espécie, o legislador excluiu, deliberadamente, a venda de bebidas alcoólicas. Recurso conhecido, mas desprovido. (STJ, REsp 331794/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 25.2.03, DJ 24.3.03).

Aliás, já houve decisão neste sentido por este Sodalício:

APELAÇÃO CRIMINAL – MÃE QUE FORNECE BEBIDA ALCOÓLICA A FILHO – CONDENAÇÃO PELO ART. 243 DO ECA – IMPOSSIBILIDADE – CONDUTA DESCRITA NO ART. 63, I, DA LCP – RECURSO IMPROVIDO – DESCLASSIFICAÇÃO *Ex officio* – CONVERSÃO POR PENALTA DE MULTA. A interpretação sistemática da Lei n. 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) leva ao entendimento de que a conduta descrita no artigo 243 não engloba o fornecimento de bebidas alcoólicas, uma vez que o artigo 81 da mesma lei faz distinção entre estas (inciso II) e “produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida” (inciso III). A conduta de “servir bebidas alcoólicas a menor de dezoito anos” encontra-se tipificada no artigo 63, I, do Decreto-Lei n.º 3688/41 (Lei de Contravenções Penais). (TJMS, ACr n. 2006.021695-5, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 28.2.07, DJ 16.3.07).

Portanto, o apelante deve ser condenado pelo delito previsto no artigo 63, I, do Decreto-Lei n. 3688/41, passando assim a dosar a pena, utilizando as normas de fixação de pena descritas no Código Penal, com base no permissivo estabelecido no artigo 1º da LCP.

Dosimetria da pena:

Assim sendo, analisados os elementos contidos nos autos e confrontando-os com os enumerados no artigo 59 do CP, nota-se que as circunstâncias são amplamente favoráveis ao réu, motivo pelo qual a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, prisão simples de 2 (dois) meses.

Inexistindo circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como causa de aumento ou diminuição de pena, torna-se definitiva a pena estabelecida em 2 (dois) meses de prisão simples.

O regime de cumprimento da pena é o aberto (art. 33, § 2º, ‘c,’ do CP, c/c art. 6º da LCP).

O réu preenche os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 44 do CP e, portanto, faz jus ao benefício da conversão de sua pena, segundo os moldes do artigo 44, § 2º, do CP. A substituição da pena privativa de liberdade – inferior a 1 (um) ano – por uma pena de multa, afigura-se a melhor solução.

Para o cálculo da pena de multa, observado o disposto no artigo 49 do CP e em atenção à situação econômica do réu (artigo 60 do CP), aquela deve ser fixada em 50 dias-multa, sendo o valor do dia-multa estabelecido como um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época do fato. O cumprimento da reprimenda deve se dar nos moldes do artigo 50 do CP.

Diante do exposto, contrariando o parecer, dou provimento parcial, para determinar a desclassificação da conduta do réu como incurso nas sanções do artigo 63, I, do Decreto-Lei n. 3.688/41, sujeitando-se à pena de dois meses de prisão simples, regime aberto, substituída por pena de multa de 50 dias-multas à razão de um trigésimo por dia-multa.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME, EM PARTE COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e Gilberto da Silva Castro.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Criminal n. 2008.034280-9 - Cassilândia**  
**Primeira Turma Criminal**  
**Relator Des. João Batista da Costa Marques**

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ALEGAÇÃO DE FALTA DE PERÍCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA – IMPOSSIBILIDADE – COMPROVAÇÃO POR PROVAS TESTEMUNHAIS – CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS PELOS FIRMES E COERENTES DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS – PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM FULCRO NO ART. 44, INCISOS I, II E III DO CP – IMPROVIMENTO – PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES – RECURSO IMPROVIDO.

Não se faz prescindível o laudo que atesta a dosagem alcoólica do agente se a embriaguez restou comprovada pelos depoimentos testemunhais.

Não há falar em absolvição do crime de corrupção ativa, quando bem demonstradas pelo conjunto probatório dos autos, a autoria e a materialidade do crime.

De acordo com o disposto no art. 44, inciso III, do CP, não há a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pois o apelante possui maus-antecedentes.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso, unânime, em parte com o parecer.

Campo Grande, 20 de janeiro de 2009.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

O apelante, Antônio Lima de Jesus, foi condenado pela Juíza substituta da 1ª Vara de Cassilândia (f-82-91), como incurso nos delitos dispostos nos artigos 306 do CTB e 333 do CP. Pela primeira infração foi-lhe imputada a pena de 7 (sete) meses de detenção e 15 (quinze) dias-multa e pelo delito de Corrupção Ativa foi-lhe infligida a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, a ser cumprida no regime semi-aberto.

Segundo consta nos autos, no dia 1º de outubro de 2006, por volta das 10 horas, na Rua Sebastião Leal, esquina com a Avenida Juraci Lucas, Centro, na comarca de Cassilândia-MS, o apelante estava conduzindo

veículo automotor, em via pública, sob influência de álcool, expondo a dano a incolumidade das pessoas que estavam no local. O recorrente dirigia embriagado o seu veículo Corcel II, placa JYQ 7755, e colidiu com o veículo VW/Gol de propriedade de Geraldo Pereira de Menezes. Ocorre que Antônio Lima de Jesus estava com os documentos do veículo vencidos e ofereceu a quantia de R\$ 50,00 ao Policial Militar Marson da Silva Paula, a fim de que fosse liberado.

Inconformado com a sentença (f. 82-91) proferida, requer, em suas razões recursais (f. 100-106), a reforma da sentença, com o fim especial de ser absolvido por ambos os delitos a que foi condenado, por acreditar que não restou devidamente comprovadas nos autos a autoria e materialidade das infrações, nos termos do art.386, incisos II, IV e VI do CPP. Requer, subsidiariamente, que as penas privativas de liberdade sejam substituídas por restritivas de direitos nos moldes do art.44, incisos I, II e III, do CP, bem como prequestiona a condenação do apelante e a não substituição da pena.

O Ministério Público Estadual, em suas contra-razões de apelação (f. 107-116), propugna pelo improvimento do presente recurso, pois acredita que a materialidade e a autoria de ambos os delitos estão devidamente demonstradas nos autos.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou em seu parecer (f. 121-127) pelo provimento parcial do recurso, a fim de que seja o apelante absolvido pelo crime de embriaguez ao volante, por entender que o exame de alcoolemia é imprescindível para a comprovação do delito. Com relação ao crime de corrupção ativa, entende que a sentença não merece reforma.

## VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

O apelante, Antônio Lima de Jesus, foi condenado pela juíza substituta da 1ª Vara de Cassilândia (f- 82-91), como incurso nos delitos dispostos nos artigos 306 do CTB e 333 do CP. Pela primeira infração foi-lhe imputada a pena de 7 (sete) meses de detenção e 15 (quinze) dias-multa e pelo delito de Corrupção Ativa foi-lhe infligida a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, a ser cumprida no regime semi-aberto.

Segundo consta nos autos, no dia 1º de outubro de 2006, por volta das 10h, na Rua Sebastião Leal, esquina com a Avenida Juraci Lucas, Centro, na comarca de Cassilândia-MS, o apelante estava conduzindo veículo automotor, em via pública, sob influência de álcool, expondo a dano a incolumidade das pessoas que estavam no local. O recorrente dirigia embriagado o seu veículo Corcel II, placa JYQ 7755, e colidiu com o veículo VW/Gol de propriedade de Geraldo Pereira de Menezes. Ocorre que Antônio Lima de Jesus estava com os documentos do veículo vencidos e ofereceu a quantia de R\$ 50,00 ao Policial Militar Marson da Silva Paula, a fim de que fosse liberado.

Inconformado com a sentença (f. 82-91) proferida, requer, em suas razões recursais (f. 100-106), a reforma da sentença com o fim especial de ser absolvido por ambos os delitos a que foi condenado, por acreditar que não restou devidamente comprovadas nos autos a autoria e materialidade das infrações, nos termos do Art. 386, incisos II, IV e VI do CPP. Requer subsidiariamente que as penas privativas de liberdade sejam substituídas por restritivas de direitos nos moldes do Art. 44, incisos I, II e III, do CP, bem como prequestiona a condenação do apelante e a não substituição da pena.

O Ministério Público Estadual, em suas contra-razões de apelação (f. 107-116), propugna pelo improvimento do presente recurso, pois acredita que a materialidade e a autoria de ambos os delitos estão devidamente demonstradas nos autos.



A Procuradoria-Geral de Justiça opinou, em seu parecer (f. 121-127), pelo provimento parcial do recurso, a fim de que seja o apelante absolvido pelo crime de embriaguez ao volante por entender que o exame de alcoolemia é imprescindível para a comprovação do delito. Com relação ao crime de corrupção ativa, entende que a sentença não merece reforma.

Passo à análise do recurso.

O apelante interpôs recurso, pois restou inconformado com a sentença proferida pela juíza substituta da 1ª Vara de Cassilândia-MS que o condenou pelo delito de conduzir veículo automotor sob influência de álcool a pena de 7 meses de detenção e 15 dias-multa e pelo crime de corrupção ativa a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão e 15 dias-multa, a ser cumprida em regime inicialmente aberto. Alega a defesa que, no que tange ao primeiro delito, o recorrente deve ser absolvido, pois não existem provas robustas para a condenação já que não foi realizado o exame de alcoolemia. Com relação ao segundo crime, requer também a absolvição, pois entende que não existem provas suficientes nos autos. Requer, ainda, caso não seja a absolvição o entendimento desta Corte, a substituição das penas restritivas de direitos pelas restritivas de direitos, nos moldes do Art.44, incisos I, II e III do CPP.

O apelante prequestiona a sentença (f. 82-91) por afirmar que não estão comprovadas a autoria e materialidade delitivas, amparado pelo art. 386, incisos II, IV e VI o CPP, bem como a não substituição da pena restritiva de direito conforme o art.44, incisos I, II e III do CP, alegando que o apelante preencheu todos os requisitos necessários para tanto.

Em análise detida dos autos, conheço do recurso e vislumbro que não assiste razão ao apelante, já que estão mais do que comprovadas nos autos a autoria e materialidade de ambos os delitos a que fora condenado.

Com relação ao primeiro crime este restou tipificado, pois para a caracterização do delito de embriaguez ao volante, devem concorrer quatro requisitos: a) conduzir veículo automotor; b) que o agente esteja sob a influência do álcool ou substância de efeitos análogos; c) que o veículo esteja sendo conduzido na via pública e d) que o agente, na condução de veículo automotor, em via pública, exponha a dano potencial a incolumidade de outrem.

*In casu*, o que se tem nos autos é a prova testemunhal, e de sua análise conclui-se que estão presentes os quatro requisitos caracterizadores do tipo penal.

O acusado em seu interrogatório administrativo admitiu que estava alcoolizado (f. 15) senão vejamos:

[...] Que nesta data, por volta das 09h30min, ingeriu aproximadamente 08 (oito) garrafas de bebida alcoólica cerveja, junto com uma amigo; Que então procurou encaminhar-se para sua residência, inclusive conduzindo seu veículo Ford Corcel II, de cor branca, Que tem o conhecimento de ser proibido a direção sob efeito de álcool; Que então na Rua Sebastião Leal, no cruzamento da AV. Juracy Lucas, inclusive estando atrás de um veículo Gol de cor branca, pensou que tal veículo fosse atravessar a Av. Juracy Lucas porém tal veículo freou repentinamente; Que inclusive tal veículo parou no meio da Av. Juracy Lucas, Que por tal fato o interrogando não conseguiu frear o veículo, vindo a colidi-lo contra a traseira do veículo Gol; [...] Que o condutor do veículo Gol acionou a Polícia Militar, que compareceu ao local dos fatos; Que esclarece o declarante que os documentos do veículo Ford Corcel II que conduzia encontravam-se vencidos; Que não se recorda de haver oferecido a importância de R\$ 50,00 (cinquenta reais) no sentido de que estes o liberassem da apreensão; Que o interrogando fora submetido a teste de alcoolemia (bafômetro), o qual resultou positivo para embriaguez [...].

E ainda ratificou em juízo o seu estado de embriaguez (f.49):

[...] Que no dia dos fatos tinha bebido mais de dez garrafas Que estava bebendo na casa de um amigo, Lorandir, quando sua esposa ligou dizendo que estava passando mal. Que então resolveu sair mais acabou por bater em um veículo Gol. Os documentos do veículo estavam vencidos. Que estava embriagado. Que não se recorda de ter oferecido dinheiro aos policiais no dia dos fatos, que recorda-se que estava embriagado[...].

O depoimento prestado pelo policial militar Marson da Silva Paula (f. 9) também não deixa dúvidas quanto à autoria e à materialidade do delito em questão:

[...] Que o autor estava em visível estado de embriaguez apresentando fala inebriada, exalando forte odor alcoólico, gesticulando e andando de forma desordenada, Que então o declarante realizou o teste de alcoolemia no autor, o qual resultou positivo para embriaguez, que então proferiu voz de prisão ao autor, apreendeu o veículo[...].

E em juízo declarou (f. 66): [...] Que foi atender um acidente de trânsito e o acusado estava envolvido, que quando abordou o acusado solicitou os documentos, verificou que o acusado estava visivelmente embriagado [...].

O termo de declarações prestado pela vítima da colisão Geraldo Pereira de Menezes (f. 25) também deixa claro o estado de embriaguez do acusado:

[...] Que então sentiu o choque do veículo do autor batendo na porta traseira do veículo do declarante;[...] Que então o declarante desceu de seu veículo e, conversando com o autor o declarante constatou que o autor estava em visível estado de embriaguez, pois apresentava olhos avermelhados, fala inebriada, movimentos lentos e dificuldade em manter-se equilibrado[...].

Em juízo confirmou a versão (f. 67): “[...] Sabe informar com certeza que o acusado estava embriagado[...].”

Nos autos verifico ainda a presença de um Auto de constatação de embriaguez (f. 14) onde os dois policiais responsáveis pelo atendimento ao acidente de trânsito ocorrido, confirmam que o acusado estava em visível estado de embriaguez, pois apresentava olhos avermelhados, fala inebriada, fala e gestos desgovernados e que realizaram teste de alcoolemia no autor, resultando positivo para embriaguez.

Alega a defesa que não existem provas aptas para comprovar o estado de embriaguez do apelante, pois não foi feita uma perícia alcoólica, e que o que houve foi somente um teste de alcoolemia (bafômetro) resultando positivo pra embriaguez.

Compulsando os autos, encontro elementos mais do que suficientes para comprovar que a conduta do apelante amoldou-se ao tipo penal.

Dispõe o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro: “*Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem*”.

A ausência de exame de alcoolemia, não obsta a condenação do apelante, mormente, quando há provas testemunhais de que dirigia o veículo automotor de forma anormal, vindo a colidir com outro veículo, expondo a dano efetivo a incolumidade pública e alheia.

É cediço que, para a configuração do delito acima transcrito – por se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido –, basta o fato de o agente dirigir seu veículo sob influência de álcool, não havendo necessidade

de comprovação de perícia alcoólica como alega o recorrente, uma vez que o seu estado de embriaguez era visível e que o objeto jurídico protegido pela Lei de Trânsito - segurança coletiva- estava em risco devido a conduta ilícita do recorrente.

Nesse sentido, tem-se posicionado a jurisprudência:

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - ART. 306 DA LEI N. 9.503/97 - SIMPLES DIREÇÃO DE VEÍCULO EM VIA PÚBLICA EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ - CONFIGURAÇÃO - OCORRÊNCIA: - INTELIGÊNCIA: ART. 298, I DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, ART. 298, III DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.”Para a configuração do delito previsto no art. 306 da Lei n. 9503/97, basta a comprovação de estar o agente dirigindo veículo automotor em via pública em estado de embriaguez e que desta conduta decorra exposição a dano potencial a incolumidade pública, prescindindo-se de perigo concreto (Apelação n. 1.271.451/3, Décima Quarta Câmara, Rel. França Carvalho, julgado em 6.11.01, RJTACRIM 57/57).

E ainda:

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - ART. 306 DA LEI N. 9.503/97 - SIMPLES DIREÇÃO DE VEÍCULO EM VIA PÚBLICA EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ - CONFIGURAÇÃO - OCORRÊNCIA: - INTELIGÊNCIA: ART. 298, I DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, ART. 298, III DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.”Para a configuração do delito previsto no art. 306 da Lei n. 9503/97, basta a comprovação de estar o agente dirigindo veículo automotor em via pública em estado de embriaguez e que desta conduta decorra exposição a dano potencial a incolumidade pública, prescindindo-se de perigo concreto (Apelação n. 1.271.451/3, Décima Quarta Câmara, Rel. França Carvalho, julgado em 6.11.01, RJTACRIM 57/57).

Está caracterizada a conduta descrita no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro se comprovada a influência de álcool ou substância de efeitos análogos no condutor, não sendo necessária a determinação do ‘quantum’ desta substância no sangue. O estado de embriaguez é circunstância que, por si só, expõe a dano potencial a saúde de outrem. Dirigir veículo na via pública, sem habilitação e sem observar as normas de trânsito, colocando em risco a segurança alheia, configura o crime descrito no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (TAMG, Criminal, ACr n. 0345294-0, Rel. Maria Celeste Porto, julgado em 26.3.02 Unânime).

Nesse sentido, vejamos ainda voto recente de minha relatoria:

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – DIRIGIR ALCOOLIZADO – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – VEÍCULO AUTOMOTOR – APLICAÇÃO DO ART. 306 C.C. 298, I E V, DA LEI 9503/97 – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – ALEGADA AUSÊNCIA DO EXAME PERICIAL DE ALCOOLEMIA – COMPROVAÇÃO POR PROVAS TESTEMUNHAIS – PENA-BASE MANTIDA – PRESENTES AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP – RECURSO IMPROVIDO. A ausência de exame de alcoolemia não obsta a condenação do apelante, mormente, quando há provas testemunhais de que dirigia o veículo automotor de forma anormal, realizando manobra sem a devida cautela, vindo a colidir na varanda de uma residência, expondo a dano efetivo a incolumidade pública e alheia. Os critérios estabelecidos pelo art. 59 do CP foram obedecidos, portanto correta a sentença aplicada. Usando o juiz *a quo* das prerrogativas que lhes foram conferidas, arbitrou para a reprimenda o quantum que julgou suficiente para promover a reprovação e prevenção do crime. (Apelação Criminal- Processo detenção e multa, n. 2008.014486-3, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Batista da Costa Marques, Julgado em 8.7.08).

E ainda:

E M E N T A –APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – AUSÊNCIA DE LAUDO PARA COMPROVAR A DOSAGEM ALCOÓLICA – COMPROVAÇÃO POR MEIOS DAS PROVAS TESTEMUNHAIS – POSSIBILIDADE – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 34 LEI N. 3.688/41 – CONTRAVENÇÃO ABSORVIDA PELO DELITO MAIS GRAVE – RECURSO IMPROVIDO. Não se faz prescindível o laudo que atesta a dosagem alcoólica do agente se a embriaguez restou comprovada pelos depoimentos testemunhais. A contravenção do art. 34 do Decreto-Lei n. 3.688/41 deve ficar absorvida pelo delito mais grave, qual seja, a de conduzir veículo automotor sob a influência de substância alcoólica, delito previsto no art. 306 da Lei 9.503/97. (Apelação Criminal - Detenção e Multa, n. 2005.018759-6/0000-00 - Três Lagoas, Rel. Des. José Augusto de Souza.).

No entanto, não há que se falar em absolvição, quando existem nos autos provas que comprovem de forma coerente, coesa e harmônica a materialidade do delito e sua autoria por parte do agente.

Com relação ao segundo crime cometido pelo apelante, qual seja, Corrupção ativa, também vislumbro que não lhe assiste razão a absolvição.

O recorrente, no interrogatório judicial (f. 49), não negou o fato que lhe é imputado, tendo afirmado apenas não se recordar de ter oferecido dinheiro aos policiais no dia do ocorrido, em contrapartida os policiais afirmam em seus depoimentos de que foi-lhes oferecida tal propina.

Vejamos o depoimento do policial militar Marson da Silva Paula (f. 66): “[...] *Quando abordou o acusado, solicitou os documentos, verificou que o acusado estava visivelmente embriagado, estava com o documento do veículo vencido,[...] que o acusado lhe ofereceu R\$ 50,00 a título de propina[...]*”.

Ademais, é sabido que o apelante possuía grande quantidade de dinheiro em espécie e diversos cheques no momento da abordagem policial (f. 10-13), o que possibilita a prática da conduta delituosa.

Nesse sentido, vejamos voto de minha relatoria:

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – CORRUPÇÃO ATIVA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PROVAS SEGURAS – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS FIRMES E COERENTES – PROVA SUFICIENTE – CRIME FORMAL – CONSUMAÇÃO COM OFERECIMENTO DA VANTAGEM INDEVIDA – NÃO HÁ FALAR EM TENTATIVA – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – NÃO-OCORRÊNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Se os depoimentos dos policiais são firmes e coerentes no sentido de oferta de vantagem indevida, com a finalidade de omitir a prática de ofício, a condenação pelo crime de corrupção ativa é medida que se impõe. Como a corrupção ativa é um crime formal, o mero oferecimento de quantia em dinheiro ou de bovinos aos policiais é meio de consumação do crime, ainda que a oferta não seja aceita. Não há falar neste caso em tentativa, pois o crime já se consumou com o oferecimento da vantagem indevida. Não deve ser aplicado o princípio da consunção, pois o crime de corrupção ativa praticado pelo apelante não foi um meio para a prática do crime de furto. Foram fatos distintos e a corrupção ativa foi consumada. Recurso improvido. (Apelação Criminal- reclusão- Processo n. 2008.008530-1, Primeira Turma Criminal, julgado em 17.6.08).

E ainda:

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E CORRUPÇÃO ATIVA – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E APTO A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO EM AMBOS OS CRIMES – PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL DESFAVORÁVEIS – PRETENDIDA A APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – IMPOSSIBILIDADE – A CONFISSÃO FOI PARCIAL NA TENTATIVA DE EXIMIR-SE DA CONDENAÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA – RECURSO NÃO PROVIDO- Não há falar em absolvição quando bem demonstradas, através do conjunto probatório dos autos, a autoria e materialidade dos crimes. Não há como fixar a pena-base no mínimo legal quando existem circunstâncias do artigo 59 do Código Penal desfavoráveis devidamente analisadas pelo magistrado. Não há como aplicar a atenuante da confissão espontânea para favorecer agente que não confessou amplamente a prática do crime, na tentativa de ser beneficiado com pena mais branda. (Apelação Criminal – Reclusão - n. 2007.035182-9, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Batista da Costa Marques, julgado em 26.2.08).

Diante de todo o conjunto probatório apresentado nos autos, resta devidamente comprovada a prática do delito de corrupção ativa, devendo ser negado o pedido de absolvição.

No que tange ao pedido subsidiário pleiteado pela defesa, que postula a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sob o argumento de que o apelante não é reincidente e que apesar dos maus antecedentes o mesmo faz jus à benesse, entendo que o argumento não merece prosperar.

De acordo com o disposto no Art. 44, inciso III, do CP, não há a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pois o apelante possui maus- antecedentes assim como comprovam as fls. 39 dos autos.

O inciso III, do Art. 44 do CP, dispõe o seguinte: *“III- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”*.

Bem fundamentou a magistrada em sua sentença, quando prolatou o seguinte:

[...] Substituição da Pena: Deixa-se de promover a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, porquanto o acusado possui péssimos antecedentes criminais, e o Art. 44, inciso III, do CP não a autoriza.

Assim, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso em questão.

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de a matéria se confundir com o mérito e ter sido amplamente debatida.

Diante de todo o exposto, em parte com o parecer, conheço porém nego provimento ao recurso interposto, mantendo incólume a sentença recorrida em todos os seus termos e fundamentos.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, EM PARTE COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e Gilberto da Silva Castro.

Campo Grande, 20 de janeiro de 2009.

\*\*\*

**Agravo Criminal n. 2008.035361-3 - Cassilândia**  
**Primeira Turma Criminal**  
**Relator Des. João Batista da Costa Marques**

E M E N T A – AGRAVO CRIMINAL – PRETENDIDA PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMI-ABERTO APÓS CUMPRIMENTO DE 1/6 NO REGIME ANTERIOR – POSSIBILIDADE – CRIME COMETIDO ANTERIORMENTE À ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 11.464/07 – APLICAÇÃO DO ART. 112 DA LEP – LEI MAIS BENÉFICA AO AGRAVANTE – RECURSO PROVIDO.

A Lei n. 11464/2007 foi publicada dia 29.3.07. Entrou em vigor nessa mesma data. Cuidando-se de norma processual penal com reflexos penais, em sua parte prejudicial (*novatio legis in pejus*) só vale para delitos ocorridos dessa data em diante.

O caso retratado nos autos ocorreu no ano de 1997 e 1999, portanto, antes da alteração legislativa em questão. Assim sendo, não resta dúvida de que a progressão de regime para o caso deve ser possibilitada, desde que cumpridos 1/6 da pena no regime anterior, conforme dispõe o artigo 112 da Lei de Execução Penal.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar provimento ao agravo, por maioria, vencido o 2º vogal, com o parecer.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Trata-se de agravo criminal interposto por Ilmar de Souza Chaves, contra a decisão que indeferiu o pedido de progressão prisional por ausência do requisito objetivo.

O agravante aduz, em apertada síntese, que faz jus à progressão de regime para o semi-aberto, alegando que já cumpriu mais de 1/6 de sua pena no regime fechado. Sustenta que as modificações trazidas pela Lei n. 11.464/07, aumentando o lapso temporal exigido para progressão é mais prejudicial comparando com o tempo previsto na Lei de Execução Penal, motivo pelo qual não pode retroagir em seu prejuízo, tendo em vista o disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

O juiz *a quo*, em juízo de retratação à f. 15, manteve a decisão objurgada.



O Ministério Público Estadual pugnou pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento do recurso para que o reeducando progrida de regime nos termos do art. 112 da LEP.

## VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Trata-se de agravo criminal interposto por Ilmar de Souza Chaves, contra a decisão que indeferiu o pedido de progressão prisional por ausência do requisito objetivo.

O agravante aduz, em apertada síntese, que faz jus à progressão de regime para o semi-aberto, alegando que já cumpriu mais de 1/6 de sua pena no regime fechado. Sustenta que as modificações trazidas pela Lei n. 11464/07, aumentando o lapso temporal exigido para progressão é mais prejudicial comparando com o tempo previsto na Lei de Execução Penal, motivo pelo qual não pode retroagir em seu prejuízo, tendo em vista o disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

O juiz *a quo*, em juízo de retratação à f. 15, manteve a decisão objurgada.

O Ministério Público Estadual, em contra-razões, pugnou pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento do recurso para que o reeducando progrida de regime nos termos do art. 112 da LEP.

Passo à análise do agravo criminal:

Analisando os autos, verifica-se que assiste razão ao agravante, visto que cumpriu 1/6 de sua pena no regime fechado.

É sabido que a Lei n. 8072/90 sofreu alterações importantes com o advento da Lei n. 11464/07, pois referida lei sobrestou a vedação à possibilidade de progressão de regime prisional para os condenados por delitos hediondos, desde que preenchidos certos requisitos. Veja-se:

Art. 1.º O art. 2.º da Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2.º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

II - fiança.

§ 1.º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2.º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Portanto, a partir da publicação da Lei n. 11464/07, os condenados por crimes hediondos passam a ter direito à progressão de regime. Assim, há reconhecer que não há mais nenhuma vedação à progressão de regime, ainda que o crime seja hediondo.

O debate cinge-se em saber se, aos crimes hediondos ou assemelhados ocorridos anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 11464/07, aplica-se a LEP ou a nova lei, no que concerne à progressão de regime prisional.

A meu ver, deve ser aplicado o art. 112 da Lei de Execuções Penais, que dispõe: *“A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”*.

A Lei n. 11464/2007 foi publicada dia 29.3.07. Entrou em vigor nessa mesma data. Cuidando-se de norma processual penal com reflexos penais, em sua parte prejudicial (*novatio legis in pejus*) só vale para delitos ocorridos dessa data em diante. Em outras palavras: o tempo diferenciado de cumprimento da pena para o efeito da progressão (2/5 ou 3/5) só tem incidência nos crimes praticados a partir do primeiro segundo do dia 29.3.07.

Quanto aos crimes ocorridos até o dia 28.3.07, reina a regra geral do artigo 112 da LEP (exigência de apenas um sexto da pena para o efeito da progressão de regime). Aliás, é dessa maneira que uma grande parcela da Justiça brasileira (juízes constitucionalistas) já estava atuando, por força da declaração de inconstitucionalidade do antigo parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8072/1990, levada a cabo pelo Pleno do STF, no HC (*habeas corpus*) n. 82.959. Na prática isso significava o seguinte: o parágrafo 1º citado continuava vigente, mas já não era válido. Os juízes e tribunais constitucionalistas já admitiam a progressão de regime nos crimes hediondos, mesmo antes do advento da Lei n. 11464/2007.

A lei que acaba de ser mencionada passou a admitir a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados. Nessa parte, como se vê, é uma lei retroativa (porque benéfica). Desse modo, todos os crimes citados passam a admitir progressão de regime (os posteriores e os anteriores à lei nova).

Mas qual é o tempo de cumprimento de pena em relação a esses crimes ocorridos antes da lei nova? Só pode ser o geral (LEP, artigo 112, um sexto). Não se pode fazer retroagir a parte maléfica da lei nova (que exige maior tempo de cumprimento da pena para o efeito da progressão).

O caso retratado nos autos ocorreu, nos anos de 1997 e 1999, portanto, antes da alteração legislativa em questão. Assim sendo, não resta dúvida de que a progressão de regime para o caso deve ser possibilitada, desde que cumpridos 1/6 da pena no regime anterior, conforme dispõe o artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8072/90 DECLARADA PELA SUPREMA CORTE. DELITO COMETIDO ANTES DA NOVEL LEGISLAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 11464/2007. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA (ART. 5º, XL, DA CF/88). ANÁLISE DO REQUISITO OBJETIVO COM BASE NO ART. 112 DA LEP. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL *A quo*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PRÓPRIO. ILEGALIDADE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO

1. A *quaestio* não apreciada na instância ordinária não pode ser examinada por esta Corte de Justiça, sob pena de supressão de instância.

2. É assente na jurisprudência deste Tribunal Superior o entendimento no sentido de que “a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu” (HC 60.082/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 24.10.06).

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 82.959/SP, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8072/90, permitindo a progressão de regime ao delito hediondo e ao equiparado.

4. A Lei n. 11464/2007, introduzindo nova redação ao § 2º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu lapso mais gravoso à modificação do regime de cumprimento da pena, não podendo, assim, ser aplicada aos crimes praticados antes da sua vigência, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da *lex gravior*, albergado constitucionalmente (art. 5º, LX, da CF), como se verifica na hipótese dos autos.

5. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Execução Criminal analise o requisito objetivo necessário à progressão prisional com base no art. 112 da Lei de Execução Penal. (HC n. 06552/SP, *HABEAS CORPUS* 2008/0106887-6, Rel. Min. Jorge Mussi (1138), julgado em 7.8.008, data da publicação/Fonte DJ 29.9.08)

No presente caso, deve ser concedida a progressão de regime prisional, nos moldes do art. 112 da Lei de Execução Penal, para todos os crimes cometidos antes da vigência da Lei n. 11464, de 28 de março de 2007.

Em face do exposto, com o parecer, dou provimento ao agravo, a fim de que seja possibilitada ao agravante a progressão para o regime semi-aberto, visto que preenche os requisitos objetivos da Lei.

A Srª Desª Marilza Lúcia Fortes (1ª Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Gilberto da Silva Castro (2º Vogal)

Ilmar de Souza Chaves, inconformado com a decisão que indeferiu o seu pedido de progressão de regime nos autos de execução da pena privativa de liberdade que cumpre em face de sua condenação por tráfico de entorpecentes, interpõe agravo em execução penal.

O agravante entende que atingiu os requisitos temporais exigidos para a obtenção do benefício, devendo ser aplicadas ao caso as regras mais brandas da Lei de Execução Penal e não aquelas criadas pela Lei n. 11464/2007, que não retroagem nesse ponto.

O relator, acompanhado da 1ª vogal, dá provimento ao agravo.

Em suma, sustenta-se que, antes das alterações trazidas com a Lei n. 11464/2007, o Supremo Tribunal Federal havia declarado inconstitucional o cumprimento da pena no regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, autorizando a progressão prisional depois de resgatados um sexto da reprimenda.

A meu ver, a decisão deve ser mantida.

Ocorre que, antes da modificação efetuada pela Lei n. 11464/2007, a progressão de regime para os condenados por crime hediondo não era autorizada pelo ordenamento jurídico. Vale ressaltar que, não obstante a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no pedido de *Habeas Corpus* n. 82.959-SP, este Sodalício vinha manifestando o entendimento de que a norma revogada era constitucional e continuava em vigor, em face do efeito *inter partes* produzido pela declaração de inconstitucionalidade no sistema difuso de controle.

Assim, não há dúvida de que a legislação retificadora é mais benéfica ao recorrente, diante da proibição implícita contida no regramento anterior.

Devem ser aplicadas ao caso, pois, as regras da Lei n. 11464/2007.

Desse modo, a decisão que indeferiu o pedido do condenado de progressão para o regime semi-aberto deve ser confirmada, uma vez que ele não cumpriu o tempo necessário para o benefício.

Diante do exposto, contrário o parecer e nego provimento ao agravo.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO, POR MAIORIA, VENCIDO O 2º VOGAL, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e Gilberto da Silva Castro.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

\*\*\*

**Apelação Criminal n. 2008.022677-0 - Jardim**  
**Primeira Turma Criminal**  
**Relatora Des<sup>a</sup>. Marilza Lúcia Fortes**

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 243 DO ECA – FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR – ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO – DOLO EVENTUAL – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 63, I, LCP – PARCIALMENTE PROVIDO.

O fato de a vítima aparentar ser maior de idade não retira a obrigação legal daquele que fornece bebida alcoólica sem identificar a pessoa, para não incidir na prática vedada em lei.

A venda de bebida alcoólica a adolescentes é matéria atinente à contravenção penal do art. 63, I, da LCP, não configurando o delito previsto no art. 243 do ECA, por encerrar este dispositivo questão sobre substância que pode causar dependência física ou química, não se incluindo aquela por falta de previsão expressa, como ocorre no artigo 81, II, do ECA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar provimento parcial ao recurso, unânime, contra o parecer.

Campo Grande, 13 de janeiro de 2009.

Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes – Relatora

## RELATÓRIO

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes

Waldemilson Vera Salazar foi condenado à pena de 2 anos e 4 meses de detenção e 14 dias-multa, no regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, por infração ao art. 243 do ECA (fornecer bebida alcoólica a adolescentes) (f. 92-101).

Inconformado, recorre. Pede a absolvição alegando que não há provas de que agiu com dolo, pois era impossível saber que a vítima era menor de idade, porquanto não tinha aparência de menor, tanto é que completaria 18 anos de idade em alguns meses. Alternativamente, pede a desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 63, I, do Decreto-Lei n. 3688/41 (f. 113-121).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pediu o improvimento do recurso (f. 123-135).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 142-148).

**VOTO**

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Narra-se na denúncia:

No dia 23 de abril de 2006, por volta das 1h40min, no Esporte Clube Jardim, situado na Rua Cel. Felício, centro, nesta cidade e Comarca de Jardim, o denunciado Waldemilson Vera Salazar, durante um baile, entregou bebida alcoólica para a menor de idade Crislaine S., em total desacordo com a Lei n. 8069/90 (ECA).

Segundo se apurou, o denunciado Waldemilson foi flagrado pelo Oficial de Justiça Valtencir Gonçalves Franco entregando uma lata de cerveja para a menor Crislaine, com 17 anos de idade, quando da realização de um baile promovido pelos Universitários da UEMS de Jardim.

Alega o apelante que não praticou o delito contido no artigo 243, *caput*, da Lei n. 8069/90, argumentando que não teve a intenção de fornecer bebida alcoólica para a menor.

Contudo, tais argumentações não se coadunam com as provas colhidas nos autos, senão vejamos alguns depoimentos:

Que no dia dos fatos, havia acabado de chegar em um baile no Esporte Clube Jardim e foi comprar uma ficha, sendo que a pessoa que lhe vendeu não indagou a sua idade; que não se recorda o nome da pessoa que lhe vendeu a ficha e de posse da ficha foi até o bar e solicitou uma cerveja, que lhe foi fornecida pelo réu, sendo que a depoente não se recorda se ele indagou a sua idade; que a depoente possuía 17 anos; que sempre comprava bebida em eventos e nunca havia ‘dado nada’; que depois que comprou a cerveja foi abordada pelo Oficial de Justiça que lhe indagou a idade e chamou a polícia [...]. (Depoimento da vítima Crislaine, f. 61)

Que é policial militar; que no dia dos fatos foi acionado pelo Oficial de Justiça Valtencir Gonçalves Franco, que relatou que presenciou o fornecimento de bebida alcoólica a uma menor em um evento, sendo que a menor em questão teria ido até o bar entregue uma ficha para o réu que lhe entregou uma lata de cerveja; que o Oficial informou que abordou a menor, indagou sua idade, obtendo como resposta que tinha 17 anos, razão pela qual chamou a Polícia [...]. (Depoimento da testemunha Fabrício Paredes Gomes – f. 60)

[...] não presenciou o fato relatado na denúncia, mas ouviu dizer que o réu teria entregue bebida alcoólica para uma menor no dia dos fatos; que a hora que ocorreram os fatos da denúncia, era uma hora de bastante tumulto no bar, com bastante pessoas [...]. (Sallene da Silva Maciel – f. 70).

Foi juntada a certidão de nascimento da vítima, comprovando que possuía apenas 17 anos de idade na época dos fatos.

Apesar da negativa de autoria pelo apelante, o conjunto probatório demonstra claramente sua responsabilidade.

Como bem asseverou a d. Magistrada (f. 97):

Portanto, tendo o réu deixado de se preocupar em identificar as pessoas que atendia, para evitar o fornecimento indevido de bebida alcoólica, agiu sim com dolo eventual, o que caracteriza o delito que lhe foi imputado.

O fato de a vítima aparentar ser maior de idade não retira a obrigação legal daquele que fornece bebida alcoólica em identificar a pessoa, para não incidir na prática vedada em lei.

Por conseguinte, não há que se falar em erro de tipo, posto que pelas circunstâncias do caso, ou seja, evento festivo com frequência de menores, somada a vedação legal de fornecimento de bebida alcoólica para estes, inclusive, com alerta às pessoas que atenderam no bar – dentre elas, o réu – para que exigissem a identificação dos clientes, o réu possuía plena condição de verificar a menoridade da vítima e deliberadamente não o fez.

Entretanto, **estou revendo meu posicionamento, diante das decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça, bem como de meus pares, no sentido de que a venda de bebida alcoólica a adolescentes configura contravenção penal.**

O art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o crime de venda de substâncias que causam dependência física ou psíquica a menor, *in verbis*:

Art. 243 Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, **produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica**, ainda que por utilização indevida:

Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Entretanto, o art. 81 do ECA faz distinção entre bebidas alcoólicas (inciso II) e produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida (III).

Observa-se que o legislador expressamente diferenciou as substâncias proibidas, não comportando dessa forma fazer uma interpretação ampliativa quanto ao art. 243 do ECA.

Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. OFENSA AO ART. 243 C/C ART. 81 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. **ART. 243 DO ECA. EXCLUSÃO DE BEBIDAS ALCÓOLICAS.** “Não esbarra no óbice da Súmula 07/STJ a pretensão recursal que visa o reconhecimento de que o art. 243 do ECA proíbe, de forma genérica, a venda de bebidas alcóolicas a crianças e adolescentes. **A exegese do aludido dispositivo revela que, ao estabelecer as condutas delituosas em espécie, o legislador excluiu, deliberadamente, a venda de bebidas alcóolicas.**” **Recurso conhecido, mas desprovido.** (REsp n. 331.794/RS, Quinta Turma, Rel. Min José Arnaldo Da Fonseca, julgado em 25.2.03, DJ 24.3.03, p. 262).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 243 DA LEI N. 8069/90. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCÓOLICA A MENOR. DENÚNCIA REJEITADA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Não encontra óbice na Súmula 7/STJ recurso especial que pretende



ver reconhecida como típica conduta narrada na exordial acusatória, que restou rejeitada. **2. A distinção estabelecida no art. 81 do ECA das categorias “bebida alcoólica” e “produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica” exclui aquela do objeto material previsto no delito disposto no art. 243 da Lei n. 8069/90; caso contrário, estar-se-ia incorrendo em analogia *in malam partem* (Precedentes do STJ).** 3. Recurso conhecido, porém, improvido. (REsp n. 942.288/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 28.2.08, DJ 31.3.08).

APELAÇÃO CRIMINAL – VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENORES – CRIME OU CONTRAVENÇÃO – INAPLICABILIDADE DO ECA – FALTA DE PREVISÃO EXPRESSA DO ARTIGO 243 DO ECA – DESCLASSIFICAÇÃO OPERADA – PROVIMENTO PARCIAL. **A venda de bebida alcoólica é matéria atinente à contravenção penal do art. 63, I, do Decreto-Lei n. 3.688/41, não se aplicando o artigo 243 do ECA, por encerrar este dispositivo questão sobre substância que pode causar dependência física ou química, não se incluindo aquela por falta de previsão expressa, como ocorre no artigo 81, II, do referido estatuto menorista.** (TJMS, ACr - Detenção e Multa - n. 2008.024920-4/0000-00, Paranaíba, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Gilberto da Silva Castro, julgado em 14.10.08).

APELAÇÃO CRIMINAL – EXPLORAÇÃO SEXUAL E FORNECIMENTO DE PRODUTOS A MENOR QUE CAUSAM DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – CRIME PREVISTO NO ART. 243 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE – SUBSTÂNCIA CONSISTENTE EM BEBIDA ALCOÓLICA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PREVISTA NO ART. 63, I, DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Estando comprovada a autoria e materialidade do crime de exploração sexual, impõe-se a manutenção da condenação proferida em primeira instância. **Verificado que a conduta apurada nos autos amolda-se, em tese, ao fornecimento de bebida alcoólica a menor, prática descrita no art. 63 do Decreto-Lei n. 3.688/41, impõe-se a desclassificação da capitulação jurídica apresentada na denúncia.** (TJMS, ACr - Reclusão - n. 2008.004658-1/0000-00, Camapuã, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 29.9.08).

APELAÇÃO CRIMINAL – FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A ADOLESCENTES – RECURSO MINISTERIAL – ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 243 DO ECA – INADEQUAÇÃO TÍPICA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DESCRITA NO ART. 63, I, DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIAS – RECURSO IMPROVIDO. **O ato de “servir bebidas alcoólicas a menor de dezoito anos” encontra-se tipificado no artigo 63, I, do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais). A conduta descrita no artigo 243 não engloba o fornecimento de bebidas alcoólicas, uma vez que o artigo 81 da mesma lei faz distinção entre estas (inciso II) e “produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida” (inciso III).** (TJMS, ACr - Detenção e Multa - n. 2007.035121-4/0000-00, Inocência, Segunda Turma Criminal, Rel. Designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte).

APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 243 DA LEI N. 8069/90 – VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR – SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO ART. 243 DO ECA – IMPOSSIBILIDADE – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS – CONDUTA DESCRITA NO ART. 63, I, DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIIS – DESCLASSIFICAÇÃO *Ex officio* – CONVERSÃO POR PENALIDADE DE MULTA – RECURSO PROVIDO EM PARTE. **A interpretação sistemática da Lei n. 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) leva ao entendimento de que a conduta descrita no artigo 243 não engloba o fornecimento de bebidas alcoólicas, uma vez que o artigo 81 da mesma lei faz distinção entre estas (inciso II) e “produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida” (inciso III). A conduta de “servir bebidas alcoólicas a menor de dezoito anos” encontra-se tipificada no artigo 63, inciso I, do Decreto-Lei n. 3688/41 (Lei de Contravenções Penais).** (TMS, ACr - Detenção e Multa – n. 2008.011480-8/0000-00, Cassilândia, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Batista da Costa Marques, julgado em 17.6.08).

APELAÇÃO CRIMINAL – VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR – SENTENÇA CONDENATÓRIA NOS MOLDES DO ART. 243 DO ECA – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO CAPITULADO NO ART. 63, INCISO I, DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIIS – IMPOSSIBILIDADE – CONTRAVENÇÃO – RECURSO PROVIDO. **A conduta de “vender bebidas alcoólicas a menor de dezoito anos” encontra-se tipificada no artigo 63, I, do Decreto-lei n. 3688/41 (Lei de Contravenções Penais). Isso leva ao entendimento de que a conduta descrita no artigo 243 não engloba o fornecimento de bebidas alcoólicas, uma vez que o artigo 81 da mesma lei faz distinção entre estas (inciso II) e “produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida (inciso III).** (TJMS, ACr em Outros Processos n. 2008.000441-1/0000-00, Angélica, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 13.2.08).

A respeito ensina Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo (Estatuto da Criança e do Adolescente – 2ª ed., Atlas, 2006, p. 330):

A venda de bebidas alcoólicas para criança ou adolescente configura a contravenção prevista no art. 63 da Lei das Contravenções Penais (Lei n. 3688, de 3 de outubro de 1941).

Cury, Garrido e Maçura (2002, p. 208), a respeito do tema, ensinam que ‘a norma em questão é corolário da proibição contida no art. 81, III, não estando compreendidas no tipo legal as bebidas alcoólicas tratadas separadamente no inciso II, razão pela qual permanece em vigor a contravenção capitulada no art. 63, I, da LCP.

Desta forma, **reforma a sentença para desclassificar o delito previsto no art. 243 do ECA, praticado por Waldemilson Vera Salazar, para a contravenção prevista no art. 63, I, da Lei das Contravenções Penais.**

Considerando a reprovabilidade da conduta e as circunstâncias em que os fatos se deram, ou seja, em evento promovido por universitários e frequentado por inúmeros adolescentes, que foram expostos ao fornecimento indevido de bebidas alcoólicas, **fixo-lhe a pena de 30 dias-multa à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos.**

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso para desclassificar o crime para a contravenção prevista no art. 63, I, da Lei de Contravenções Penais.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, UNÂNIME, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relatora, a Exma. Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Gilberto da Silva Castro e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 13 de janeiro de 2009.

\*\*\*

**Apelação Criminal n. 2008.023348-3 - Aquidauana**  
**Primeira Turma Criminal**  
**Relatora Des<sup>a</sup>. Marilza Lúcia Fortes**

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME AMBIENTAL – PESCA PREDATÓRIA DE ESPÉCIES EM TAMANHO INFERIOR AO PERMITIDO POR LEI PRATICADA DURANTE O PERÍODO PROIBIDO E COM UTILIZAÇÃO DE PETRECHO PROIBIDO – TARRAFA – CONCURSO FORMAL – PEDIDO DE APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO – IMPOSSIBILIDADE – ÚNICA AÇÃO QUE ATINGE BENS JURIDICAMENTE PROTEGIDOS DISTINTOS – RECURSO IMPROVIDO.

A pesca com utilização de petrecho de uso proibido (tarrafa) e a captura de exemplares com tamanhos inferiores ao permitido estão instrumentalmente conexos, devendo ser tratados em concurso formal como preceitua o art. 70 do CP.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

Des<sup>a</sup>. Marilza Lúcia Fortes – Relatora

## RELATÓRIO

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Marilza Lúcia Fortes

Cláudio Valdez de Alencar foi condenado à pena de 1 ano e 2 meses de detenção, no regime aberto, e ao pagamento de 12 dias-multa pelo crime tipificado no art. 34, parágrafo único, incisos I (Pesca de peixes de tamanhos inferiores ao permitido) e II (com uso de tarrafa) da Lei n. 9605/98 c.c. art. 3º do Dec. Estadual n. 5.646.

Inconformado com tal condenação, recorre pleiteando o reconhecimento de um único crime, afastando o patamar de 1/6 decorrente do concurso formal. Prequestiona, por fim, a violação dos artigos mencionados.

O *Parquet* contra-arrazoa pela manutenção da sentença lançada.

O Parecer Ministerial é pelo conhecimento e improvimento recursal.

## VOTO

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Cláudio Valdez de Alencar foi condenado à pena de 1 ano e 2 meses de detenção, no regime aberto, e ao pagamento de 12 dias-multa pelo crime tipificado no art. 34, parágrafo único, incisos I (Pesca de peixes de tamanhos inferiores ao permitido) e II (com uso de tarrafa) da Lei n. 9605/98 c.c. art. 3º do Dec. Estadual n. 5646.

Inconformado com tal condenação, recorre pleiteando o reconhecimento de um único crime afastando o patamar de 1/6 decorrente do concurso formal, prequestiona, por fim, a violação dos artigos mencionados.

O apelante foi condenado porque “[...] *no dia 03 de outubro de 2003, por volta das 22:50 horas, na Cachoeira do Morcego, no Distrito de Camisão, nesta cidade, os denunciados, previamente combinados, pescaram 15 kg (quinze quilos) de peixes de diversas espécies (pintado, cachara, jurupoca, jurupensen e bagre), que se encontravam em estágio de desenvolvimento e com tamanhos inferiores ao permitido por lei, mediante a utilização de tarrafa, sendo que tal petrecho é proibido pelo art. 3.º, inciso IV, do Decreto Estadual n. 5646/90.*” (f. 2-3).

A autoria e materialidade não foram questionadas, mas encontram-se encartada nos autos através do Auto de Ocorrência Ambiental, f. 7, Laudo de Exame Pericial, f. 26-28, que confirmou que os exemplares pescados possuíam sinais de malha em suas nadadeiras e dorso que indicavam a utilização de petrecho proibido (tarrafa), e que apresentavam tamanhos inferiores aos permitidos para sua captura.

No caso em tela, o apelante requer que seja reconhecido apenas um crime e que se exclua a majorante de 1/6 pelo concurso formal.

Primeiramente, consigno que o concurso formal de crimes ocorre quando o agente, mediante uma ação, atinge mais de um bem juridicamente tutelado.

A decisão atacada assim pontuou:

[...] De outro lado, com relação ao pedido ministerial de reconhecimento do concurso formal de crimes, este ficou caracterizado uma vez que os delitos foram praticados em uma única ação, eis que para pescar as espécimes com tamanhos inferiores ao permitido fez uso de petrecho não permitido, embora tenha havido uma pluralidade de atos, mas sempre simultâneos num mesmo contexto.

Considerando que os crimes foram cometidos em concurso formal, uma vez que mediante uma ação o réu praticou dois crimes, aplico a pena de somente um deles e a acresço de 1/6, tornando-a definitiva em um (01) ano e dois (02) meses de detenção e doze (12) dias-multa, à razão do anteriormente estabelecido que torno definitiva ante a inexistência de outras causas legais modificadoras [...].

Nesse passo, constato, pelos laudos em questão, que o agente, mediante uma única ação, qual seja, a pesca, incorreu no crime tipificado no art. 34, parágrafo único, incisos I (Pesca de peixes de tamanhos inferiores ao permitido) e II (com uso de tarrafa) da Lei n. 9605/98, que abaixo transcrevo:

Art. 34 Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena: Detenção de uma ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único: Incorre nas mesmas penas quem:

I – Pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II – Pesca em quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos.

Dessa forma, considerando que os fatos foram praticados em um mesmo contexto, não há falar em aplicação do concurso formal impróprio, porquanto o apelante, mediante uma ação, o réu cometeu delitos de espécie semelhantes.

Por fim, registro que não houve desígnios autônomos, uma vez que, na hipótese, o apelado pescou, em uma mesma ocasião, espécimes do tamanho inferior ao permitido em lei e com petrechos proibidos, no caso a tarrafa.

A propósito, esta Turma Criminal assim já decidiu:

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME AMBIENTAL – PESCA PREDATÓRIA DE ESPÉCIES EM TAMANHO INFERIOR AO PERMITIDO POR LEI, PRATICADA DURANTE PERÍODO DEFESO E COM UTILIZAÇÃO DE PETRECHO PROIBIDO – CONCURSO FORMAL – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO – IMPOSSIBILIDADE – CONDUTAS PRATICADAS EM UM MESMO CONTEXTO – RECURSO IMPROVIDO.

**Não há falar em aplicação da regra do concurso formal impróprio, com a soma das penas de cada delito, se resta comprovado que os crimes ambientais foram praticados mediante apenas uma ação, devendo ser mantido o aumento pelo concurso formal simples.**

Restando devidamente comprovado nos autos que os fatos foram praticados em um mesmo contexto, ofendendo tão-somente um bem jurídico tutelado pela Lei n. 9605/98, qual seja, a preservação da fauna aquática, não há como reconhecer e aplicar a regra do concurso material de crimes (f. 163).<sup>1</sup>

A segunda Turma Criminal, por sua vez, assim já se manifestou:

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME AMBIENTAL – PESCA EM PERÍODO PROIBIDO – USO DE PETRECHO E TAMANHO DO PESCADO INFERIOR AO PERMITIDO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – CONCURSO DE CRIMES – CONCURSO FORMAL – CRIMES PRATICADOS EM UM MESMO CONTEXTO – NOVA DOSIMETRIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PRESCRIÇÃO – RECONHECIMENTO *Ex officio*.

<sup>1</sup> Apelação Criminal - Detenção e Multa - n. 2008.014812-2/0000-00 – Aquidauana. Relator Des. Gilberto da Silva Castro.

Incabível absolvição por falta de provas, quando há nos autos elementos suficientes acerca da materialidade e autoria do crime praticado.

**A pesca em período proibido e com utilização de petrecho também de uso proibido, e pescados com tamanhos inferiores ao permitido, estão instrumentalmente conexos, devendo ser tratados em concurso formal como preceitua o art. 70 do CP.**

Se, entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença, que fixa pena inferior a 2 (dois) anos, decorrer mais de 4 (quatro) anos, operou-se a prescrição punitiva, em razão do que dispõem os arts. 107, IV, 109, VI e 110, § 1º, todos do Código Penal.<sup>2</sup>

Ante o exposto, com o Parecer, nego provimento ao recurso, salientando que não há nenhuma afronta aos artigos prequestionados.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relatora, a Exma. Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Gilberto da Silva Castro e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

\*\*\*

<sup>2</sup> Apelação Criminal - Reclusão - n. 2007.024166-9/0000-00 – Pedro Gomes. Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.



**Apelação Criminal n. 2008.030978-2 - Campo Grande**  
**Primeira Turma Criminal**  
**Relatora Des<sup>a</sup>. Marilza Lúcia Fortes**

**E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO POR USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS – INCABÍVEL – RETRATAÇÃO EM JUÍZO ISOLADA NOS AUTOS – CONFISSÃO DO COMPARSA E VÍTIMA – MAJORAÇÃO PELAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA – BASTA A OCORRÊNCIA DE UMA PARA AUTORIZAR O AUMENTO – REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO – RECURSO IMPROVIDO.**

Não há falar em ausência de provas a lastrear o édito condenatório, quando a confissão do comparsa, em ambas as fases processuais, afirmam que participou do delito, ratificado pelo depoimento da vítima, e pelo fato de ter sido preso em flagrante com o produto do roubo, de modo que sua retratação em juízo está isolada nos autos.

Basta a ocorrência de uma causa de aumento de pena a autorizar a majoração da pena, dentro da discricionariedade do magistrado.

O magistrado sentenciante, fundamentando suas razões, pode fixar um regime de cumprimento mais gravoso visando à prevenção e repressão de crimes desse jaez.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento aos recursos, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes – Relatora

## **RELATÓRIO**

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes

Paulo Cesar Denis e Adelson Souza de Jesus foram condenados, respectivamente, às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão e ao pagamento de 33 dias-multa, e à pena de 5 anos e seis meses de reclusão e ao pagamento de 13 dias-multa, ambos no regime inicialmente fechado, pela prática do crime tipificado no art. 157 (roubo), § 2º, I (com emprego de arma de fogo) e II (em concurso de agentes).

Irresignados, os apelantes recorrem nesses termos:

O apelante Paulo Cesar Denis sustenta que:

Não há provas nos autos a lastrear o decreto condenatório; requer a aplicação do § 1º do art. 29 do Código Penal, em razão de sua participação de menor importância, assim como a fixação de regime de cumprimento de pena mais benéfico, por fim prequestiona a negativa de vigência do art. 93, IX, da CF; dos arts. 33, § 2º, 'b', e 59, ambos do Código Penal.

O apelante Adelson Souza de Jesus, por sua vez, insurge-se contra a dosimetria da pena alegando que:

Ante a fixação da pena-base, com aumento de 3/8 pela ocorrência de duas causas especiais de aumento (o uso de arma e concurso de agentes), o regime de cumprimento deveria ser mais favorável, e que, por fim, tal decisão não foi fundamentada.

O *Parquet*, em sede de contra-razões, pugna pela manutenção da sentença lançada.

O Parecer Ministerial é pelo conhecimento e improvimento recursal.

## VOTO

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Paulo Cesar Denis e Adelson Souza de Jesus foram condenados, respectivamente, à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão e ao pagamento de 33 dias-multa, e à pena de 5 anos e seis meses de reclusão e ao pagamento de 13 dias-multa, ambos no regime inicialmente fechado, pela prática do crime tipificado no art. 157 (roubo), § 2º, I (com emprego de arma de fogo) e II (em concurso de agentes).

Irresignados, os apelantes recorrem nesses termos:

O apelante Paulo Cesar Denis sustenta que:

Não há provas nos autos a lastrear o decreto condenatório; requer a aplicação do § 1º do art. 29 do Código Penal, em razão de sua participação de menor importância, assim como a fixação de regime de cumprimento de pena mais benéfico, por fim prequestiona a negativa de vigência do art. 93, IX, da CF; dos arts. 33, § 2º, 'b', e 59, ambos do Código Penal.

O apelante Adelson Souza de Jesus, por sua vez, insurge-se contra a dosimetria da pena alegando que:

Ante a fixação da pena-base, com aumento de 3/8 pela ocorrência de duas causas especiais de aumento (o uso de arma e concurso de agentes), o regime de cumprimento deveria ser mais favorável, e que, por fim, tal decisão não foi fundamentada.

MÉRITO:

RECURSO DE PAULO CESAR DENIS:

O apelante foi denunciado porque, no dia 23 de julho de 2005, na rua Cabrália Paulista esquina com a Rua Lagoa da Prata, no Jardim Centenário, nesta capital, os denunciados, previamente combinados, subtraíram da vítima, Cristiano da Silva Freitas, mediante ameaça produzida com emprego de arma de fogo, um celular e o valor de R\$ 10,00 (dez reais), totalizando R\$ 160,00 e, logo em seguida, evadiram-se do local.

Quanto à alegada ausência de provas a lastrear o decreto condenatório, o comparsa Adelson Souza de Jesus, na fase policial, confessou a prática delitiva nestes termos:

[...] QUE praticou o roubo em apuração nos autos, junto com seu irmão PAULO CESAR; QUE o fato não foi premeditado; QUE na ocasião, PAULO CESAR estava armado por segurança, visto já terem sido vítima de tentativa de roubo, por duas vezes, na região, QUE passaram pela vítima e o interrogado resolveu roubá-la por que esta sempre precisando precisava de dinheiro para comprar um presente para sua filha e também por que a vítima costumava provocá-lo sempre que passava no local; QUE pegou o revólver do irmão e anunciou o roubo, subtraindo da vítima, um aparelho de telefone celular e R\$: 10,00 (dez reais) em dinheiro; QUE o interrogado ficou com o dinheiro e deixou o celular com PAULO CESAR; QUE PAULO CESAR foi preso, dias depois, com a arma usada no delito e com o aparelho roubado[...] f. 15.

No mesmo sentido é a confissão do comparsa na estenotipia às f. 138-139.

Importante consignar ainda que o próprio Paulo Cesar, em duas oportunidades em que foi ouvido na fase policial, confessou que:

À f. 9:

[...] Na data dos fatos estava andando pelo Bairro Centenário, sendo que seu irmão estava com a arma de fogo de sua propriedade e de seu irmão parou e perguntou as horas para vítima Cristiano da Silva Freitas, ora testemunha dos fatos, **sacou da arma e pediu o aparelho celular e o dinheiro da mesa vítima que deu os mesmos ao irmão do interrogado enquanto este esperava alguns metros na frente.**...QUE na data de hoje o aparelho celular roubado no último sábado estava como interrogado na data dos fatos [...].

À f. 21:

[...] Ratifica o interrogatório de fls 09, QUE praticou o roubo em apuração nos autos junto com o seu irmão ADELSON[...] QUE passaram pela vítima e ADELSON ficou com o dinheiro e o interrogado (sic), à distancia. QUE foram subtraído da vítima um aparelho de telefone celular e R\$: 10,00 [...].

A vítima, Cristiano, na fase inquisitiva às f. 7-9, assim como em juízo, à f. 33, ratifica que:

[...] Na data do fato, quando esperava o onibus, o declarante foi abordado pelo indiciado Adelson Souza de Jesus, o qual, montado em uma bicicleta, aproximou-se e sacou um revolver e anunciou um assalto, roubando-lhe o telefone celular[...]e mais R\$ 10,00 (dez reais) em dinheiro, evadindo-se em seguida junto com outro rapaz que ficara aguardando à distancia [...].

Dessa forma, a retratação, em juízo, da confissão feita na fase policial pelo apelante Paulo Cesar encontra-se isolada nos autos ante os demais elementos probantes, não havendo dúvida de sua efetiva participação no crime descrito na denúncia, não havendo falar em ausência de provas a lastrear o decreto condenatório e, tampouco, em participação de menor importância previsto no § 1º do art. 29 do Código Penal.

No que tange ao regime de cumprimento de pena, o juiz singular, visando à prevenção e repressão desse tipo de crime, dentro da discricionariedade que lhe é peculiar, justificou que assim o fazia porque “[...]***crimes dessa espécie, além de gerarem às vítimas o indesejável sentimento de vulnerabilidade e insegurança, com conseqüências extremamente negativas, têm sido cometidos nesta cidade em números alarmantes, a exigir***

*das autoridades medidas mais enérgicas, sob pena de se propiciar a falsa noção de impunidade, **demonstram, ainda, um maior grau de reprovabilidade da conduta do agente...***”, não havendo reparos a ser feitos.

Quanto ao recurso do apelante Adelson Souza de Jesus, insurgindo-se contra a dosimetria e regime de cumprimento de pena fixado, transcrevo a parte da sentença que ora se ataca, *in verbis*:

1. Quanto ao réu Adelson Souza de Jesus

Analizadas as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, nenhuma merece destaque, pelo que fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Considerando a circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, qual seja, confissão espontânea do agente, atenuo a pena em um 1/6 (um sexto), porém, como a pena não pode ficar aquém do mínimo legal quando da análise das circunstâncias atenuantes, conforme súmula 231 do STJ, mantenho, na segunda operação, a pena no mínimo legal, a saber, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

**No caso dos autos, duas são as majorantes, concurso de agentes e emprego de arma, sendo que como o crime foi cometido com emprego de arma própria (arma de fogo), o que demonstra não só maior periculosidade do agente, como uma ameaça mais gravosa à vítima, causando um temor maior do que o emprego de arma imprópria (facas de cozinha, canivetes, etc.), diante da menor possibilidade de defesa, o que deve ser considerado para exasperar a causa de aumento de pena um pouco acima do mínimo estabelecido na lei.**

Desta forma, analisando as causa de aumento de pena, aumento-a em 3/8 (três oitavos), o que corresponde a 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 3 (três) dias-multa, passando-a para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, pena que torno definitiva por não haver outras circunstâncias que a modifiquem.

**A pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente no regime fechado, com base no artigo 33, §2º, alíneas “b” e “c”, do Código Penal, pois crimes dessa espécie, além de gerarem às vítimas o indesejável sentimento de vulnerabilidade e insegurança, com consequências extremamente negativas, têm sido cometidos nesta cidade em números alarmantes, a exigir das autoridades medidas mais enérgicas, sob pena de se propiciar a falsa noção de impunidade, **demonstram, ainda, um maior grau de reprovabilidade da conduta do agente**. E o Judiciário não pode ficar alheio a isso, conforme, inclusive, externou o Tribunal de Justiça<sup>1</sup> deste Estado, ao destacar que em casos tais, ainda que primário o agente, não pode iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto, por ter cometido roubo, crime repugnante, que desassossega a sociedade, pondo-a em pânico permanente, causando traumas profundos em suas vítimas.**

Incabível penas restritivas de direitos ou *sursis*.

Isso posto, verifica-se que o magistrado singular, dentro da discricionariedade que lhe é peculiar, e verificando como forma suficiente à prevenção e repressão de crimes desse jaez, devidamente justificou que majorava a pena considerando que “[...]*como o crime foi cometido com emprego de arma própria (arma de fogo), o que demonstra não só maior periculosidade do agente, como uma ameaça mais gravosa à vítima, causando um temor maior do que o emprego de arma imprópria (facas de cozinha, canivetes, etc.), diante da menor possibilidade de defesa, o que deve ser considerado para exasperar a causa de aumento de pena um pouco acima do mínimo estabelecido na lei*[...]”.

Assim, como o magistrado justifica que fixava o regime mais gravoso para o cumprimento, uma vez que as “[...] *as consequências extremamente negativas...e demosntram ainda um maior grau de reprovabilidade da conduta do agente*[...]”.

Nesse passo, importante salientar que, além de devidamente justificado o porquê da majoração e da fixação do regime mais gravoso, não havendo falar em ausência de fundamentação, pode o juiz sentenciante, no roubo duplamente qualificado, aumentar de metade a pena-base pelas duas qualificadoras, pois basta que ocorra uma só delas a autorizar a majoração no patamar em que a discricionariedade arbitrar.

Por fim, não há nenhuma negativa de vigência dos art. 93, IX, da CF; do art. 33, § 2º, ‘b’, e 59, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relatora, a Exma. Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Gilberto da Silva Castro e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2008.

\*\*\*

***Habeas Corpus* n. 2008.030966-5 - Campo Grande**  
**Segunda Turma Criminal**  
**Relator Des. Romero Osme Dias Lopes**

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – PEDIDO DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE EM FACE DA *ABOLITIO CRIMINIS* – POSSIBILIDADE – FATO COMETIDO NA VIGÊNCIA DE LEI ANTIGA - NOVA LEI QUE DETERMINA TOLERÂNCIA DE ÁLCOOL NO SANGUE PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO – PACIENTE APREENDIDO COM QUANTIDADE INFERIOR À ESTIPULADA – OCORRÊNCIA DA *ABOLITIO CRIMINIS* – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE IMPOSTA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA.

Na vigência de lei antiga, se o paciente foi flagrado conduzindo veículo com 0,37mg/l de álcool no sangue, vindo nova lei estipular tolerância de 0,4mg/l para configuração do delito de embriaguez ao volante, dever ser extinta sua punibilidade, em face da ocorrência da *abolitio criminis*, devendo ser trancada a ação penal por ausência de justa causa.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, conceder a ordem, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2008.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

As advogadas Rejane Alves de Arruda e Andréa Flores impetram a presente ordem de *habeas corpus* com pedido liminar em favor de Pedro Éder Flecha Haufes, denunciado por suposta infração ao delito previsto no art. 306 da Lei n. 9503/97 (embriaguez ao volante), sob a alegação de que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que indeferiu seu pedido de extinção da punibilidade.

Alegam que, com a entrada em vigor da Lei n. 11705/08, que modificou a redação do art. 306 do CTB, passando a exigir para a configuração do crime de embriaguez ao volante a concentração mínima de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, ocorreu a *abolitio criminis*, já que o paciente foi flagrado conduzindo uma motocicleta sob a influência de álcool, sendo constatado, no teste do bafômetro, o percentual de 0,37 mg/l.

Aduzem ainda que, mesmo com a margem de tolerância estabelecida pelo Decreto n. 6.488/08, publicado com a Lei n. 11705/08, sua concentração de álcool de 0,37 estará dentro do tolerável, pois não ultrapassa o limite de 0,4mg/l, estipulado no decreto.

Por fim, sustentam que ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, de modo que a Lei n. 11705/08 deve retroagir para alcançar a infração cometida pelo paciente em 2007.

Assim, requerem a extinção da punibilidade do paciente, pela ocorrência de *abolitio criminis*.

A liminar foi deixada de ser apreciada, ocasião em que foram requisitadas as informações para a autoridade impetrada (f. 100).

As informações foram anexadas à f. 104.

A liminar foi indeferida à f. 112.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela concessão da ordem de *habeas corpus*.

## VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

A ordem deve ser concedida.

Infere-se dos autos que o paciente Pedro Éder Flecha Hauffes foi denunciado como incurso no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, porque, segundo consta da exordial acusatória:

No dia 4 de agosto de 1997, por volta das 20h10min, no cruzamento da Rua Ceará com a Rua Santa Bárbara, Centro, nesta cidade e comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, sob a influência de álcool, o denunciado Pedro Eder Flecha Hauffes conduzia a motocicleta marca Honda, modelo C 100 Biz, placa HSN-7551 de Campo Grande, na via pública, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

Apurou-se que o denunciado Pedro Eder Flecha conduzia a motocicleta pela Rua Ceará, quando foi colhido pelo veículo VW, modelo Gol 16V, chassi 9BWZZZ373XTO019244, cor cinza, ano e modelo 1999, placa COT-4690, de Dracena/MS, conduzido por Winston Fernandes da Silva, que entrou na Rua Ceará sem observar a sinalização de “PARE” existente no local.

Realizado o Teste de Alcoolemia, constatou que o denunciado Pedro Eder Flecha Hauffes apresentava 0,37mg/l de álcool por litro de sangue, acima, portanto, do permitido por lei, conforme prova pericial de f. 37 [...].

Observa-se que o art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9503/97), com a nova redação dada pela Lei n. 11705/08, dispõe o seguinte:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância.



Nota-se que a medida de seis decigramas, citada no *caput* do art. 306 refere-se à concentração de álcool no sangue aferida por exame específico. Agora, quando o teste é realizado por meio de aparelho alveolar pulmonar (bafômetro), a quantidade imposta para configurar o delito vem estipulada no art. 2º do Decreto n. 6488, de 19.6.08, que regulamenta o art. 306 do CTB, vejamos:

Art. 2º – Para os fins criminais de que trata o art. 306 da lei n. 9503, de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I – [...]

II – teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

*In casu*, constata-se que o paciente se submeteu ao teste do etilômetro (bafômetro), sendo aferida a concentração de 0,37mg/l, teor este superior ao limite previsto pelo art. 2º, II, do referido Decreto.

No entanto, o próprio Decreto n. 6488/2008, em seu art. 1º, § 3º, prevê uma margem de erro ou margem de tolerância, quando o teste for realizado pelo referido aparelho, vejamos:

Art. 1º – Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades administrativas do art. 165 da lei n. 950, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, por dirigir sob influência de álcool.

[...]

§ 3º – Na hipótese do § 2º, caso a aferição da quantidade de álcool no sangue seja feito por meio de teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), a margem de tolerância será de um décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

Assim, denota-se que na realização do teste pelo aparelho bafômetro o Decreto n. 6488/08 dispõe em seu art. 2º, II, que a quantidade mínima exigida para se caracterizar o estado de embriaguez é de 0,3mg/l, e que pelo seu art. 1º, § 3º, prevê uma margem de tolerância de 0,1mg/l.

Desse modo, somados os valores, conclui-se que o resultado igual ou inferior ao total de 0,4mg/l não configura o estado de embriaguez para caracterizar o crime previsto no art. 306 do CTB, mas tão-somente para aferir a responsabilidade na esfera administrativa, que independe da quantidade de álcool ingerida.

Ainda deve ser ressaltado que, embora os fatos tenham ocorrido antes da vigência da nova lei, esta deve ser aplicada ao caso concreto, por ser mais benéfica, uma vez que ela estipulou uma tolerância de álcool de 0,4mg/l para configurar o crime de embriaguez ao volante, e o paciente, no momento de sua apreensão, estava com o teor de 0,37mg/l, ou seja, inferior ao patamar estipulado pela nova lei.

Assim, verifica-se que a nova lei, no caso em epígrafe, excluiu a conduta delituosa praticada pelo paciente, ocorrendo assim a *abolitio criminis*; deve, portanto, ser extinta a sua punibilidade.

Por tais considerações, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, concedo a presente ordem de *habeas corpus* para extinguir a punibilidade do paciente Pedro Éder Flecha Haufes, determinando o trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

CONCEDIDA A ORDEM, UNÂNIME, COM O PARECER.

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. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2008.

\*\*\*

***Habeas Corpus* n. 2008.038205-4 - Campo Grande**  
**Segunda Turma Criminal**  
**Relator Des. Romero Osme Dias Lopes**

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – AMEAÇA – CRIME ABRANGIDO PELA LEI N. 11340/2006 (LEI MARIA DA PENHA) – PRISÃO PREVENTIVA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA – FUNDAMENTO INSUFICIENTE – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS QUE AUTORIZAM A CUSTÓDIA CAUTELAR – ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ORDEM CONCEDIDA – LIMINAR RATIFICADA.

Muito embora o art. 313, IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.340/2006, admita a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher para garantir a execução de medidas protetivas de urgência, a adoção dessa providência é condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 312 daquele diploma.

É imprescindível que se demonstre, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da imposição da custódia para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, sem o que não se mostra razoável a privação da liberdade, ainda que haja descumprimento de medida protetiva de urgência, notadamente em se tratando de delitos punidos com pena de detenção. Ordem concedida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, conceder a ordem, unânime e contra o parecer.

Campo Grande, 9 de fevereiro de 2009.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

O advogado Edival Joaquim de Alencar impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pedido de liminar em favor do paciente Amaury Ferreira do Lago, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar e Cartas Precatórias Criminais da Comarca de Campo Grande – MS.

Alega que não se encontram presentes os pressupostos da prisão preventiva dispostos no art. 312 do CPP e que o paciente possui condições pessoais favoráveis para responder ao processo em liberdade.

Relata, outrossim, que nem sequer há provas de materialidade ou autoria acerca da contravenção praticada pelo paciente (molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável), além de que a acusação que pesa em seu desfavor é motivada por vingança pessoal da suposta vítima.

A liminar foi deferida, tendo sido requisitadas as informações à autoridade indigitada como coatora (f. 54-7), as quais foram juntadas à f. 62.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

## VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

A ordem deve ser concedida.

Muito embora o art. 313, IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11340/2006, admita a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher para garantir a execução de medidas protetivas de urgência, a adoção dessa providência é condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 312 daquele diploma.

Assim, é imprescindível que se demonstre, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da imposição da custódia para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, sem o que não se mostra razoável a privação da liberdade, ainda que haja descumprimento de medida protetiva de urgência, notadamente em se tratando de delitos punidos com pena de detenção.

Na hipótese, disse o magistrado de primeiro grau:

[...] Saliente-se que o representado foi proibido de se aproximar da ofendida e não obedeceu a determinação judicial, demonstrando total desrespeito à ordem de afastamento e, pior ainda, voltou a praticar os mesmo atos que deram origem à proibição, ameaçando e importunando a vítima.

É de se observar que tais tipos de atritos, os resultantes de brigas originadas de problemas de relacionamento amoroso, sexual e de encargos familiares, podem degenerar em agressões físicas que, **dependente de uma reação química momentânea, resultem em lesões de graves resultados e, talvez, a morte.**

Assim, **até mesmo para proteger o agressor**, que poderá praticar atos de que se arrependerá futuramente, e para proteger a ofendida, há de se decretar a prisão preventiva do representado, como forma cautelar, atento a nova previsão legal criada pela Lei Maria da Penha. (f. 24).

Pois bem. Excluindo-se os devaneios desnecessários colacionados pela autoridade indigitada como coatora, tem-se que o paciente supostamente descumpriu determinação judicial de afastamento, o que embasou o pedido de prisão preventiva por parte da representante ministerial.

Entretanto, em detida análise às parcas razões acostadas ao pedido formulado pelo *parquet* (f. 27-8), verifiquei prontamente não haver elementos suficientes para demonstrar o efetivo descumprimento da medida imposta. Explico.

Pelo que se pode ater, a segregação cautelar embasou-se em dados não concretos e passíveis de dúvida acerca de sua veracidade (*in casu*, apenas em um boletim de ocorrência, cuja descrição dos fatos se deu unilateralmente), medida que tenho por demasiadamente temerosa, visto que imporá ao acusado um cumprimento antecipado da pena (que, ressaltado, certamente não será de reclusão, em face da natureza da acusação).

Desse modo, impingir ao paciente a custódia antecipada tão somente pelo suposto descumprimento de medida protetiva, sem a concreta demonstração da presença dos requisitos legais exigidos para a adoção da rigorosa providência, caracteriza, inexoravelmente, constrangimento ilegal sanável pela via eleita, razão pela qual, retificando a liminar outrora deferida, concedo a ordem para revogar a prisão preventiva imposta.

Decisão contrária ao parecer.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

ORDEM CONCEDIDA, UNÂNIME E CONTRA O PARECER.

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. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 9 de fevereiro de 2009.

\*\*\*

**Agravo Criminal n. 2008.038420-9 - Caarapó**  
**Segunda Turma Criminal**  
**Relator Des. Romero Osme Dias Lopes**

E M E N T A – AGRAVO CRIMINAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONDENADO QUE CUMPRE SUA PENA EM REGIME SEMIABERTO – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR – IMPOSSIBILIDADE – CONDIÇÕES PESSOAIS PECULIARES – RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – BENEFÍCIO MANTIDO – AGRAVO IMPROVIDO.

Em respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e analisando o caso em epígrafe, é inconcebível que uma pessoa de 74 anos percorra, todos os dias, de bicicleta, uma distância de 20 Km para poder cumprir sua pena no regime semiaberto. Assim, a melhor solução para o caso é determinar a prisão domiciliar, mormente quando o condenado está prestes a ingressar no regime aberto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, improver o recurso, por maioria, vencido o 1º vogal que o provia. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 2 de março de 2009.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Caarapó, que concedeu ao agravante Marcolino Garcete o regime domiciliar de cumprimento de pena.

Afirma o representante do *parquet* que é incompatível o regime domiciliar ao condenado que cumpria sua pena no regime semiaberto, ainda mais ao agravado que possui várias faltas disciplinares.

Assim, pleiteia pelo provimento do agravo para que seja cassada a decisão que determinou o regime domiciliar de cumprimento de pena e determinada a regressão do regime prisional.

Em contraminuta, o agravado pugna pelo improvimento do recurso, a fim de manter a decisão combatida.

O juiz *a quo* manteve a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do agravo criminal.

**VOTO (9.2.2009)**

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Insurge-se o representante do *parquet*, pleiteando pelo provimento do agravo para que seja cassada a decisão que determinou o regime domiciliar de cumprimento de pena e determinada a regressão do regime prisional.

A meu ver, o agravo deve ser improvido.

O juiz *a quo*, ao determinar o regime domiciliar ao agravado, fundamentou o seguinte:

[...]

Às f. 243-244, o reeducando formulou pedido para cumprir a pena em regime domiciliar, dado que, em razão da avançada idade, ou seja 74 (setenta e quatro) anos, não mais possui condições físicas de se locomover da Aldeia Indígena Tey Kue até a Cadeia Pública local.

Analisando os autos, vislumbra-se que cabe ao Juiz zelar pelo correto cumprimento da pena, nos termos do artigo 66, VI da Lei de Execução Penal.

Desta forma, se o reeducando não possui condições de se locomover até a Cadeia Pública para cumprir a pena, cabe a este juízo encontrar uma solução para o problema, e não criar outro problema, determinando que o mesmo se desloque todos os dias da aldeia, que fica a uma distância de 20 quilômetros, para o cumprimento da pena.

Assim, não vislumbro sentido algum em manter o cumprimento da pena na Cadeia Pública local, ainda mais levando em consideração que na data de 12.12.08 o reeducando terá o direito a progressão para o regime aberto (f. 264), pois isso implicaria para o mesmo a obrigação de mudar-se para Caarapó, o que lhe seria extremamente prejudicial, dado que é indígena e sempre residiu na aldeia indígena.

Pois bem, em análise das jurisprudências recentes do Superior Tribunal de Justiça, vislumbra-se que este não é um problema exclusivo do réu, sendo que várias outras localidades enfrentam o mesmo problema, muitas vezes por falta de lugar adequado, e outras por falta de vagas nos estabelecimentos prisionais.

E pelo que consta nas reiteradas decisões proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, a solução em casos tais, é fixar o regime domiciliar para o cumprimento da pena.

Vejamos:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO EM REGIME SEMI-ABERTO. RÉU MANTIDO EM SITUAÇÃO MAIS GRAVOSA. PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR. Constitui constrangimento ilegal submeter o paciente a regime mais rigoroso do que o estabelecido na condenação. Vale dizer, é inquestionável o constrangimento ilegal se o condenado cumpre pena em condições mais rigorosas que aquelas estabelecidas na sentença. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter o detento em estabelecimento apropriado, é de se autorizar,



excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico, “*in casu*”, o domiciliar. O que é inadmissível, é impor ao paciente o cumprimento da pena como se estivesse em regime fechado, por falta de vagas em estabelecimento adequado, desvirtuando a finalidade da pretensão executória. (Precedentes). *Habeas corpus* concedido. Processo HC n. 89558/MG, *HABEAS CORPUS* n. 2007/0203686-8, Quinta Turma, Rel. Min. Feliz Fischer (1109), julgado em 11.12.07, Publicado no DJ 10.3.08, p. 1).

E mais:

*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ROUBO. REGIME SEMI-ABERTO. INEXISTÊNCIA DE VAGA. CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE O ESTABELECIDO NO DECRETO CONDENATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A submissão do paciente a regime mais grave de restrição de liberdade do que o previsto no caso de condenação definitiva caracteriza constrangimento ilegal. 2. Na hipótese em exame, o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto, pela prática do delito previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal. 3. Na falta de vaga para o cumprimento no regime estipulado na sentença condenatória, mostra-se juridicamente plausível a concessão de prisão domiciliar. 4. Ordem concedida para que o paciente possa, desde o início, cumprir a pena no regime que lhe foi imposto na sentença condenatória, ou, não sendo possível, que o aguardo da vaga se dê em casa de albergado ou prisão domiciliar. (HC 88978/PR – *HABEAS CORPUS* n. 2007/0193490-3, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima (1128), julgado em 27.9.07, Publicado no DJ 22.10.07, p. 342)

Sendo assim, considerando as condições do reeducando, que conta com 74 (setenta e quatro) anos e não possui condições físicas de se locomover até a Cadeia Pública local, outra solução não há, senão fixar-lhe o regime domiciliar para o cumprimento da pena.

[...].

Pelo contido nesta decisão, observa-se que ao determinar o regime domiciliar de cumprimento de pena, o magistrado agiu corretamente, visto que analisou detidamente as condições pessoais do agravado e determinou a melhor solução para que fosse cumprida sua pena, respeitando, principalmente, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois seria inconcebível que uma pessoa de 74 anos percorresse, todos os dias, de bicicleta, uma distância de 20 km para poder cumprir sua pena.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Decisão contra o parecer.

JULGAMENTO ADIADO EM DECORRÊNCIA DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL. O 2º VOGAL AGUARDA.

## VOTO (16.2.2009)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Ouvi atentamente o voto proferido pelo relator e, respeitosamente, ousou dele divergir.

*In casu*, o magistrado *a quo* deferiu pedido de prisão domiciliar em favor do agravado sob o argumento de que este não tem condições físicas de locomover-se até o estabelecimento prisional do regime semiaberto.

É remansoso na jurisprudência e na doutrina pátria que o regime de prisão domiciliar é uma exceção, visto que *a destinação do condenado em regime aberto à residência particular sem haja qualquer controle ou fiscalização por parte da Administração, como tem ocorrido, significa total impunidade pelo crime praticado.*

Assim, a lei estipula requisitos rígidos para o alcance do benefício, insculpidos no art. 117 da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

Por primeiro, é necessário que o sentenciado esteja cumprindo a pena no regime aberto, pois a prisão-albergue domiciliar é modalidade de prisão aberta. Na letra da lei, trata-se de um 'regime aberto em residência particular' e a sua admissão em regimes outros ensejaria a denominada progressão *per saltum*, expediente vedado no ordenamento jurídico pátrio.

Segundo, é imprescindível que a causa de pedir amolde-se em uma das situações especialíssimas previstas no mencionado dispositivo legal.

Apenas com o preenchimento cumulativo dessas duas condições é que se pode cogitar a concessão do benefício, o que, obviamente, não é o caso dos autos.

Com efeito, embora se cuide de pessoa senil, tal circunstância, por si só, não confere ao agravado o direito invocado, sobretudo porque jamais fez prova das suas alegações e, ademais, deixou de comparecer no presídio inúmeras vezes (f. 27-29, 32-34, 38 e 43) sem apresentar justificativa plausível.

Assim, substituir as regras do regime semiaberto pelas obrigações singelas descritas na f. 48-49, em benefício de um reeducando que não se dá ao trabalho de evidenciar a veracidade de suas alegações, não se mostra proporcional.

Aliás, quando prolatou a decisão investivada, o magistrado *a quo* estava julgando um pedido de regressão de regime manejado pelo Ministério Público, que, na ocasião, já alertava para a desídia do agravado.

Nesse sentido:

Paciente idoso e portador de várias moléstias condenado a cumprir pena em regime integralmente fechado. Pedido de concessão de prisão domiciliar.

Ausência de elementos que autorizariam a concessão, pois, **como medida extrema que é, necessária a comprovação de que o estado de saúde é grave e o estabelecimento prisional não oferece condições de tratamento ao paciente.** (Destaques não originais)

Permitir, pois, apenas o acolhimento da mera vontade do condenado, que alega ter dificuldade de locomoção e almeja permanecer em aldeia que dista aproximadamente 20 km (vinte quilômetros) da sede

da comarca, livre, pois, de qualquer vigilância ou obrigação, é fazer de conta que o Estado está cumprindo com o seu dever, e fingir que nada se passou quanto ao péssimo comportamento prisional do agravado.

Ante o exposto, divergindo do relator, dou provimento ao agravo de execução penal interposto pelo ministério público.

**JULGAMENTO ADIADO EM DECORRÊNCIA DO PEDIDO DE VISTA DO 2º VOGAL, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO E O 1º VOGAL DAR PROVIMENTO AO AGRAVO.**

### **VOTO (2.3.2009)**

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (2º Vogal)

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão judicial que concedeu ao agravado Marcolino Garcete o direito de cumprir a pena em regime domiciliar.

Com o devido respeito ao entendimento do primeiro vogal, devo acompanhar o relator para negar provimento ao recurso ministerial, mantendo a decisão intocada.

Analisando detidamente os autos, contata-se que a concessão do regime domiciliar ao reeducando ocorreu, principalmente, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, pretender que um idoso (74 anos) se desloque de sua aldeia até a cadeia local (cerca de 20 km) todos os dias, de bicicleta, extrapola os limites corporais da pena imposta pelo Estado.

Ademais, deve-se ressaltar que o óbice apontado pelo 1º vogal para impossibilitar a concessão do regime domiciliar, qual seja, o fato de o reeducando estar cumprindo pena em regime diverso do aberto, já se encontra superado. Isso porque a própria decisão judicial concessiva do regime domiciliar enaltece que em 12.12.08 o reeducando teria atingido o lapso temporal necessário para tal.

Diante do exposto, acompanhando o relator, nego provimento ao recurso.

### **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**RECURSO IMPROVIDO, POR MAIORIA, VENCIDO O 1º VOGAL QUE O PROVIA. DECISÃO CONTRA O PARECER.**

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. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 2 de março de 2009.

\*\*\*

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# NOTICIÁRIO



## DISCURSO DE DESPEDIDA DO DESEMBARGADOR JOÃO CARLOS BRANDES GARCIA DO CARGO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Aos dois dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e nove

Antes de tudo, devo expressar em meu nome e de meus companheiros de diretoria, a satisfação com que passamos a administração do Tribunal de Justiça às mãos de Vossas Excelências. Este Tribunal sempre foi sábio na escolha dos seus dirigentes, todos sempre dedicados à magistratura, juízes que honram a instituição a que pertencem, experientes e cultos, preparados moral e intelectualmente para o desempenho de suas árduas e nobres tarefas.,

Em razão disso, estamos certos de que Vv. Excelências saberão manter a nossa magistratura no nível em que se encontra, mercê do trabalho sério e responsável daqueles que nos antecederam. O êxito de vossas excelências será o êxito de todos nós. Congratulamo-nos com Vossas Excelências e desejamos sucesso nos seus respectivos cargos . Que Deus os ilumine e abençoe.

A propósito do nosso trabalho à frente deste Tribunal, não nos cabe analisar o que fizemos, o que deixamos de fazer ou o que poderia ter sido feito. Ao transmitir-lhes nossos cargos, tornamo-nos parte da história, retornamos para nossos gabinetes de onde saímos para o desempenho da magnânima tarefa de conduzir os destinos da Corte para o biênio que se encerrou. O momento é de olhar para o futuro. A primeira e maior honra, pois, é a de ser magistrado.

Não há posições superiores ou inferiores. Há homens que em todas as circunstâncias: favoráveis ou desfavoráveis encontram oportunidades para realizar o seu ideal e no exercício desta presidência fiz de um sonho uma realidade. Tenho comigo que esta gestão leva consigo muito da forma de ser de cada um de nós, de ver e de dar solução aos anseios dos jurisdicionados. Prefiro falar da nossa gestão, em relatório final, entregue nesta oportunidade na forma regimental, para não tornar longa demais esta solenidade.

Fizemos um balanço: nele dizemos o que fizemos. Desnecessário mencionar que no caminho encontramos também entraves e empecilhos e que por isso muitas idéias foram adiadas, outras realizadas no limite do possível. Temos a consciência de que estivemos a altura do compromisso que assumimos. De antemão sabíamos muito bem que *“Podemos escolher o que semear, mas somos obrigados a colher aquilo que plantamos”* e com certeza levamos conosco o sabor de muitas colheitas.

Permitam-me, pois, passar agora aos agradecimentos. Devemos agradecer, antes de tudo a Deus, nosso Pai, por ter-nos conduzido e orientado ao longo da caminhada que percorremos juntos. Eu na Presidência, o Desembargador Ildeu de Souza Campos na Vice-Presidência e o Desembargador Divoncir Schreiner Maran na Corregedoria. Agradecer também ao Egrégio Tribunal Pleno e ao Órgão Especial, pelo incondicional apoio que nos dispensou. Quando tomamos posse, disse em meu discurso aos eminentes chefes dos demais poderes, que confiávamos em suas atuações responsáveis, como poderes íntegros e independentes.

Disse também que estávamos certos de que corresponderia às expectativas e anseios de toda a magistratura sul-mato-grossense. Preocupava-nos naquela ocasião, a idéia de parecermos bajuladores, com a quebra da independência que deve necessariamente reger nossas relações de dirigentes de Poder. Agora sim, posso e vou agradecer ao Sr. Governador do Estado, Dr. André Puccinelli, pelo incondicional apoio que nos deu nas nossas ações, pelo tratamento lhano e respeitoso que nos dispensou, podendo dizer de público que

não nos faltou em momento algum, nos pleitos que tivemos que endereçar-lhe, a mão responsável, parceira e amiga que buscávamos.

Em nome da magistratura do nosso Estado, muito obrigado. Também à augusta Assembléia Legislativa, na pessoa do seu Presidente, Deputado Jerson Domingos, que a seu tempo concorreu, na medida da sua competência e sempre com muita consideração e empenho, para tais resultados, examinando, elaborando e aprovando leis do interesse deste Tribunal de Justiça. Meus cumprimentos à nossa Corte de Contas, pelo desempenho responsável no exame das contas públicas e por igual tratamento respeitoso que nos dispensou.

Igual registro devo fazer ao nosso dinâmico Prefeito Municipal, Dr. Nelson Trad Filho, sempre solícito e atento às nossas reivindicações. É este o momento também de reconhecer o destacado papel da Procuradoria Geral do Estado, auxiliando-nos a vencer, com zelo e competência do seu Procurador-Geral e demais Procuradores, os embates que tivemos de enfrentar na defesa das prerrogativas do Poder Judiciário. Senti-me privilegiado ainda em ter atuado ao lado do Ministério Público Estadual, quadro ao qual já tive honra de pertencer, hoje muito bem representado pelo Dr. Miguel Vieira da Silva e da Defensoria Pública, esta última, na pessoa da Procuradora-Chefe da Defensoria Pública Estadual, Dra Edna Regina Batista Nunes da Cunha a quem cumprimento pelo trabalho que juntos desenvolvemos em busca do fortalecimento das nossas instituições. Rendo também meus agradecimentos à nobre classe dos advogados, aqui tão bem representada pela operosa e dinâmica diretoria da OAB, seção de Mato Grosso do Sul, sob a direção de seu Presidente, Dr. Fábio Trad. À Classe dos Notários e Registradores, que por tradição dispensam ao Tribunal de Justiça um tratamento cordial, mesmo diante do quadro que ora muitos enfrentam, fica o nosso abraço cordial. Não poderia omitir o importante papel desempenhado pelos Juízes auxiliares que nos assessoraram nos gabinetes da Presidência, da vice-presidência e na corregedoria-Geral, na solução dos problemas enfrentados no dia-a-dia. Seus pareceres e intervenções, foram decisivos no acerto das soluções que buscávamos.

Devo dirigir-me ainda às juízas e juízes do nosso Estado, da mais próxima a mais distante Comarca, agradecendo a todos, que sensíveis aos nossos apelos, responderam prontamente ao chamado com respeito, excelência e fé na justiça, unidos num ideal comum que é o zelo pelo prestígio e pela dignidade da justiça. Agradeço ainda à nossa associação, a AMAMSUL e ao SINDIJUS, pela forma de atuação positiva que tiveram à frente daquelas Entidades, sem nunca contudo, em seus pleitos, terem entrado em confronto com a nossa Administração. No plano interno da instituição, devo abrir um destaque todo especial, para falar dos nossos servidores, primeiro os dos Fóruns, e que ao lado dos nossos Juízes ficam na linha de frente atendendo aos jurisdicionados, não obstante, algumas vezes, com deficiências de material e de pessoal. Quanto aos funcionários desta casa, meus amigos, nesta parte, a nossa justiça tem também em vocês um extraordinário patrimônio pelo nível de excelência do trabalho que desenvolvem e pela inestimável colaboração que prestaram à Diretoria que se afasta.

Agradeço à Diretoria-Geral cujo trabalho foi elemento importante no desempenho da presidência, como foi também a participação daqueles que estiveram mais perto de nossos gabinetes e à cada uma das chefias departamentais, sempre trabalhando empenhadas conosco para abrir novas perspectivas para o nosso quadro de servidores, aperfeiçoando os nossos serviços, em busca de qualidade e eficiência. É reconfortante saber que sempre tivemos em cada um de vocês, desde o mais graduado até aqueles que desempenham tarefas de menos complexidade, um amigo, e que sempre souberam que devemos fazer parte de uma cadeia produtiva em direção ao desenvolvimento de um trabalho de excelência.

Foi ótimo trabalhar com todos vocês e como tenho dito, de vê-los sorrir quando nos cruzamos pelos corredores, diariamente. Neste ponto, indispensável abrir um registro muito especial para a equipe da Fundação Getúlio Vargas, e agradecê-la nas pessoas dos Drs. Ronaldo Foresti Werneck e Newton Fleury.

Tenho a certeza de que iniciamos com essa Fundação um empreendimento pioneiro, de ponta, maduro, responsável, um novo modelo de gestão pública, buscando modernizar, dinamizar e inserir a justiça

na virtualidade , como se deseja, num mundo em transformação, num país em desenvolvimento e que sob o comando do Conselho Nacional de Justiça lança raízes no sentido de envolver todo o poder judiciário numa intensa e benéfica onda de transição e evolução.

Com isso, saímos em busca da tão desejada celeridade processual, compatível com os rumos da modernidade e de uma sociedade bem informada, conectada, que experimenta transformações importantes, tudo em benefício da cidadania já globalizada, no mundo plano em que vivemos hoje. Vamos aguardar o - tempo é o senhor da vida. Um último registro com relação aos Srs. Secretários de Estado, autoridades civis, militares e religiosas; Polícia Militar, Comando Militar do Oeste, Base Aérea de Campo Grande e Distrito Naval de Ladário com as quais mantivemos um próximo e agradável relacionamento, e que me agraciaram com dignificantes condecorações.

Encerrando, devo dizer em meu nome e de meus colegas de administração, que sentimo-nos privilegiados por termos no biênio 2007/2008 estado a frente da administração desta Corte de Justiça, assegurando que jamais tivemos a ilusão das glórias, mas levamos conosco o júbilo deste honroso exercício de Administrar o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Muito obrigado.



DISCURSO DE POSSE DO  
DESEMBARGADOR ELPÍDIO HELVÉCIO CHAVES MARTINS  
NO CARGO DE PRESIDENTE DO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Aos dois dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e nove

Excelentíssimos Senhores Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Doutor André Puccinelli; Presidente da Assembléia Legislativa, Deputado Estadual Jerson Domingos; Comandante do Comando Militar do Oeste, General de Exército Rui Alves Catão; Desembargador José Fernandes Filho, neste ato representando o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Desembargador Sérgio Antônio de Resende e o Presidente do Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça, Desembargador Marcus Antônio de Souza Faver; Procurador-Geral de Justiça, Doutor Miguel Vieira da Silva, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Mato Grosso do Sul, Doutor Fábio Trad, Procurador-Geral do Município, Doutor Ernesto Borges Neto, neste ato representando o Prefeito do Município de Campo Grande, Doutor Nélson Trad Filho; Comandante do 6º Distrito Naval de Ladário, Contra-Almirante, César Sidônio Dahia Moreira de Souza; Comandante da Base Aérea de Campo Grande, Tenente Coronel Aviador Reynaldo Pereira Alfarone Júnior, Presidente do Tribunal Regional do Trabalho – 24ª Região, Desembargador Federal Ricardo Geraldo Monteiro Zandona; o Procurador-Geral do Estado, Doutor Rafael Coldibelli Francisco, Defensora-Pública Geral do Estado, Doutora Edna Regina Batista Nunes da Cunha, Diretor da Justiça Federal, Seção de Mato Grosso do Sul, Doutor Renato Toniasso, Presidente do Tribunal de Contas, Conselheiro Cícero de Souza e Presidente da Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul, Dr. Dorival Moreira dos Santos. Senhoras e senhores.

Em meu nome e nos dos Desembargadores comigo hoje empossados na direção superior do Poder Judiciário deste Estado, Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, que assume a Vice-Presidência e Josué de Oliveira, que assume a Corregedoria-Geral de Justiça, saúdo a todos os presentes.

Tenho a honra e a satisfação de registrar que tomo posse na Presidência como sendo o primeiro juiz de carreira oriundo de concurso realizado pelo então novo Estado de Mato Grosso do Sul a ocupar este distinto cargo, na medida em que todos quantos me precederam e que tiveram acesso a este Tribunal de Justiça ou eram provenientes do Estado uno ou ingressaram pelo quinto constitucional.

Neste momento solene, dirijo nossas primeiras palavras a Deus, cuja interseção, proteção e bênçãos nos permitiram chegar a este estágio de nossas vidas e carreiras, de exclusiva dedicação à Magistratura e às causas da Justiça. Rogamos para que Ele nos conceda o privilégio de desempenharmos com competência e sabedoria as nossas novas tarefas administrativas à frente deste Poder, tão combatido nos últimos tempos, mas que vem sendo cada vez mais - e de forma crescente - procurado pelo cidadão na luta pela preservação de seus direitos.

Em segundo lugar, queremos agradecer aos nossos eminentes pares, Desembargadores que compõem este Egrégio Tribunal, pela honra que nos concederam de sufragar nossos nomes como os novos dirigentes do Poder Judiciário, que neste ano de 2009 completa 30 anos de consecução plena em sua tormentosa e espinhosa missão constitucional de, mais do que apenas dizer, verdadeiramente distribuir Justiça.

Quebrando a regra do protocolo que diz que as homenagens devem ser feitas em último lugar, pedimos vênias para iniciarmos prestando nossos agradecimentos a todos que estão aqui abrilhantando este evento e a amigos muito especiais, especialmente aqueles de nosso convívio mais fraterno, que nos orgulham e nos emotivam com suas presenças.

Em nossa alma e em nosso coração, pela importância que lhes damos, tais pessoas merecem agora e neste momento do discurso nosso tributo e preito de gratidão por simplesmente participarem de nossas vidas, sem os quais não saberíamos como existir, não havendo motivo para postergá-las para o final, como se fosse algo absolutamente banal e que fizesse parte do cotidiano de um discurso de ocasião.

Assim, pedimos vênias a todos os demais queridos amigos e autoridades presentes, mas queremos fazer, em primeiro lugar, um agradecimento e homenagem às nossas famílias, constituída por nossos pais, nossas esposas, nossos filhos, netos, irmãos e sobrinhos presentes, além daqueles que Deus, em sua infinita sabedoria e cujas razões o homem não consegue compreender, deliberou levar para junto de si para, de onde estiverem, guiarem-nos em nossa caminhada diária.

Pedindo vênias aos desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli e Josué de Oliveira, aproveito a ocasião para reverenciar, em particular meus familiares, e no tanto que for cabível, estendo também estas homenagens aos seus parentes.

À minha mãe D. Diva, um beijo na sua frente, de agradecimento por tudo o que fez por mim. As honras deste momento lhe pertencem e quero que as receba em espírito juntamente com meu pai Edson. Não importa que ele tenha partido. Sei que está presente, acompanhando a nossa luta e vibra nesse momento importante da minha carreira.

Aos meus irmãos José Carlos, Maria Izabel e Aparecida Regina, todos mais novos e prematuramente tirados do nosso convívio por vontade divina, que sempre incentivaram os meus estudos.

Meus filhos Sephora, Wynia e Emerson Rogério, o meu profundo respeito. Renata e Edson Neto, os últimos, as razões do meu viver, recebam as minhas bençãos. Às minhas noras Adriana e Izabella todo o meu carinho. Aos meus netos a minha lembrança. E aqui, Deus, na sua infinita bondade, me deu a mais nova netinha Loize, minha maravilhosa. Veio para me rejuvenescer e é o combustível que faltava para ir até o fim da minha jornada.

Falta ela, minha esposa, bondosa, carinhosa, paciente e dedicada, companheira de todos os instantes, não medindo sacrifícios para impedir prejuízos à minha atividade funcional. Seu também é este momento solene de minha vida. Rosa, você continua sendo uma Santa com nome de flor. Receba a minha paixão.

A outra homenagem é para realçar aquele que é de longe e destacadamente um dos maiores símbolos da magistratura brasileira. Refiro-me ao Desembargador José Fernandes Filho, que se deslocou de Minas Gerais, de sua estimada Belo Horizonte, para honrar e prestigiar este evento, dando-nos a alegria de sua presença.

Caro amigo Desembargador José Fernandes, seria muito injusto de nossa parte se deixássemos para outra ocasião, ou para mais tarde, para lhe dizer pessoalmente, de público e a todos os presentes, o quão expressiva e profunda é nossa admiração pela sua condição de homem público exemplar, magistrado de inegável talento, brilho e competência, marido, pai, avô e bisavô amoroso, que tem uma biografia como poucos no Brasil têm, a qual deve ser externada e lembrada, para que se constitua no exemplo a ser seguido.

Por toda sua história de luta em prol da magistratura brasileira, antes e depois de ter se aposentado, receba caro amigo o nosso preito de profunda gratidão, o incomensurável respeito, o amor fraternal e o abraço carinhoso de todos os magistrados de Mato Grosso do Sul, a quem estou agora representando, estendendo esta homenagem à sua digníssima e carinhosa esposa, D. Meire.

A administração ora empossada recebe o Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul das mãos do Desembargador João Carlos Brandes Garcia, que esteve coadjuvado no último biênio pelos eminentes desembargadores Ildeu de Souza Campos e Divoncir Schreiner Maranhão. A gestão que hoje se encerra deu

importante contribuição para o desenvolvimento do Poder Judiciário. Não só deu continuidade aos atos administrativos já planejados, como também avançou, com atitudes inovadoras realizadas com extrema competência. Foi um período muito profícuo, marcado por um convívio harmônico com os magistrados, com as demais funções essenciais à Justiça, e os poderes institucionais. Recebam, pois, os nossos parabéns, extensivos a sua equipe de trabalho.

É da responsabilidade do Poder Judiciário dar ao Estado de Mato Grosso do Sul o exemplo de que podemos enfrentar essa crise global mediante a adoção de medidas administrativas que se amoldem ao momento presente e com uma relação institucional respeitosa e objetiva com o Exmo. Sr. Governador do Estado, Dr. André Puccinelli e com o Deputado Jerson Domingos, representante máximo do Poder Legislativo Guaicuru.

Conhecendo-os de longa data, bem sei da capacidade administrativa de ambos e também das difíceis atribuições no âmbito de suas respectivas atuações.

O Governador André Puccinelli não é homem de meias palavras. É homem de ação, de visão, de realizações, de raciocínio rápido e arguto como poucos, e que tem sua administração marcada pela consolidação e materialização de seus projetos de governo em prol da sociedade e do povo de Mato Grosso do Sul.

Por isto que acreditamos piamente, mesmo diante do fantasma dessa crise global em andamento e que atingiu o País, que o Exmo. Sr. Governador, Dr. André Puccinelli, com sua reconhecida competência, dinamismo e preparo, seu próprio e de sua capacitada equipe de trabalho, certamente encontrará as soluções plausíveis e possíveis para continuar a alavancar o desenvolvimento do Estado, não nos deixando à mercê e à deriva da sorte e do destino, muito menos o Poder Judiciário que, como Poder de Estado, deve contar com a compreensão e estrita participação do Sr. Governador no acolhimento das propostas que se tornarem necessárias e indispensáveis para manter e melhorar – em que pese as dificuldades já mencionadas – a estrutura funcional do Poder Judiciário.

Mato Grosso do Sul tem também a oportunidade e a felicidade de ter como Presidente da Assembléia Legislativa o Deputado Jerson Domingos, um homem afinado com os ideais do Governador, e de igual forma preocupado em garantir a sustentabilidade do Governo. Homem público tarimbado, vivido e experiente, sabe das reais necessidades do Poder Judiciário, porque como representante do povo, vivencia nosso dia-a-dia.

Deputado Jerson: além do abraço a V. Exa. e aos egrégios Deputados Estaduais, leve-lhes também a nossa mensagem de que procuraremos administrar com vistas à modernização do Judiciário, mas com enorme responsabilidade e dentro daquilo que for realmente essencial para dar continuidade aos projetos de melhoria no atendimento do homem comum, do cidadão, do jurisdicionado.

A ambos agora nos juntamos, como representantes de um dos Poderes do Estado para, juntos, levarmos adiante com a harmonia e a independência preconizada pela Constituição Federal, a prática das boas ações administrativas para mantermos firmes o prumo e o rumo desta nau chamada Estado de Mato Grosso do Sul em direção ao norte verdadeiro da modernidade e do pleno desenvolvimento.

Senhoras e senhores:

Em face do quadro atual da economia mundial, já mencionado, não podemos cometer a insanidade de adiantar em um discurso de posse quais serão especificamente as ações administrativas da Diretoria hoje empossada. Seria inconsequente afirmar que iremos fazer esta ou aquela alteração ou modificação na estrutura administrativa e funcional do Poder Judiciário do Estado; praticarmos esta ou aquela ação, este ou aquele ato ou medida administrativa.

Luiz Vaz de Camões, em “Rimas”, escreveu:

“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, muda-se o ser, muda-se a confiança; todo o mundo é composto de mudança, tomando sempre novas qualidades.”

Os tempos mudaram! E como! O mundo mudou e muito, neste findar da primeira década do século vinte e um, mas com isso brotam as novas qualidades decorrentes das mudanças. A qualidade que está por trás dessas mudanças é que no presente estamos cientes de que novas metas para o Poder Judiciário devem ser traçadas, frente à crescente procura dos serviços judiciários e da exigência de diminuição do tempo de duração do processo; investimentos devem ser revistos e novas soluções encontradas para superar as adversidades dos tempos difíceis da gigantesca crise que se encontra sobre nós.

As mudanças exigem a adoção de uma terapia financeira adequada que permita, com cautela e controle rigoroso do investimento público, um equilíbrio econômico e financeiro que proporcione a continuidade em rumo ao desenvolvimento sustentável, como bem o expôs Cândido Mendes em artigo escrito na Folha de São Paulo, denominado Lições e Espantos de 2008.

O Poder Judiciário, nesta administração que hoje se inicia, vai procurar fazer o seu melhor, Sr. Governador e prezado Deputado Jerson, buscando apenas os recursos necessários, nada mais do que necessários, que proporcionem os investimentos essenciais para combater o mal do século passado que quer se enraizar também neste século, praga a ser combatida, que é a morosidade processual, que tanto atormenta o jurisdicionado, e o juiz comprometido com a sua função.

Em contrapartida espera-se que os servidores, juízes e desembargadores também dêem a sua parcela de contribuição, investindo-se das responsabilidades atinentes aos seus respectivos cargos, exercitando suas funções sempre com a mente e o pensamento voltados para o fato de que estão desempenhando, com maior ou menor parcela de atribuições – não interessa o quanto – uma função indispensável para a máxima preservação dos direitos decorrentes da cidadania, atividade essencial deste Poder de Estado.

Ousamos apenas adiantar alguns pontos que serão fundamentais para que essa virada de página ocorra dentro deste mandato, tanto quanto possível e tanto quanto o orçamento nos permitir.

O primeiro, é o de que procuraremos mudar integralmente as feições atuais dos Juizados Especiais, já iniciadas pela administração anterior com a virtualização dos procedimentos. Como originais criadores dos Juizados Especiais e antigos exportadores idéias e inovações no âmbito desse micro sistema processual que atinge o grosso da população brasileira, tornamo-nos, infelizmente, anacrônicos e distanciados da realidade que já impera em outros Estados, onde a modernidade e a estrutura organizacional já tornaram obsoleto o atual sistema vivenciado por Mato Grosso do Sul.

A segunda orientação administrativa se insere no âmbito da Escola Superior da Magistratura e da Escola dos Servidores Públicos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

Não é possível esperar dos nossos Juízes o exercício competente de suas respectivas funções se não lhes for proporcionada a reciclagem no conhecimento e aperfeiçoamento dos deveres inerentes às suas funções.

Para isto, a Escola Superior da Magistratura terá desempenho fundamental nesta nova administração e, de igual forma, com idênticos propósitos em relação aos servidores, a Escola dos Servidores do Poder Judiciário.

O cidadão, mais do que o Tribunal de Justiça, não quer erudição dos seus juízes nas sentenças, votos e acórdãos. Isto pode ser deixado para a atividade complementar do magistrado, no exercício do magistério, na publicação de uma obra, no escrever um artigo. O que o cidadão espera, e o Tribunal de Justiça também deseja, é prestação na atividade jurisdicional. Pode-se tolerar o juiz que fundamente de forma deficiente, e para isto a

Escola Superior da Magistratura terá a relevante missão de oferecer cursos de atualização e aperfeiçoamento dos magistrados, aliás agora erigidos à condição de pressuposto para a promoção por merecimento. O que não se pode tolerar é o juiz que não decide, e com sua omissão afeta o jurisdicionado, que sofre com a morosidade das decisões, muitas vezes constituídas de um simples despacho ou até um mero cite-se.

Este é o juiz a ser combatido, o juiz moroso, o juiz tardio, notadamente porque está descumprindo claro e exposto texto constitucional que diz ser direito fundamental do ser humano o direito a uma razoável duração do processo.

Certamente que a Corregedoria-Geral de Justiça, através do eminente Desembargador Josué de Oliveira, agirá com o rigor que se espera para combater casos de tal natureza, exigindo do magistrado o desempenho a contento de suas funções, entregando a prestação jurisdicional requisitada pelo cidadão em um tempo razoável.

Afinal, a ética do trabalho é o primeiro e inafastável atributo moral do magistrado. Por isso, a nossa administração não aceitará o juiz desidioso com seus deveres. Vamos exigir de todos os magistrados que se dediquem com afínco ao trabalho, de modo a resgatar o que sempre foi a maior característica da magistratura estadual, a sua operosidade. Portanto, que fique bem claro desde logo que essa será a baliza da ação administrativa: estimular o juiz para o estrito cumprimento dos seus deveres funcionais, e não tolerar qualquer desvio que possa afetar o conceito do nosso judiciário.

Em contrapartida, é natural que esta Administração também procurará diminuir a carga volumosa de processos que tramitam em primeiro e em segundo graus de jurisdição. E aqui, Sr. Governador, tem ingresso um componente complicado que é a dotação orçamentária, a qual deve ser suficiente para custear os investimentos necessários exigidos para a continuidade da modernização e pleno funcionamento do Poder Judiciário, possibilitando que dê cumprimento à sua missão constitucional.

Apenas a título de exemplificação, é premente a instalação das varas e juizados já criados; aparelhar todos os magistrados de entrância inicial com um assessor; criar novas varas cíveis e criminais na capital e no interior e, por último, mas não menos importante, criar outros cargos de Desembargador neste Tribunal, desafogando, assim, os processos tanto em primeiro quanto em segundo graus de jurisdição.

Como se tudo isso não bastasse, ainda é necessário continuar a investir na informatização, que se revela essencial e indispensável para o bom desempenho dos serviços judiciários; construir novo prédio do Fórum da comarca de Campo Grande, pela impossibilidade de ampliação do atual, desmembrando as varas cíveis das varas criminais; construir, também, prédio próprio para os Juizados Especiais e, além disso, aumentar a área física deste Tribunal de Justiça, já sem espaço para o desenvolvimento normal do trabalho da administração, dos desembargadores e do pessoal de sua Secretaria Judiciária.

Bem se vê a difícil tarefa que se nos apresenta.

Não há que se perder de vista, entretanto, que investir no Poder Judiciário é despesa realizada na área social, na medida em que não somos nós, juizes, quem necessitamos de melhoria na estrutura funcional do Poder, mas o povo, o cidadão, o jurisdicionado, que tem necessidade do pleno, normal e absoluto funcionamento deste Poder, essencial para a democracia e manutenção do Estado de Direito. Sem ele, há um corpo sem alma, um ser inanimado, mecânico e inservível aos desígnios constitucionais.

Há ainda outras questões importantes para as quais estaremos também voltados, a começar pelo enfrentamento do tema relativo à revisão do subsídio dos magistrados, que não sofre qualquer alteração desde

o ano de 2006, agregando-me ao trabalho que já vem sendo desenvolvido pelo Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil, num trabalho voluntário que teve início como Desembargador José Fernandes Filho, ainda na qualidade de Presidente do Colégio de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil.

Essa revisão implica, a meu modo de ver, não só em fixar um novo teto para o subsídio dos Ministros do S.T.F., base dos subsídios da magistratura brasileira (que deve considerar a inflação acumulada de quase 15% nesse tempo), mas também, em especial, a re-implantação do adicional por tempo de serviço, que era o verdadeiro diferencial na carreira da magistratura e que foi indevidamente suprimido e incorporado pelo subsídio, sem se atentar para o fato de que subsídio é pago a detentores de mandato e não para membros de carreira, como é a magistratura, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Como se vê, e numa breve emolduração das linhas gerais a serem enfrentadas por esta Administração, há muito trabalho a ser feito.

O que hoje se inicia certamente não irá se findar com o término do mandato desta Diretoria, mas terá, como sucedeu até aqui, continuidade com a próxima e também com as seguintes.

Antes de encerrar, saliento que tenho a honra de contar com o talento, a competência e a dedicação dos Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli e Josué de Oliveira, e com o apoio essencial, que confio não nos faltará, do Órgão Especial e do Pleno deste Tribunal, que muito contribuirão para que os atos da administração que ora se inicia atinjam os objetivos para os quais estarão voltados, em prol, em última análise, de nosso querido povo de Mato Grosso do Sul.

Deixo à reflexão de todos nós, notadamente dos magistrados, o pensamento de Samuel Smiles, do qual compartilho, quando disse: “A obediência ao dever, a qualquer custo e risco, é a essência da vida mais elevadamente civil.”

Rogamos a Deus que proteja e ilumine nossos caminhos, nossas escolhas, nossas mentes e nossos corações e que em sua infinita bondade nos dê vida, saúde e sabedoria para podermos enfrentar esse novo biênio com a fé inabalável de que tudo faremos para melhorar ainda mais a qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, em benefício de seus cidadãos e em benefício da cidadania. Nosso abraço carinhoso a todos vocês e o muito obrigado



DISCURSO DE SAUDAÇÃO,  
PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS SANTINI,  
EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE  
MATO GROSSO DO SUL, NA POSSE DA NOVA DIRETORIA

Aos dois dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e nove

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente, Elpídio Helvécio Chaves Marins, Excelentíssimo Senhor governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Dr. André Puccinelli, Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembleia Legislativa, Deputado Gerson Domingos, Excelentíssimo Senhor Comandante do Comando Militar do Oeste, General do Exército, Rui Alves Catão, Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça Dr. Miguel Vieira da Silva, Excelentíssimo Senhor Presidente da OAB/MS, Dr. Fábio Trad, Excelentíssimo Senhor Desembargador e amigo José Fernandes Filho, representando, neste ato, o Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Des. Sérgio Antônio de Resende, Presidente do Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça, Des. Marco Antônio Souza. Senhores e senhoras: Em nome destas autoridades citadas, peço vênica para, também homenagear todas as demais autoridades que ocupam lugar de destaque nesta sessão solene. Senhores Desembargadores: A ordem regimental impõe, pela posse da nova administração; portanto, do Poder Judiciário Estadual, esta reunião do Tribunal, em sua composição plena e, a mim, a responsabilidade de saudá-los. O que faço, reservando palavras, permita-me Senhor Presidente, para considerações sobre alguns problemas que afetam o judiciário, não todo. Nos últimos dois anos, sobre o comando sereno; mas, firme, do Des. João Carlos Brandes Garcia, O Tribunal de Justiça passou por radicais transformações: Aumento do número de membros; criação do Órgão Especial; modificação da estrutura administrativa, com aperfeiçoamento do sistema de informatização e modificações nos espaços físicos dos fóruns e dos juizados especiais. Tudo, para que a prestação jurisdicional tornasse mais célere.

Para tanto, contou com a participação do Des. Ildeu de Souza Campos e do Des. Divoncir Schreiner Maran, Vice-Presidente e Corregedor, respectivamente. Foi uma administração eficiente e eficaz. O Tribunal agradece a administração, cujo mandato se expirou. Mas, o momento é de olharmos para frente. O passado, somente para meditar. O novel Presidente Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, coadjuvado pelos Des. Paulo Alfeu Puccinelli e Josué de Oliveira, Vice-Presidente e Corregedor-Geral de Justiça, são todos magistrados de carreira.

Homens de mentes abertas e palavras francas. Preocupados, sempre, em fazer justiça, aplicando a Lei, com a preocupação de sua celeridade e eficácia. Intelectuais, que defendem suas posições, em suporte legal, fundamentado. Sem serem, contudo, intransigentes; ante, fundamentos legais mais fortes em sentido contrário. Em suma, o Poder Judiciário do nosso Estado se encontra, neste biênio, Senhor Presidente, em ótimas mãos, exatamente, como esteve nos biênios passados, não temos a menor dúvida disso. Entretanto, Senhor Presidente, se o Poder encontra-se em mãos eficientes e competentes juristas, eminentes Desembargadores, autoridades, senhoras e senhores, os problemas a serem enfrentados possuem complexidade, nunca dantes imaginado.

Complexidade que, no decorrer dos anos, tornou-se, aparentemente, insolúvel porque, como tentarei demonstrar, requer não somente a competência jurídica; mas, aliada a essa, uma mudança do próprio entendimento sobre as obrigações dos que, magistrados, promotores de justiça, advogados, exercem a responsabilidade pelo processo judicial. Pela manutenção da ordem jurídica e da paz social. Várias e complexas são as dificuldades:

Em primeiro, algumas delas, ao alegado custo da manutenção do aparelho judiciário.



Em segundo, o valor das taxas para acesso a justiça. Terceiro, afetando toda a credibilidade da ação judiciária do Estado, que é a morosidade do processo judicial. E quarto, a sensação de impunidade.

Em relação ao preço que a população paga por meio dos tributos, para a manutenção do aparelho judiciário, o problema, na realidade, só existe na visão dos maus intencionados ou ignorantes.

Senão vejamos:

Segundo os dados, obtidos na Corregedoria-Geral de Justiça e na Secretaria-Geral do Tribunal, no sistema à disposição de toda a população de Mato Grosso do Sul, foram julgados, em primeira instância, no ano passado, 250 mil, quinhentos e dez processos e no mesmo ano o Tribunal recebeu 42 mil, setecentos e sessenta e quatro recursos, dos quais julgou 39 mil, quatrocentos e dez. Subtraindo-se dos 250 mil, os 42 mil, e ao resultado, somando-se os recursos julgados, obtêm-se o número de 246.920 julgamentos finais. O que podemos chamar de processos findos.

O orçamento, realizado pelo Tribunal de Justiça, com os encargos, impostos de renda, previdência social e outros, foi de duzentos e quarenta e dois milhões, quinhentos e quarenta e cinco mil, cento e onze reais e noventa e quatro centavos. Dos quais, dividindo-se pelo número de julgamentos, duzentos e quarenta e seis mil, novecentos e vinte, obtêm-se o resultado de novecentos e oitenta e dois reais e vinte oito centavos, por julgamento/ano.

Ora, diante do número de eleitores do estado de Mato Grosso do Sul e entender que o eleitor é a pessoa que realiza os negócios jurídicos, porque é maior de idade; portanto, possui interesses em discussão judicial, mostra ser, o encargo anual, imposto a cada eleitor, de menos de um centavo de real, por decisão terminativa de processo.

Decisão que obriga o respeito ao direito alheio. Não há como argumentar com o custo da manutenção do Tribunal de Justiça, em relação aos encargos exigidos da sociedade. Pois se custo há, deve-se ter em mente a finalidade e a eficácia das despesas orçamentárias.

O segundo problema diz respeito às taxas para ingresso perante o Poder Judiciário Estadual e quando o Tribunal pretendeu adequá-las, houve toda uma oposição, baseada no argumento de haver impedimento para tal ingresso. Mas, não é bem assim; isto é meio verdade. No exame do valor dessas taxas e considerando os números já referidos, um exame acurado demonstra que tal exigência, as custas que são pagas quando do ingresso de ações judiciais, encontram-se desigualmente distribuídos à população do Estado.

Vejamos: 1-O Estado possui cerca de um milhão, seiscentos e vinte mil eleitores. Mas, no ano de 2008 foram distribuídos, ingressados e julgados no Poder Judiciário 250 mil, quinhentos e dez processos. Dividindo-se um milhão e seiscentos por 250 mil, verificamos que menos de um sexto dos eleitores necessitaram utilizar o aparelho judiciário do Estado para que seus direitos fossem garantidos. O que significa que somente 15,66 % não cumpriram, voluntariamente, com as suas obrigações, exigindo-se a atuação do Poder Judiciário. Desse número, conforme consta do sistema informatizado do Tribunal, somente 30% dos recursos obtiveram solução favorável ao que recorreu.

Posso afirmar, com absoluta certeza que 19,96% dos eleitores; portanto, minoria absoluta, não obtiveram ganhos em seus processos. É assim, utilizam o Judiciário para não cumprirem com suas obrigações voluntariamente. Como a manutenção do Poder é feita por todos que pagam impostos.

Concluo, com a certeza oferecida pelos números, que a imensa maioria que cumpre com as suas obrigações está, por meio dos tributos cobrados no Estado de Mato Grosso do Sul, subsidiando aos que não cumprem a lei. Como se nota, portanto, não havia a necessidade de toda a polêmica sobre o envio do projeto de lei, atualizando as nossas taxas judiciais. Pelo contrário, deveria esse projeto ter sido louvado. Mas, infelizmente não o foi.

O terceiro e mais complexo problema é a morosidade da justiça. Em 2007, logo após o trágico acidente aéreo no aeroporto de Congonhas, em São Paulo, o jornal o Estado de São Paulo publica reportagem sobre um processo de indenização, pedido por uma viúva e filhos, passageiros, falecidos em acidente aéreo ocorrido em 1983, no aeroporto de Araçatuba, no mesmo Estado. Processo esse que, desde o dia fatídico e até o ano de 2007, não havia, ainda, chegado ao final. Ante as disposições do Código Civil de 1916, bem como a Constituição Republicana de 1967, tal qual consta, hoje, na constituição e na Lei, Código Civil, a responsabilidade pelo transporte era e é objetiva, não necessitando de apuração de culpa; mas, tão somente, o valor da indenização. Indago? Será que são necessários vinte e quatro anos, para verificar quanto recebia, por ano, o falecido? E qual desse valor seria necessário para manter a viúva e os filhos? Qual a complexidade para a solução daquele problema de indenização? Esse exemplo, eu sei, é por demais forte. Mas, uma infinidade de problema semelhante, ou mesmo idêntico a este chegam, diariamente, às mãos dos juízes. E, se a demora não é de vinte e tantos anos, pode chegar a dois, três, quatro, cinco anos, mesmo que inexista complexidade no exame da obrigação posta a julgamento. Seria, então, culpa dos magistrados? Não. A culpa não é dos Juízes.

O processo judicial de pouca ou nenhuma complexidade para a sua solução, entre a leitura do requerimento inicial, da resposta da parte contrária, da audiência de instrução, além de elaborar sentença demanda, aproximadamente, três ou quatro horas de trabalho.

Dando continuidade, foi agradecido a presença de todos a esta cerimônia, em especial às autoridades civis, militares, eclesiásticas que se apresentaram ao serviço de protocolo e emprestaram destacado brilho a esta solenidade. Suas presenças serão registradas na ata desta seção extraordinária do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça.

Agradecimentos especiais ainda à toda comunidade jurídica: Magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos; a valorosa Classe dos Advogados, Senhoras, Senhores, Familiares e amigos dos empossados. Obrigado por suas presenças amigas e por particular significado que emprestaram a este momento mágico desta cerimônia. Logo após, convidou-se o Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Desembargador Elpídio Helvécio Chaves Martins para fazer seu pronunciamento: “Excelentíssimos Senhores Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Doutor André Puccinelli; Presidente da Assembleia Legislativa, Deputado Estadual Jerson Domingos; Comandante do Comando Militar do Oeste, General de Exército Rui Alves Catão; Desembargador José Fernandes Filho, neste ato representando o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Desembargador Sérgio Antônio de Resende e o Presidente do Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça, Desembargador Marcus Antônio de Souza Faver; Procurador-Geral de Justiça, Doutor Miguel Vieira da Silva, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Mato Grosso do Sul, Doutor Fábio Trad, Procurador-Geral do Município, Doutor Ernesto Borges Neto, neste ato representando o Prefeito do Município de Campo Grande, Doutor Nelson Trad Filho; Comandante do 6º Distrito Naval de Ladário, Contra-Almirante, César Sidônio Dahia Moreira de Souza; Comandante da Base Aérea de Campo Grande, Tenente Coronel Aviador Reynaldo Pereira Alfarone Júnior, Presidente do Tribunal Regional do Trabalho – 24ª Região, Desembargador Federal Ricardo Geraldo Monteiro Zandona; o Procurador-Geral do Estado, Doutor Rafael Coldibelli Francisco, Defensora-Pública Geral do Estado, Doutora Edna Regina Batista Nunes da Cunha, Diretor da Justiça Federal, Seção de Mato Grosso do Sul, Doutor Renato Toniasso, Presidente do Tribunal de Contas, Conselheiro Cícero de Souza e Presidente da Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul, Dr. Dorival Moreira dos Santos. Senhoras e senhores. Em meu nome e nos dos Desembargadores comigo hoje empossados na direção superior do Poder Judiciário deste Estado, Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, que assume a Vice-Presidência e Josué de Oliveira, que assume a Corregedoria-Geral de Justiça, saúdo a todos os presentes.

Tenho a honra e a satisfação de registrar que tomo posse na Presidência como sendo o primeiro juiz de carreira oriundo de concurso realizado pelo então novo Estado de Mato Grosso do Sul a ocupar este distinto cargo, à medida que todos quantos me precederam e que tiveram acesso a este Tribunal de Justiça ou eram provenientes do Estado uno ou ingressaram pelo quinto constitucional.

Neste momento solene, dirijo nossas primeiras palavras a Deus, cuja interseção, proteção e bênçãos nos permitiram chegar a este estágio de nossas vidas e carreiras, de exclusiva dedicação à Magistratura e às causas da Justiça. Rogamos para que Ele nos conceda o privilégio de desempenharmos com competência e sabedoria as nossas novas tarefas administrativas à frente deste Poder, tão combatido nos últimos tempos, mas que vem sendo cada vez mais - e de forma crescente - procurado pelo cidadão na luta pela preservação de seus direitos.

Em segundo lugar, queremos agradecer aos nossos eminentes pares, Desembargadores que compõem este Egrégio Tribunal, pela honra que nos concederam de sufragar nossos nomes como os novos dirigentes do Poder Judiciário, que neste ano de 2009 completa 30 anos de consecução plena em sua tormentosa e espinhosa missão constitucional de, mais do que apenas dizer, verdadeiramente distribuir Justiça.

Quebrando a regra do protocolo que diz que as homenagens devem ser feitas em último lugar, pedimos vênias para iniciarmos prestando nossos agradecimentos a todos que estão aqui abrilhantando este evento e a amigos muito especiais, especialmente aqueles de nosso convívio mais fraterno, que nos orgulham e nos emotivam com suas presenças. Em nossa alma e em nosso coração, pela importância que lhes damos, tais pessoas merecem agora e neste momento do discurso nosso tributo e preito de gratidão por simplesmente participarem de nossas vidas, sem os quais não saberíamos como existir, não havendo motivo para postergá-las para o final, como se fosse algo absolutamente banal e que fizesse parte do cotidiano de um discurso de ocasião.

Assim, pedimos vênias a todos os demais queridos amigos e autoridades presentes, mas queremos fazer, em primeiro lugar, um agradecimento e homenagem às nossas famílias, constituída por nossos pais, nossas esposas, nossos filhos, netos, irmãos e sobrinhos presentes, além daqueles que Deus, em sua infinita sabedoria e cujas razões o homem não consegue compreender, deliberou levar para junto de si para, de onde estiverem, guiarem-nos em nossa caminhada diária.

Pedindo vênias aos desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli e Josué de Oliveira, aproveito a ocasião para reverenciar, em particular meus familiares, e no tanto que for cabível, estendo também estas homenagens aos seus parentes. À minha mãe D. Diva, um beijo na sua frente, de agradecimento por tudo o que fez por mim.

As honras deste momento lhe pertencem e quero que as receba em espírito juntamente com meu pai Edson. Não importa que ele tenha partido. Sei que está presente, acompanhando a nossa luta e vibra nesse momento importante da minha carreira. Aos meus irmãos José Carlos, Maria Izabel e Aparecida Regina, todos mais novos e prematuramente tirados do nosso convívio por vontade divina, que sempre incentivaram os meus estudos. Meus filhos Sephora, Wynia e Emerson Rogério, o meu profundo respeito. Renata e Edson Neto, os últimos, as razões do meu viver, recebam as minhas bênçãos. Às minhas noras Adriana e Izabella todo o meu carinho. Aos meus netos a minha lembrança.

E aqui, Deus, na sua infinita bondade, me deu a mais nova netinha Loize, minha maravilhosa. Veio para me rejuvenescer e é o combustível que faltava para ir até o fim da minha jornada. Falta ela, minha esposa, bondosa, carinhosa, paciente e dedicada, companheira de todos os instantes, não medindo sacrifícios para impedir prejuízos à minha atividade funcional. Seu também é este momento solene de minha vida. Rosa, você continua sendo uma Santa com nome de flor. Receba a minha paixão.

A outra homenagem é para realçar aquele que é de longe e destacadamente um dos maiores símbolos da magistratura brasileira. Refiro-me ao Desembargador José Fernandes Filho, que se deslocou de Minas Gerais, de sua estimada Belo Horizonte, para honrar e prestigiar este evento, dando-nos a alegria de sua presença. Caro amigo Desembargador José Fernandes, seria muito injusto de nossa parte se deixássemos para outra ocasião, ou para mais tarde, para lhe dizer pessoalmente, de público e a todos os presentes, o quão expressiva e profunda é nossa admiração pela sua condição de homem público exemplar, magistrado de inegável talento, brilho e competência, marido, pai, avô e bisavô amoroso, que tem uma biografia como poucos no Brasil têm, a qual deve ser externada e lembrada, para que se constitua no exemplo a ser seguido.

Por toda sua história de luta em prol da magistratura brasileira, antes e depois de ter se aposentado, receba caro amigo o nosso preito de profunda gratidão, o incomensurável respeito, o amor fraternal e o abraço carinhoso de todos os magistrados de Mato Grosso do Sul, a quem estou agora representando, estendendo esta homenagem à sua digníssima e carinhosa esposa, D. Meire.

A administração ora empossada recebe o Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul das mãos do Desembargador João Carlos Brandes Garcia, que esteve coadjuvado no último biênio pelos eminentes desembargadores Ildeu de Souza Campos e Divoncir Schreiner Maran.

A gestão que hoje se encerra deu importante contribuição para o desenvolvimento do Poder Judiciário. Não só deu continuidade aos atos administrativos já planejados, como também avançou, com atitudes inovadoras realizadas com extrema competência. Foi um período muito profícuo, marcado por um convívio harmônico com os magistrados, com as demais funções essenciais à Justiça, e os poderes institucionais. Recebam, pois, os nossos parabéns, extensivos a sua equipe de trabalho.

É da responsabilidade do Poder Judiciário dar ao Estado de Mato Grosso do Sul o exemplo de que podemos enfrentar essa crise global mediante a adoção de medidas administrativas que se amoldem ao momento presente e com uma relação institucional respeitosa e objetiva com o Exmo. Sr. Governador do Estado, Dr. André Puccinelli e com o Deputado Jerson Domingos, representante máximo do Poder Legislativo Guaicuru. Conhecendo-os de longa data, bem sei da capacidade administrativa de ambos e também das difíceis atribuições no âmbito de suas respectivas atuações. O Governador André Puccinelli não é homem de meias palavras. É homem de ação, de visão, de realizações, de raciocínio rápido e arguto como poucos, e que tem sua administração marcada pela consolidação e materialização de seus projetos de governo em prol da sociedade e do povo de Mato Grosso do Sul. Por isto que acreditamos piamente, mesmo diante do fantasma dessa crise global em andamento e que atingiu o País, que o Exmo. Sr. Governador, Dr. André Puccinelli, com sua reconhecida competência, dinamismo e preparo, seu próprio e de sua capacitada equipe de trabalho, certamente encontrará as soluções plausíveis e possíveis para continuar a alavancar o desenvolvimento do Estado, não nos deixando à mercê e à deriva da sorte e do destino, muito menos o Poder Judiciário que, como Poder de Estado, deve contar com a compreensão e estrita participação do Sr. Governador no acolhimento das propostas que se tornarem necessárias e indispensáveis para manter e melhorar – em que pese as dificuldades já mencionadas – a estrutura funcional do Poder Judiciário.

Mato Grosso do Sul tem também a oportunidade e a felicidade de ter como Presidente da Assembléia Legislativa o Deputado Jerson Domingos, um homem afinado com os ideais do Governador, e de igual forma preocupado em garantir a sustentabilidade do Governo. Homem público tarimbado, vivido e experiente, sabe das reais necessidades do Poder Judiciário, porque como representante do povo, vivencia nosso dia-a-dia. Deputado Jerson: além do abraço a V. Exa. e aos egrégios Deputados Estaduais, leve-lhes também a nossa mensagem de que procuraremos administrar com vistas à modernização do Judiciário, mas com enorme responsabilidade e dentro daquilo que for realmente essencial para dar continuidade aos projetos de melhoria no atendimento do homem comum, do cidadão, do jurisdicionado. A ambos agora nos juntamos, como representantes de um dos Poderes do Estado para, juntos, levarmos adiante com a harmonia e a independência preconizada pela Constituição Federal, a prática das boas ações administrativas para mantermos firmes o prumo e o rumo desta nau chamada Estado de Mato Grosso do Sul em direção ao norte verdadeiro da modernidade e do pleno desenvolvimento. Senhoras e senhores: Em face do quadro atual da economia mundial, já mencionado, não podemos cometer a insanidade de adiantar em um discurso de posse quais serão especificamente as ações administrativas da Diretoria hoje empossada. Seria inconsequente afirmar que iremos fazer esta ou aquela alteração ou modificação na estrutura administrativa e funcional do Poder Judiciário do Estado; praticarmos esta ou aquela ação, este ou aquele ato ou medida administrativa. Luiz Vaz de Camões, em “Rimas”, escreveu: “Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, muda-se o ser, muda-se a confiança; todo o mundo é composto de mudança, tomando sempre novas qualidades.” Os tempos mudaram! E como! O mundo mudou e muito, neste findar da primeira década do século vinte e um, mas com isso brotam as novas qualidades decorrentes das mudanças.

A qualidade que está por trás dessas mudanças é que no presente estamos cientes de que novas metas para o Poder Judiciário devem ser traçadas, frente à crescente procura dos serviços judiciários e da exigência de diminuição do tempo de duração do processo; investimentos devem ser revistos e novas soluções encontradas para superar as adversidades dos tempos difíceis da gigantesca crise que se encontra sobre nós. As mudanças exigem a adoção de uma terapia financeira adequada que permita, com cautela e controle rigoroso do investimento público, um equilíbrio econômico e financeiro que proporcione a continuidade em rumo ao desenvolvimento sustentável, como bem o expôs Cândido Mendes em artigo escrito na Folha de São Paulo, denominado Lições e Espantos de 2008. O Poder Judiciário, nesta administração que hoje se inicia, vai procurar fazer o seu melhor, Sr. Governador e prezado Deputado Jerson, buscando apenas os recursos necessários, nada mais do que necessários, que proporcionem os investimentos essenciais para combater o mal do século passado que quer se enraizar também neste século, praga a ser combatida, que é a morosidade processual, que tanto atormenta o jurisdicionado, e o juiz comprometido com a sua função.

Em contrapartida espera-se que os servidores, juízes e desembargadores também dêem a sua parcela de contribuição, investindo-se das responsabilidades atinentes aos seus respectivos cargos, exercitando suas funções sempre com a mente e o pensamento voltados para o fato de que estão desempenhando, com maior ou menor parcela de atribuições – não interessa o quanto – uma função indispensável para a máxima preservação dos direitos decorrentes da cidadania, atividade essencial deste Poder de Estado. Ousamos apenas adiantar alguns pontos que serão fundamentais para que essa virada de página ocorra dentro deste mandato, tanto quanto possível e tanto quanto o orçamento nos permitir.

O primeiro, é o de que procuraremos mudar integralmente as feições atuais dos Juizados Especiais, já iniciadas pela administração anterior com a virtualização dos procedimentos. Como originais criadores dos Juizados Especiais e antigos exportadores idéias e inovações no âmbito desse micro sistema processual que atinge o grosso da população brasileira, tornamo-nos, infelizmente, anacrônicos e distanciados da realidade que já impera em outros Estados, onde a modernidade e a estrutura organizacional já tornaram obsoleto o atual sistema vivenciado por Mato Grosso do Sul.

A segunda orientação administrativa se insere no âmbito da Escola Superior da Magistratura e da Escola dos Servidores Públicos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul. Não é possível esperar dos nossos Juízes o exercício competente de suas respectivas funções se não lhes for proporcionada a reciclagem no conhecimento e aperfeiçoamento dos deveres inerentes às suas funções.

Para isto, a Escola Superior da Magistratura terá desempenho fundamental nesta nova administração e, de igual forma, com idênticos propósitos em relação aos servidores, a Escola dos Servidores do Poder Judiciário. O cidadão, mais do que o Tribunal de Justiça, não quer erudição dos seus juízes nas sentenças, votos e acórdãos. Isto pode ser deixado para a atividade complementar do magistrado, no exercício do magistério, na publicação de uma obra, no escrever um artigo. O que o cidadão espera, e o Tribunal de Justiça também deseja, é presteza na atividade jurisdicional. Pode-se tolerar o juiz que fundamente de forma deficiente, e para isto a Escola Superior da Magistratura terá a relevante missão de oferecer cursos de atualização e aperfeiçoamento dos magistrados, aliás agora erigidos à condição de pressuposto para a promoção por merecimento. O que não se pode tolerar é o juiz que não decide, e com sua omissão afeta o jurisdicionado, que sofre com a morosidade das decisões, muitas vezes constituídas de um simples despacho ou até um mero cite-se. Este é o juiz a ser combatido, o juiz moroso, o juiz tardio, notadamente porque está descumprindo claro e expresso texto constitucional que diz ser direito fundamental do ser humano o direito a uma razoável duração do processo.

Certamente que a Corregedoria-Geral de Justiça, através do eminente Desembargador Josué de Oliveira, agirá com o rigor que se espera para combater casos de tal natureza, exigindo do magistrado o desempenho a contento de suas funções, entregando a prestação jurisdicional requisitada pelo cidadão em um tempo razoável. Afinal, a ética do trabalho é o primeiro e inafastável atributo moral do magistrado. Por isso, a nossa administração não aceitará o juiz desidioso com seus deveres.



Vamos exigir de todos os magistrados que se dediquem com afinco ao trabalho, de modo a resgatar o que sempre foi a maior característica da magistratura estadual, a sua operosidade. Portanto, que fique bem claro desde logo que essa será a baliza da ação administrativa: estimular o juiz para o estrito cumprimento dos seus deveres funcionais, e não tolerar qualquer desvio que possa afetar o conceito do nosso judiciário.

Em contrapartida, é natural que esta Administração também procurará diminuir a carga volumosa de processos que tramitam em primeiro e em segundo grau de jurisdição.

E aqui, Sr. Governador, tem ingresso um componente complicado que é a dotação orçamentária, a qual deve ser suficiente para custear os investimentos necessários exigidos para a continuidade da modernização e pleno funcionamento do Poder Judiciário, possibilitando que dê cumprimento à sua missão constitucional. Apenas a título de exemplificação, é premente a instalação das varas e juizados já criados; aparelhar todos os magistrados de entrância inicial com um assessor; criar novas varas cíveis e criminais na capital e no interior e, por último, mas não menos importante, criar outros cargos de Desembargador neste Tribunal, desafogando, assim, os processos tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição.

Como se tudo isso não bastasse, ainda é necessário continuar a investir na informatização, que se revela essencial e indispensável para o bom desempenho dos serviços judiciários; construir novo prédio do Fórum da comarca de Campo Grande, pela impossibilidade de ampliação do atual, desmembrando as varas cíveis das varas criminais; construir, também, prédio próprio para os Juizados Especiais e, além disso, aumentar a área física deste Tribunal de Justiça, já sem espaço para o desenvolvimento normal do trabalho da administração, dos desembargadores e do pessoal de sua Secretaria Judiciária. Bem se vê a difícil tarefa que se nos apresenta.

Não há que se perder de vista, entretanto, que investir no Poder Judiciário é despesa realizada na área social, na medida em que não somos nós, juízes, quem necessitamos de melhoria na estrutura funcional do Poder, mas o povo, o cidadão, o jurisdicionado, que tem necessidade do pleno, normal e absoluto funcionamento deste Poder, essencial para a democracia e manutenção do Estado de Direito. Sem ele, há um corpo sem alma, um ser inanimado, mecânico e inservível aos desígnios constitucionais. Há ainda outras questões importantes para as quais estaremos também voltados, a começar pelo enfrentamento do tema relativo à revisão do subsídio dos magistrados, que não sofre qualquer alteração desde o ano de 2006, agregando-me ao trabalho que já vem sendo desenvolvido pelo Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil, num trabalho voluntarioso que teve início como Desembargador José Fernandes Filho, ainda na qualidade de Presidente do Colégio de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil. Essa revisão implica, a meu modo de ver, não só em fixar um novo teto para o subsídio dos Ministros do STF, base dos subsídios da magistratura brasileira (que deve considerar a inflação acumulada de quase 15% nesse tempo), mas também, em especial, a re-implantação do adicional por tempo de serviço, que era o verdadeiro diferencial na carreira da magistratura e que foi indevidamente suprimido e incorporado pelo subsídio, sem se atentar para o fato de que subsídio é pago a detentores de mandato e não para membros de carreira, como é a magistratura, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Como se vê, e numa breve emolduração das linhas gerais a serem enfrentadas por esta Administração, há muito trabalho a ser feito.

O que hoje se inicia certamente não irá se findar com o término do mandato desta Diretoria, mas terá, como sucedeu até aqui, continuidade com a próxima e também com as seguintes. Antes de encerrar, saliento que tenho a honra de contar com o talento, a competência e a dedicação dos Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli e Josué de Oliveira, e com o apoio essencial, que confio não nos faltará, do Órgão Especial o do Pleno deste Tribunal, que muito contribuirão para que os atos da administração que ora se inicia atinjam os objetivos para os quais estarão voltados, em prol, em última análise, de nosso querido povo de Mato Grosso do Sul. Deixo à reflexão de todos nós, notadamente dos magistrados, o pensamento de Samuel Smiles, do qual compartilho, quando disse: “A obediência ao dever, a qualquer custo e risco, é a essência da vida mais elevadamente civil.”

Rogamos a Deus que proteja e ilumine nossos caminhos, nossas escolhas, nossas mentes e nossos corações e que em sua infinita bondade nos dê vida, saúde e sabedoria para podermos enfrentar esse novo biênio com a fé inabalável de que tudo faremos para melhorar ainda mais a qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, em benefício de seus cidadãos e em benefício da cidadania.

Nosso abraço carinhoso a todos vocês e o muito obrigado.



REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# ÍNDICE ONOMÁSTICO



## JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

### **Atapoã da Costa Feliz**

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| Apelação Cível n. 2008.022492-7 ..... | 38 |
| Apelação Cível n. 2008.022851-6 ..... | 42 |
| Apelação Cível n. 2008.033499-8 ..... | 46 |

### **Divoncir Schreiner Maran**

|                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------|----|
| Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2004.009408-6/0001-00 ..... | 51 |
| Apelação Cível n. 2004.011391-9 .....                              | 55 |
| Apelação Cível n. 2005.003956-3 .....                              | 58 |

### **Dorival Renato Pavan**

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| Apelação Cível n. 2008.017726-4 ..... | 65 |
| Apelação Cível n. 2008.029031-1 ..... | 69 |
| Agravo n. 2008.037193-4 .....         | 77 |

### **Elpídio Helvécio Chaves Martins**

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| Apelação Cível n. 2008.005698-4 ..... | 83 |
| Apelação Cível n. 2008.028104-4 ..... | 87 |
| Apelação Cível n. 2008.033220-0 ..... | 92 |

### **Fernando Mauro Moreira Marinho**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| Apelação Cível n. 2008.005425-8 ..... | 98  |
| Agravo n. 2008.008896-7 .....         | 105 |
| Agravo n. 2008.009029-2 .....         | 112 |

### **Hildebrando Coelho Neto**

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2008.005868-9/0001-00 ..... | 119 |
| Apelação Cível n. 2008.009475-7 .....                                    | 126 |
| Apelação Cível n. 2008.027574-2 .....                                    | 163 |

### **Ildeu de Souza Campos**

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| Mandado de Segurança n. 2008.029261-4 ..... | 174 |
| Agravo n. 2008.032377-5 .....               | 179 |
| Mandado de Segurança n. 2008.034113-7 ..... | 187 |

**João Carlos Brandes Garcia**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| Apelação Cível n. 2008.034279-9 ..... | 191 |
|---------------------------------------|-----|

**João Maria Lós**

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| Apelação Cível n. 2004.000639-0 .....                      | 194 |
| Agravo Regimental em Agravo n. 2008.033426-6/0001-00 ..... | 200 |
| Agravo Regimental em Agravo n. 2008.036358-0/0001-00 ..... | 204 |

**Joenildo de Sousa Chaves**

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| Agravo n. 2008.023443-0 ..... | 212 |
| Agravo n. 2008.031595-0 ..... | 219 |
| Agravo n. 2008.035652-3 ..... | 222 |

**Josué de Oliveira**

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| Apelação Cível n. 2008.012859-1 .....                      | 227 |
| Agravo Regimental em Agravo n. 2008.030411-5/0001-00 ..... | 233 |
| Apelação Cível n. 2008.031567-5 .....                      | 238 |

**Julizar Barbosa Trindade**

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| Agravo n. 2008.019657-0 .....                              | 246 |
| Apelação Cível n. 2008.023072-4 .....                      | 250 |
| Agravo Regimental em Agravo n. 2008.034494-4/0001-00 ..... | 263 |

**Luiz Carlos Santini**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| Apelação Cível n. 2008.021153-5 ..... | 270 |
| Apelação Cível n. 2008.025890-4 ..... | 276 |
| Apelação Cível n. 2008.028614-7 ..... | 281 |

**Luiz Tadeu Barbosa Silva**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| Apelação Cível n. 2005.010187-1 ..... | 284 |
| Agravo n. 2008.033313-0 .....         | 289 |
| Agravo n. 2008.034873-9 .....         | 293 |

**Oswaldo Rodrigues de Melo**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| Apelação Cível n. 2008.002391-6 ..... | 296 |
| Apelação Cível n. 2008.002939-6 ..... | 303 |
| Apelação Cível n. 2008.023347-6 ..... | 308 |

**Paschoal Carmello Leandro**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| Apelação Cível n. 2008.033070-1 ..... | 314 |
| Apelação Cível n. 2008.036853-5 ..... | 320 |
| Apelação Cível n. 2009.000216-6 ..... | 326 |

**Paulo Alfeu Puccinelli**

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| Apelação Cível n. 2008.010612-4 .....                      | 332 |
| Apelação Cível n. 2008.014327-0 .....                      | 338 |
| Agravo Regimental em Agravo n. 2008.034619-9/0001-00 ..... | 345 |

**Rêmolo Letteriello**

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| Mandado de Segurança n. 2008.009680-9 ..... | 350 |
| Mandado de Segurança n. 2008.024346-0 ..... | 354 |
| Apelação Cível n. 2008.034450-4 .....       | 360 |

**Rubens Bergonzi Bossay**

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| Apelação Cível n. 2008.019672-1 .....       | 365 |
| Mandado de Segurança n. 2008.022122-0 ..... | 374 |
| Mandado de Segurança n. 2009.001808-0 ..... | 380 |

**Sérgio Fernandes Martins**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| Apelação Cível n. 2004.006821-2 ..... | 388 |
| Apelação Cível n. 2007.026367-2 ..... | 393 |
| Apelação Cível n. 2008.031994-1 ..... | 399 |

**Sideni Soncini Pimentel**

|                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------|-----|
| Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2005.008597-9/0001-00 ..... | 405 |
| Apelação Cível n. 2006.021397-3 .....                              | 410 |
| Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.009490-5/0001-00 ..... | 423 |

**Tânia Garcia de Freitas Borges**

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| Apelação Cível n. 2005.014762-6 .....       | 426 |
| Ação Rescisória n. 2007.010728-8 .....      | 435 |
| Mandado de Segurança n. 2008.032981-8 ..... | 444 |

**Vladimir Abreu da Silva**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| Apelação Cível n. 2004.009975-4 ..... | 457 |
| Apelação Cível n. 2005.000622-7 ..... | 461 |
| Apelação Cível n. 2005.010334-9 ..... | 467 |

## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

### **Carlos Eduardo Contar**

|                                                   |     |
|---------------------------------------------------|-----|
| Apelação Criminal n. 2007.035404-5 .....          | 472 |
| Recurso em Sentido Estrito n. 2008.011521-9 ..... | 477 |
| Mandado de Segurança n. 2008.021273-3 .....       | 480 |

### **Claudionor Miguel Abss Duarte**

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| Ação Penal n. 2007.029858-9.....                             | 487 |
| Apelação Criminal n. 2008.008781-7.....                      | 583 |
| Apelação Criminal em Outros Processos n. 2008.029116-2 ..... | 591 |

### **João Carlos Brandes Garcia**

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| Apelação Criminal n. 2009.001904-4..... | 596 |
| Apelação Criminal n. 2009.003666-2..... | 600 |

### **João Batista da Costa Marques**

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| Apelação Criminal n. 2008.025743-8..... | 604 |
| Apelação Criminal n. 2008.034280-9..... | 611 |
| Agravo Criminal n. 2008.035361-3 .....  | 619 |

### **Marilza Lúcia Fortes**

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| Apelação Criminal n. 2008.022677-0 ..... | 624 |
| Apelação Criminal n. 2008.023348-3 ..... | 630 |
| Apelação Criminal n. 2008.030978-2 ..... | 634 |

### **Romero Osme Dias Lopes**

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| <i>Habeas Corpus</i> n. 2008.030966-5 ..... | 639 |
| <i>Habeas Corpus</i> n. 2008.038205-4 ..... | 643 |
| Agravo Criminal n. 2008.038420-9 .....      | 646 |

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# ÍNDICE DE ASSUNTO





## JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

### Ação acidentária

Tutela antecipada. Auxílio-doença. Requisitos presentes. Configuração. (2008.008896-7) ..... 105

### Ação de busca e apreensão

Alienação fiduciária. Conversão em ação de depósito. Prisão civil. Não cabimento. (2008.033220-0).....92

### Ação de cobrança

Etapas alimentações. Possibilidade. Policial militar. Correção anual após o advento da lei n. 9.069/95. Prescrição do fundo de direito. Afastada. Prescrição quinquenal. Prestação de trato sucessivo. (2008.036853-5) .....320

Plano Bresser. Recebimento de expurgos inflacionários. Litisconsórcio ativo. Limitação. Impossibilidade. (2008.019657-0)..... 246

### Ação de preferência

Compra e venda. Imóvel rural. Adjudicação. Contrato de pastagem. Estatuto da Terra. Direito de preferência do locatário. Inexistência de registro do contrato. (2008.009475-7) ..... 126

### Ação de reintegração de posse

Veículo não encontrado. Expedição de ofício ao Departamento de Trânsito. Impedimento de transferência. Desnecessidade. Bloqueio de licenciamento. Ausência de amparo legal. (2008.034873-9) ..... 293

### Ação anulatória

Instrumento público de procuração. Incapacidade absoluta do outorgante. Existência de vícios formais insanáveis. Nulidade do mandato e dos negócios dele decorrentes. (2005.014762-6) ..... 426

Praça e arrematação. Lei n. 8.009/90. Proteção de bem do solteiro. Ônus sucumbenciais. Princípio da causalidade. (2004.009408-6/0001-00) .....51

### Ação popular

Improbidade administrativa. Licitação fraudulenta. Placas de inauguração de obras. Empresa contratada. Solidariedade inexistente. Promoção pessoal do chefe do executivo. Princípio da impessoalidade. (2005.003956-3) .....58

### Ação rescisória

Ação de cobrança. Violação de literal disposição de lei. Inocorrência. Prescrição. Dispositivo legal invocado somente na ação rescisória. (2007.010728-8)..... 435

## **Acidente de trabalho**

Indenização. Dano moral e material. Atividade de risco. Dever de indenizar. Pensão previdenciária recebida pela vítima. Indenização de direito comum. (2008.014327-0)..... 338

## **Acidente de trânsito**

Indenização. Dano moral. Município. Revelia. Impossibilidade. Afastamento dos efeitos da revelia. Julgamento antecipado. Prova testemunhal. Cerceamento de defesa.(2008.019672-1)..... 365

Produção de provas. Audiência. Processo sumário. Boletim de ocorrência. Danos morais e materiais. Indenização. Carteira de motorista.(2008.005425-8) .....98

## **Adicional por tempo de serviço**

Cobrança. Servidor público estadual. Cálculo. Critérios. Termo Inicial. Correção monetária. Juros de mora. (2008.002391-6)..... 296

## **Alimentos provisórios**

Obrigação exigida dos herdeiros. Pretensão de antecipar a partilha de bens. (2008.031567-5)..... 238

## **Assistência médica**

Plano de saúde. Tutela antecipada. Negativa de cobertura de cirurgia não abrangida pelo plano. Desvirtuamento da finalidade básica do contrato. Código de Defesa do Consumidor. Dano moral. Descumprimento contratual. Inocorrência. (2008.005698-4).....83

## **Concurso de credores**

Habilitação de crédito. Honorários advocatícios. Crédito privilegiado. Execução e penhora. Desnecessidade. (2008.032377-5)..... 179

## **Concurso público**

Conexão. Decadência. Alteração do edital. Impossibilidade. Anulação da prova discursiva. (2008.022122-0)... 374

Exame físico. Inscrição em curso de formação. Polícia militar. Nomeação e posse. Teoria do fato consumado. Violação não caracterizada.(2007.026367-2)..... 393

Magistratura. Prova discursiva. Vício de correção de prova. Inobservância aos princípios da legalidade e da vinculação ao edital. Aprovação nas etapas posteriores. Aplicação da teoria do fato consumado. (2008.032981-8)..... 444

Polícia civil. Prova de títulos. Critérios de avaliação. Inadmissibilidade. Violação ao princípio da vinculação ao edital. (2008.034113-7) ..... 187

Polícia militar. Requisitos. Limite de idade. Idade mínima estabelecida no edital. Ofensa ao princípio da razoabilidade.(2008.029261-4)..... 174

## Danos morais e materiais

Negligência médica. Nexo causal. Gravidez normal. Protelação indevida no procedimento de parto. Feto natimorto. Hospital. Empresa pública. Responsabilidade do Estado. Inadmissível. Subsidiária. Dever de indenizar. (2008.023072-4)..... 250

Relação consumerista. Saque indevido em conta corrente. Cartão bancário. Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Inversão do ônus da prova. Dano moral. Valor da indenização. (2008.033070-1) ..... 314

## Direitos autorais

Ação de cobrança. Sonorização ambiental. Execução de músicas em academia de ginástica. Contribuição relativa a direito autoral. ECAD. (2008.022851-6).....42

Indenização. Instituição de ensino. Responsabilidade. Fato praticado por empregado. Dano material. Obra publicada em jornal de circulação gratuita. Enriquecimento pecuniário. Plágio. Prejuízo patrimonial. (2008.028614-7) ..... 281

## Duplicata

Protesto. Endosso-mandato. Legitimidade *ad causam* passiva da instituição financeira. (2008.035652-3)..... 222

## Embargos à execução

Procurador com poderes para emitir e descontar cheques. Honorários advocatícios. Aplicação do art. 20 do CPC. Juízo de equidade. (2004.011391-9) .....55

Título extrajudicial. Instrumento particular de confissão de dívida. Representante legal. Sociedade. Assembleia geral. Legalidade. Teoria da aparência. Cônjuge. Assistência litisconsorcial. Inviabilidade. (2005.010187-1) ..... 284

## Embargos de terceiro

Alienação de bem penhorado. Abandono do processo. Fraude à execução. Registro da penhora. Presunção de boa-fé do adquirente. (2008.025890-4) ..... 276

Execução. Imóvel alienado e não transcrito no registro imobiliário. Fraude à execução. Inocorrência. (2008.010612-4) ..... 332

## Erro médico

Ver responsabilidade civil.

## Execução

Empresa em recuperação judicial. Suspensão da execução. Prazo de cento e oitenta dias. Impugnação. Ofensa ao princípio da dialeticidade. (2008.030411-5/0001-00) ..... 233

Fazenda pública. Crédito principal. Honorários advocatícios. Precatório. Desmembramento. Possibilidade. Dívida de pequeno valor. Requisição de pronto pagamento admitida. (2008.036358-0) ..... 204

Penhora *on-line*. Bloqueio de numerário. Medidas extremas. Esgotamento dos meios para localização de outros bens. Não verificado. (2008.033426-6/0001-00) ..... 200

## **Honorários advocatícios**

Execução fiscal. Direito de preferência. Inexistência de execução aparelhada pelo credor da verba alimentar. Crédito tributário. Concurso de credores. Verba de caráter alimentar. (2008.037193-4).....77

## **Franquia**

Cobrança. ISS. Sobrestamento do recurso. Julgamento pelo órgão especial do Tribunal de Justiça. Inconstitucionalidade. Lei Complementar municipal. (2008.012859-1) ..... 227

## **Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU**

Embargos à execução fiscal. Usufrutuário. Legitimidade. Execução ajuizada contra o nu-proprietário. Substituição da CDA. Possibilidade. Limite temporal. Sentença. Nu-proprietário. Exclusão do polo passivo. Perda de objeto dos embargos. (2008.021153-5) ..... 270

Execução fiscal. Lançamento de ofício. Carnê. Notificação. Inexistência de prova de entrega. Nulidade. Certidão de Dívida Ativa (CDA). (2008.009029-2)..... 112

## **Indenização**

Acidente. Instituição estadual de ensino. Fato praticado por terceiro. Sentença penal transitada em julgado. Irrelevância. Responsabilidade objetiva do Estado. Valor da indenização. (2005.000622-7) ..... 461

Dano material. Queda de árvore sobre residência. Responsabilidade objetiva do Município. Caso fortuito e força maior. Não ocorrência. Notificação realizada pelos moradores. Danos materiais comprovados. (2009.000216-6) ..... 326

Dano moral. Jornal que veicula o telefone da autora em anúncio de conotação sexual. Responsabilidade solidária. Dano presumido. Valor da indenização. (2005.008597-9/0001-00)..... 405

Dano moral. Queda de ciclista idoso. Buraco na via pública. Morte. Nexo de causalidade. Responsabilidade objetiva do Município. Termo inicial. Correção monetária. Juros de mora. Pensão mensal com base no salário mínimo. (2008.022492-7) .....38

Danos morais e materiais. Cancelamento. Linha telefônica. Cobrança. Negativação no cadastro de proteção ao crédito. Quantum indenizatório. (2008.034450-4) ..... 360

Erro de diagnóstico. Exame laboratorial. Câncer. Dano Moral. Responsabilidade objetiva do laboratório. Obrigação de resultado. (2008.029031-1).....69

Morte de preso. Responsabilidade objetiva do Estado. Dano moral. Valor da indenização. (2008.028104-4).....87

## **Mandado de Segurança**

Abono de permanência. Anulação. Autotutela. Direito de permanência ao recebimento do abono. (2008.009680-9)..... 350

Apreensão de mercadorias. Nota fiscal. Liberação da mercadoria mediante pagamento. Ato nulo. (2009.001808-0) ..... 380

Concurso público. Prova discursiva. Edital. Nova avaliação. (2008.024346-0) ..... 354

Fornecimento de fraldas geriátricas pelo Estado. Comprovação da necessidade. Imposição de multa diária. Inadmissibilidade. (2008.031994-1) ..... 399

Indeferimento da petição inicial. Ausência de prova do ato coator. Impetrante readaptada em secretaria escolar. Determinação médica no sentido de mantê-la fora do ambiente escolar. Ato coator existente. (2008.034279-9) ..... 191

## **Penhora**

Bem de família. Imóvel locado. Fiança. Possibilidade. (2008.034494-4/0001-00)..... 263

Execução fiscal. Poupança. Bloqueio de quantia inferior a quarenta salários mínimos. Impossibilidade. (2008.031595-0) ..... 219

Execução por quantia certa. Crédito trabalhista. Verba indenizatória. Possibilidade. (2008.033313-0) ..... 289

## **Penhora *on-line***

Execução. Bloqueio de numerário. Conta corrente. Medida excepcional. Exaurimento dos meios possíveis. Requisitos não cumpridos. Indeferimento. (2008.034619-9)..... 345

## **Prescrição**

Execução. Aplicação da regra de transição do art. 2.028 do CC/02. Redução do prazo prescricional. Termo inicial da prescrição. Contagem a partir da vigência do novo Código Civil. Prescrição quinquenal. Não configurada. (2008.017726-4) .....65

## **Previdência privada**

Plano de pecúlio. Capemi. Rescisão contratual. Devolução das parcelas pagas. Direito do participante. (2008.023347-6) ..... 308

## **Protesto**

Indenização. Dano moral. Endereço fornecido pelo credor ao cartório de protesto. Erro escusável. Recusa de cancelamento do protesto. Erro de grafia. Não comprovado. Manutenção da anotação na Serasa. (2007.009490-5) ..... 423

## **Prova**

Produção. Gravação clandestina. Participação do interlocutor. (2008.027574-2) ..... 163

## **Representação administrativa**

Ministério Público. Infração administrativa. Permanência de menores em baile. Incidência do art. 249 do ECA. Aplicação de multa prevista no art. 258 do ECA. (2008.002939-6) ..... 303

## **Rescisão de contrato**

Compra e venda. Devolução das parcelas pagas. Inadimplência do comprador. Direito de retenção. Ressarcimento por benfeitorias. Não comprovadas. Multa contratual. Redução. (2004.000639-0) ..... 194

## **Responsabilidade civil**

Acidente de trabalho. Realização de trabalho em condições climáticas adversas. Equipamento de proteção individual. Lesão corporal. Dever de indenizar. (2004.009975-4) ..... 457

Erro médico. Cirurgia plástica. Plano de saúde. Procedimento estético não autorizado. Médico não especialista. Desídia na indicação. Responsabilidade. Danos estéticos e morais. Cumulação. Possibilidade. (2006.021397-3) ..... 410

## **Sociedade de fato**

Rescisão contratual. Aplicação do Código Civil de 1916. Divisão dos bens adquiridos na constância da sociedade. Lucros cessantes. Devidos. Pagamento de aluguel. Contrato de locação para fins de constituição de sociedade. (2005.010334-9) ..... 467

## **Suspensão de liminar em Mandado de Segurança**

Indeferimento. Agravo Regimental não provido. Ameaça de lesão não demonstrada. Impossibilidade. (2008.005868-9/0001-00) ..... 119

## **Taxa**

Execução fiscal. Limpeza pública. Não presentes os requisitos de especificidade e divisibilidade. Serviço prestado *uti universi*. Base de cálculo. IPTU. (2004.006821-2) ..... 388

## **Valor da Causa**

Obrigação de fazer. Contrato. Conversão em perdas e danos. Admissibilidade. Multa. Art. 461, § 4º do CPC. Inaplicabilidade. Abuso da personalidade jurídica. Não comprovação. (2008.033499-8) ..... 46

## **Venda**

Ascendente para descendente. Simulação. Ato Anulável. Prescrição. (2008.023443-0) ..... 212

## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

### Acidente de trânsito

Condução de veículo sob influência de álcool. Perícia. Exame de alcoolemia. Impossibilidade. Prova testemunhal. (2008.034280-9) ..... 611

Constatação de embriaguez. Alterações legislativas. Art. 306 do CTB. Exames técnicos específicos. Imprescindibilidade. (2009.003666-2) ..... 600

Embriaguez ao volante. Extinção da punibilidade. *Abolitio criminis*. Possibilidade. Fato cometido na vigência da lei antiga. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. (2008.030966-5) ..... 639

Homicídio culposo. Internação hospitalar. Superveniência da causa relativamente independente. Desclassificação do crime. Lesão corporal. Prescrição retroativa. Extinção da punibilidade. (2008.008781-7) ..... 583

### Crime ambiental

Pesca predatória. Concurso formal. Pedido de aplicação do concurso impróprio. Impossibilidade. Condutas praticadas em um mesmo contexto. (2008.023348-3) ..... 630

### Crime hediondo

Crime praticado por prefeito municipal Concurso de pessoas. Competência. Prerrogativa de função. Apropriação. Desvio de rendas públicas. Peculato especial. Fraude a licitações. Crime de usura. Perda de cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública. (2007.029858-9) ..... 487

Progressão de regime. Crime anterior à Lei n. 11.464/2007. Possibilidade. (2008.035361-3) ..... 619

### Estelionato

Compra e venda de imóvel. Obtenção de mandato procuratório mediante ardil. Inadimplemento preordenado. Regime de cumprimento da pena. Valor da prestação pecuniária. (2007.035404-5) ..... 472

### Fornecimento de bebida alcoólica a menor

Dolo eventual. Falta de previsão legal do art. 243 do ECA. Desclassificação para o art. 63, I, da Lei das Contravenções Penais. (2008.022677-0) ..... 624

Infringência do art. 243 do ECA. Desclassificação *ex officio*. Contravenção penal. Conversão por pena de multa. (2008.025743-8) ..... 604

### Justificação criminal

Produção de prova. Revisão criminal. Aplicação subsidiária do CPC. Competência. Juízo de 1ª instância. (2008. 029116-2) ..... 591

### Mandado de Segurança

Bloqueadores de sinal de telefonia. Presídio. Interesse público. Competência concorrente. Obrigação do usuário. Ineficácia de lei estadual. (2008.021273-3) ..... 480



### **Prisão domiciliar**

Condições pessoais e peculiares. Possibilidade. Princípio da dignidade humana. ( 2008. 038420-9)..... 646

### **Prisão Preventiva**

Crime de ameaça. Violência doméstica e familiar. Desobediência às medidas protetivas determinadas. Custódia preventiva que não se demonstrada necessária. (2008.038205-4)..... 643

### **Roubo**

Duplamente qualificado. Emprego e concurso de agentes. Prova suficiente para ensejar a condenação. (2008.030978-2)..... 634

### **Tráfico de entorpecente**

Causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos. Retroatividade da lei benéfica em sua integridade. (2009. 001904-4)..... 596

### **Violência doméstica**

Conflito de competência. Juizado Especial Criminal. Possibilidade. (2008.011521-9) ..... 477