Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 30 – n. 174
Outubro a Dezembro de 2009





Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 30 - n. 174 - Outubro-Dezembro de 2009

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 30, n. 174

Publicação do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Comissão Técnica de Jurisprudência.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial sem a citação da fonte. Os conceitos emitidos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores.

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

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

1. 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

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

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Desª. Marilza Lúcia Fortes

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Dorival Moreira dos Santos

Manoel Mendes Carli (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Vilson Bertelli e Lorena Paola Nunes Boccia 007

Jurisprudência Cível 025

Jurisprudência Criminal 360

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 474

Jurisprudência Criminal 477

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 480

Jurisprudência Criminal 485

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

DOUTRINA

O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Vilson Bertelli [1]
Lorena Paola Nunes Boccia[2]

1 INTRODUÇÃO

Não existe um Estado Democrático de Direito sem que haja Poderes de Estado independentes e harmônicos entre si, atribuindo-se a cada um deles uma função estatal distinta e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade dessa separação do exercício do poder.

O problema surge ao se colacionar o Princípio da Tripartição dos Poderes para vedar ao Poder Judiciário o exame dos aspectos discricionários do ato administrativo, diante da exigência, também essencial, de que todo e qualquer comportamento que ameace ou lesione direito pode ser apreciado jurisdicionalmente.

De um lado, há quem defenda que a noção da valoração do fato e da adequação do ato ao caso concreto pelo Poder Judiciário equivaleria a suprimir a competência discricionária da Administração Pública, transformando os tribunais em verdadeiros órgãos administrativos superiores, em afronta ao postulado básico do Estado Democrático de Direito.

Em posição antagônica, a jurisprudência e a doutrina modernas vem, lentamente, firmando posicionamento no sentido de que a ausência de controle da conformidade da ação discricionária com os lindes da lei abriria espaço para que o administrador, ciente da impossibilidade da sindicância, passasse a agir arbitrariamente, em detrimento dos princípios constitucionais que regem a atuação pública e dos direitos individuais do cidadão.

Diante da controvérsia e de um contexto social em que cada vez mais se exige uma atuação administrativa responsável e eficiente, revela-se de suma importância o debate sobre a extensão da competência discricionária deferida pela lei à Administração Pública e sobre a possibilidade de controle jurisdicional do exercício dessa liberdade.

Não obstante o grande volume de obras e artigos sobre o assunto, há tópicos importantes que não foram suficientemente enfatizados na nossa literatura. Além disso, é essencial, para a supressão dos arbítrios praticadas sob o pálio da discricionariedade, que muitas monografias se ocupem desta província jurídica, pois nela é que se consubstanciam os princípios que conferem fisionomia própria ao direito administrativo e afastam a perspectiva privatista que tanto têm deformado o estudo do direito público.

Logo, o propósito deste trabalho é discriminar as condições necessárias para o exercício da competência discricionária pela Administração Pública, apresentar os fatores que devem ser considerados para a validade dos atos administrativos e relacioná-los com o âmbito do controle jurisdicional.

Busca-se resolver se o exercício da discrição administrativa está sujeita a controle jurisdicional e qual a extensão desse controle, por meio da apresentação das assertivas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais a esse respeito, e da enumeração das condições necessárias para a legalidade dos atos administrativos.

Nessa ótica, após algumas ponderações sobre os fundamentos da discricionariedade administrativa - imprescindíveis para a compreensão da sequência do texto - tratar-se-á da teoria do desvio de poder, da

1 Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pela PUC/SP. Professor da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul e da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Juiz de Direito auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

2 Assessora jurídica do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

avaliação dos motivos e da importância da motivação para o controle do ato administrativo, para, ao final, apontar os princípios que norteiam e limitam a atuação administrativa.

2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Fundamentos da Discricionariedade

O princípio da legalidade é a diretriz básica da conduta dos agentes da administração, estabelecendo que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Significa que, enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que não é proibido por lei, o estado somente pode praticar os atos permitidos abstratamente pelo texto legal[1].

Fala-se em competência discricionária quando a lei deixa livre a apreciação de algum ou alguns dos aspectos que compõem o ato administrativo. Nesses casos, resulta para o administrador um campo de liberdade quanto à maneira de proceder nos casos concretos, segundo as condições que repute mais convenientes ou oportunas ao interesse público.

A possibilidade de atuar discricionariamente não tem o condão de afastar a Administração da égide do Princípio da Legalidade. A ação do estado, ainda que no exercício de competência discricionária, deve estar totalmente assujeitada aos parâmetros da lei, visando garantir o exato equilíbrio entre esses poderes da administração e os direitos individuais assegurados constitucionalmente.

Toda atuação administrativa deve ser autorizada por lei. Nessa linha, é evidente que a competência discricionária jamais poderia resultar da ausência da lei. Se assim fosse, a administração sequer poderia agir, pois não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei, sob pena de infringir o princípio da legalidade.

A competência discricionária não surge porque a lei se esqueceu de dispor sobre todos os aspectos do ato administrativo, mas sim quando o legislador está convencido que o administrador poderá traçar melhor do ele próprio as soluções pertinentes para atender as complexas necessidades coletivas que ensejaram a edição da norma e o interesse público.

Não são poucas as razões que motivam o legislador a conferir tal liberdade à Administração Pública. A lei não teria condições de dispor sobre todas as situações possíveis ou criar normas suficientes para atender às freqüentes mutações das necessidades sociais. Seria impossível, lógica e materialmente, prever de antemão todas as situações a que pode estar adstrito o administrador, devido a multiplicidade de hipóteses que poderiam se apresentar no caso concreto.

A previsão minuciosa em lei de todas as situações seria impossível também no aspecto jurídico, uma vez que, ao agir dessa forma, suprimindo por completo a competência discricionária da administração pública, o Poder Legislativo acabaria por invadir e substituir indevidamente o outro órgão de poder do Estado de Direito. Régis Fernandes de Oliveira leciona acerca dessa impossibilidade jurídica:

Impõe-se notar que, caso possível fosse o legislador descer a minúcias e, utilizando-se da cibernética, pudesse prever, na atividade legiferante, todas as ocorrências possíveis, então teríamos, pura e simplesmente, a substituição de um órgão de poder por outro, ou seja, teríamos a supressão do órgão administrativo ou executivo. Este não passaria de mero cumpridor de ordens emanadas, concretamente, do Poder Legislativo. Em sendo assim, ocorreria verdadeira invasão dos

1 STASSINOPOULOS, Michel. Traité de los Actes Administratifs. p. 69 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. p. 51.

órgãos encarregados do exercício do poder, com a dualidade deles, e perderia a validade da noção tripartida, consagrada em nosso direito positivo.[2]

Em síntese, caso o legislador pudesse prever todas as situações de forma vinculada, extirpando todas as possibilidades de atuação discricionária da Administração, atuaria sempre de forma concreta. Para tanto, teria que invadir a esfera de atuação do Poder Executivo e desqualificar a sua própria qualidade de legislador, que pressupõe a edição de instrumentos normativos gerais e abstratos.

Logo, justifica-se a existência da discricionariedade na necessidade de determinar a consecução do interesse público da melhor forma possível, bem como de resguardar a própria função administrativa, que poderia ser sufocada pela previsão vinculada de todas as situações.

Há outro fundamento para a previsão da competência discricionária: a atividade administrativa absolutamente regrada poderia levar a automatização das providências adotadas pela administração[3]. Ou seja, caso a lei regulasse toda conduta do administrador, padronizaria sempre a mesma solução, sem se atentar que a providência imposta poderia ser inconveniente para os próprios interesses públicos que a norma pretendia satisfazer.

Para ilustrar a idéia e tornar mais fácil a sua compreensão, Celso Antônio Bandeira de Mello utiliza uma situação hipotética como exemplo da importância da discricionariedade:

> Figure-se duas hipotéticas normas. Uma, que dissesse: terão direito a internamento gratuito nos hospitais públicos, os doentes que ganharem apenas um salário mínimo. Neste caso não haveria discricionariedade nenhuma. [...]
>
> Poderia ocorrer que se apresentassem, na mesma ocasião, dois indivíduos: um, cuja retribuição fosse de um salário mínimo e meio e outro que se enquadrasse perfeitamente no teto legal estabelecido. Ao primeiro indivíduo, como determinava a lei, seria indeferido tal benefício e ao segundo, como é natural, conceder-se-ia tal benefício. Agora se imagine que este primeiro, que ganhava um salário mínimo e meio, fosse casado, tivesse 12 filhos dependentes e sustentasse a sogra. E suponha-se que este segundo, que solicitou o internamento e que ganhava apenas um salário mínimo, fosse solteiro, tivesse pais muito ricos e morasse com eles.
>
> Se a lei estabelecesse em termos vinculadas, fixando por salários mínimos o pressuposto fático, caberia perguntar: nas situações supostas, a finalidade inspiradora da lei teria sido atendida? Evidentemente que não."[4]

É para evitar situações como essa, em que a vinculação da atividade administrativa se revelaria prejudicial à finalidade pública, que a lei concede certa margem de liberdade ao administrador, para que ele, diante do caso concreto, possa adotar a providência apta a satisfazer o intuito legal. Assim é que a administração não age em decorrência de omissão legislativa ao exercer a competência discricionária, mas sim atua dentro da margem de liberdade conferida propositalmente pelo legislador.

A discricionariedade somente encontra fundamento legal na medida em que é considerada como um elemento utilizado pela norma jurídica para o melhor desempenho da função administrativa, para que esta se volte concretamente à satisfação de um interesse público.

2. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. p. 68-69.

3. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 198.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. p. 34-35.

2.2 Discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados

O ordenamento jurídico positivo se expressa através de uma linguagem escrita, em que o legislador utiliza de um enunciado que contém conceitos. Ocorre que os conceitos utilizados nas normas jurídicas não raro se mostram vagos ou imprecisos, tal como nas expressões "interesse público", "grave lesão", "segurança nacional", "notável saber", "bons costumes", "boa-fé", "perigo iminente" e tantos outros. A tais termos ou expressões com sentidos flexíveis, que permitem ao intérprete atribuir um significado mutável aos seus pressupostos, costumam-se denominar conceitos jurídicos indeterminados[5].

Conforme refere Maria Sylvia Zanella di Pietro, os vocábulos ou expressões que não tem um sentido preciso não estão restritos ao âmbito do direito público. São encontrados com grande freqüência nas normas jurídicas de todos os ramos do direito, seja ele público ou privado[6]. Porém, é no direito administrativo que o tema ganha especial relevo, mormente porque a utilização desses termos vagos está intimamente relacionada com a matéria concernente à discricionariedade administrativa.

No que diz respeito à discricionariedade decorrente da utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador, existe grande divergência na doutrina, podendo-se falar de duas grandes correntes: (a) a dos que entendem que os termos imprecisos não conferem discricionariedade à administração, porque, diante deles, cumpre à administração realizar uma mera interpretação da norma, de modo que acolha a única solução possível; e (b) a corrente dos que entendem que esses conceitos podem conferir competência discricionária à administração, desde que impliquem na possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto.

Dentro da primeira corrente doutrinária, entende-se que o emprego de conceitos imprecisos não significa outorga de discricionariedade à administração, pois perante o caso concreto seria sempre possível encontrar a solução mais adequada ao atendimento do fim expresso na lei. Utilizar-se-ia, nesses casos, a aplicação de conhecimentos técnicos ou de concepções dominantes na sociedade em um determinado período de tempo.

Antônio Francisco de Souza coloca-se nessa posição. O autor distingue o conceito jurídico indeterminado da discricionariedade, dizendo que esta é uma liberdade de escolher entre alternativas igualmente distintas, porque a decisão se funda em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc) não incluídos na lei e remetidos ao juízo exclusivo da administração. Ao passo que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei em que se cuida de subsumir em uma categoria legal determinadas situações reais; justamente por isso, é um processo vinculado, que se esgota no processo intelectivo de compreensão de uma realidade.[7]

Para referida posição de pensamento, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um processo vinculado, que não admite mais que uma solução justa, resultado da interpretação e aplicação da lei.

A segunda corrente doutrinária _ a qual sustenta que esses conceitos podem conferir competência discricionária à administração _ surgiu com a percepção da impossibilidade de a lei prever e disciplinar todas as situações, reconhecendo-se a necessidade de deixar maior flexibilidade para a administração pública interpretar segundo seus próprios critérios os conceitos jurídicos indeterminados.

Nesse sentido, Renato Alessi leciona que existem casos em que a apreciação do interesse público exige exclusivamente a utilização de critérios subjetivos, hipótese em que se tem a discricionariedade administrativa.

5 Também chamados de conceitos vagos; conceitos elásticos; normas flexíveis; conceitos fluidos ou conceitos imprecisos.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 97.

7 SOUSA, Antônio Francisco de. Curso de Derecho Administrativo. Tomo 1. p. 433-439 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. p. 97.

E, ao contrário, existem casos em que a referida apreciação exige a utilização de critérios técnicos, hipóteses em que a administração não pode valorar em que medida o fato afeta ao interesse público.[8]

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que seria excessivo considerar que os conceitos imprecisos ganham em todo e qualquer caso concreto densidade suficiente para autorizar a conclusão de que dissipam a discricionariedade.. Segundo ele, embora em certos casos esses conceitos ensejem objetiva certeza de que foram bem ou mal reconhecidos concretamente, em inúmeras outras situações ter-se-á que reconhecer que mais de uma intelecção seria admissível.[9]

Maria Sylvia Zanella di Pietro também adota a teoria liderada por Renato Alessi. Aduz que em determinadas hipóteses a lei usa conceitos técnicos, não cabendo à administração mais do que uma solução juridicamente válida, ou utiliza conceitos de experiência em que a existência de critérios objetivos extraídos da experiência comum permitem concluir qual a única solução possível. Entretanto, afirma que nos casos em que a lei utiliza conceitos de valor, como os de moralidade, utilidade pública etc, a discricionariedade pode existir.[10]

É a segunda corrente doutrinária que possui maior aceitação lógica. O posicionamento reflete com primazia a determinação do sentido da norma, por entender pela possibilidade de existirem, perante a interpretação da norma no caso concreto, casos em que o conceito impreciso poderá ser objetivamente considerado e casos em que poderá ensejar duas hipóteses igualmente razoáveis e atentas ao interesse específico da lei.

Aliás, essa é a crítica formulada por Régis Fernandes de Oliveira:

> Não se pode confundir discricionariedade com interpretação. Esta apenas nos leva a uma só solução e a única possível, valendo-se de dados concretos ou objetivados. Enquanto se apura a determinação do sentido da norma a se aplicar, dirigida à modificação jurídica (já agora se falando em interpretação específica da norma) que se pretende operar no mundo jurídico, está-se diante da interpretação. A partir do momento que não se tem dados objetivos de firmeza da apuração da determinação do sentido da norma ingressa-se no campo da discricionariedade.[11]

Régis Fernandes de Oliveira prossegue o discurso acerca do tema e, ao final, conclui que "*será o caso concreto que nos indicará, pela análise dos elementos de interpretação,os limites exatos em que não se adentra no campo da discricionariedade ou se está rigorosamente na área da discricionariedade.*"[12]

Ao que se vê, portanto, os conceitos jurídicos indeterminados devem ser interpretados perante o caso concreto, não se revelando possível determinar de antemão quais desses conceitos de valor poderão dispensar certa margem de liberdade ao administrador. Haverá hipóteses em que a solução será inequívoca mediante critérios técnicos ou diante da opinião pública convergente, e outras em que será possível apontar mais de uma atuação razoável, ainda que utilizados todos os esforços interpretativos para chegar a uma só conclusão.

Outrossim, todo conceito, por mais indeterminado que seja, possui um conteúdo determinável. Assim se compreende no conceito uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa, permanecendo as dúvidas no intervalo entre esses dois extremos. Eis a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello a esse respeito:

8 ALESSI, Renato. **Instituiciones de Derecho Administrativo**. Tomo 1. p. 195-198 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 113.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. p. 22-24.

10. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di Pietro. **Direito Administrativo**. p 201.

11 OLIVEIRA. Régis Fernandes de. **Ato Administrativo**. p. 72.

12. OLIVEIRA. Régis Fernandes de. **Ato Administrativo**. p. 72.

> Tem-se de aceitar, por irretratável imposição lógica, que, mesmo vagos, fluidos ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma (na situação fática por ela descrita, isto é no "motivo legal) ou na finalidade, têm algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só tem cabida no intervalo entre ambas.[13]

A imprecisão dos conceitos jurídicos indeterminados é sempre relativa, na medida em que existem referenciais que permitem – senão extrair uma única significação possível _ ao menos circunscrever o âmbito do sentido dos conceitos vagos e reduzir-lhe a imprecisão ao mínimo.

Conclui-se, dessa forma, que podem remanescer dúvidas entre a esfera de certeza negativa e a esfera de certeza positiva do conceito jurídico indeterminado, casos em que haverá atividade discricionária. Porém, o administrador não pode jamais fixar o conteúdo deste conceito segundo a sua própria convicção. Deve orientar-se pelo que é técnica ou socialmente reconhecido em determinado tempo e lugar.

2.3 Limitações à discricionariedade administrativa

As limitações da discricionariedade administrativa delineiam o campo de atuação em que a Administração pode decidir livremente, segundo seus próprios critérios de conveniência e oportunidade. Trata-se de tema conexo com o do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, pois somente poderão ser fulminados pelo Poder Judiciário aqueles atos que extravasarem os limites previstos na norma jurídica.

A doutrina moderna[14] tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Poder Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades, quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* (artigo 5º, XXV).

Porém, há pouco tempo era pacífico o entendimento no sentido de admitir como limitações à discricionariedade administrativa apenas os aspectos formais do ato administrativo (forma e competência). Ainda hoje, alguns juristas resistem ao controle jurisdicional, ressaltado que a noção da valoração do fato e da adequação do ato ao caso concreto integram o conceito de mérito do ato.

A justificativa para vedar ao Poder Judiciário o exame dos fatos e da adequação do conteúdo do ato perante o caso concreto está relacionada com o temor de que os Tribunais fossem transformados em um órgão administrativo superior, invadindo os aspectos inscritos na esfera da competência discricionária da Administração[15].

Então, com fundamento no princípio da separação dos poderes, defende-se que, nos casos em que o mérito se mostra defeituoso ou maculado de vício, compete exclusivamente à Administração revogá-lo, de ofício ou mediante provocação do interessado[16]. Ao Poder Judiciário, permite-se a análise da perfeição do ato administrativo. Nada mais.

Não há dúvida sobre a importância atribuída pela Constituição Federal às normas da separação dos Poderes. Já no artigo 2º, a Carta Magna estatui: "*são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo,*

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. p. 29.

14 São expoentes dessa corrente: Antônio Carlos de Araújo Cintra, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Celso Antônio Bandeira de Mello.

15 FAGUNDES, Miguel Seabra Fagundes. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. p. 66.

16 CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. p. 283.

o Executivo e o Judiciário". E logo sublima a regra como irremovível, vedando, no artigo 60, §4º, III, que seja "*objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos poderes"*.

Todavia, admitir a possibilidade de controle da discricionariedade administrativa de modo mais amplo, permitindo a valoração dos fatos e a análise da conformidade do ato com o direito, não desvirtua a doutrina da separação dos poderes.

Tal como ressalta Eduardo Garcia de Enterría, a renúncia do controle da discricionariedade pelo juiz seria o mesmo que consagrar uma carta branca nas mãos do administrador, legitimando-se o arbítrio[17]. A possibilidade de controle da discricionariedade garante a contenção do agente público dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo. Assim, não há como afastar a investigação e a anulação do ato administrativo contrário ao direito, quer a ilegalidade se encontre na forma ou no motivo do ato.

E depois, não se pode olvidar que a teoria da separação dos poderes foi concebida para evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais, e não para assegurar a absoluta liberdade de atuação de um dos poderes em face dos demais. Na verdade, ao arquitetar sua clássica teoria, Montesquieu era movido por um só ânimo: repartir o exercício do poder entre pessoas distintas, a fim de impedir que sua concentração comprometesse a liberdade dos cidadãos. Vê-se que Montesquieu jamais defendeu a idéia de uma separação absoluta e rígida entre os órgãos incumbidos de cada uma das funções estatais[18].

A idéia da tripartição dos poderes foi o método para consecução de um objetivo maior: limitar o poder. Essa matriz histórica deve ser reconduzida ao contexto atual, para que se compreenda a doutrina das separação dos poderes como um instrumento político para conter o poder e garantir a liberdade. Sob esse prisma, a definição de um campo mais preciso para a discricionariedade e a aceitação de meios que asseguram o melhor desempenho da função administrativa constituem elementos indispensáveis para conter possíveis arbitrariedades, praticadas pelo agente público no exercício do "poder" discricionário. Não configura jamais uma ofensa ao sistema da separação dos poderes.

O controle jurisdicional dos atos administrativos não significa a supressão do mérito do ato administrativo, até porque não é a inconveniência ou a inoportunidade da medida que enseja a fulminação do ato administrativo pelo Poder Judiciário, mas sim a sua desconformidade com a lei, com a finalidade de interesse público que inspirou a discrição e com os princípios regentes do ordenamento jurídico, conforme será exposto nos tópicos que seguem.

3 CONTROLE JURISDICIONAL DA COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA

3.1 A Teoria do Desvio de Poder

O princípio da legalidade (CF, art. 37, caput) sujeita o administrador público aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum em toda a sua atividade funcional. Diante dessa premissa, cumpre indagar: *Se a atividade administrativa ofende ao princípio da legalidade quando não atende ao fim a que está obrigada, o Poder Judiciário pode declarar a invalidade dos atos administrativos que se evadem do resultado cabível em face à lei?*

Em resposta afirmativa a esse questionamento, surgiu, no julgamento do famoso caso Lesbats pelo Conselho de Estado da França, a noção do desvio de poder (détournement de pouvoir). Nessa oportunidade, analisava-se a legalidade do ato administrativo que indeferiu o pedido de estacionamento próximo à estação de trem para uma transportadora. Evidenciou-se, à luz da prova, que a negativa da autorização tinha o propósito

17 ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 392.

18 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 133.

de assegurar o monopólio de outra empresa no transporte de cargas naquele local, e não o objetivo legal de regular o trânsito. Assim, o ato foi declarado nulo pelo Conselho de Estado da França, reconhecendo-se a ocorrência de desvio de poder. [19]

Foi a partir desse julgamento que o Conselho de Estado Francês firmou o entendimento de que o recurso por desvio de poder compreendia o caso em que a autoridade praticasse determinado ato no uso de seus poderes legais, porém visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.[20]

A construção dessa teoria teve por objetivo impor uma limitação ao âmbito da atuação discricionária por parte da Administração Pública, com vistas a cuidar que não se verifique a desconformidade entre a finalidade alcançada pelo ato e a finalidade assinalada pela norma.

Destarte, pode-se definir o desvio de poder como a prática de um ato administrativo com o objetivo de atingir resultado diverso daquele em vista do qual a norma jurídica outorgou ao agente a competência. Conforme as clássicas palavras de Miguel Seabra Fagundes, ocorre o vício quando *a lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa*[21].

Não se confunde o vício de incompetência formal com a teoria do desvio de poder. No primeiro caso, falece ao agente o plexo de poderes necessários para a prática do ato. Já no desvio de poder, o administrador desfruta da competência necessária para a prática do ato, mas a utiliza em busca de finalidade diversa daquela que foi prevista e querida pela norma jurídica. Nesse sentido, a doutrina de Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho:

> Se num primeiro passo verifica-se a ausência de titularidade, por parte do agente administrativo, do poder necessário à prática do ato, destituída a indagação acerca do fim. O vício é de incompetência. Ao contrário, se a conduta do agente se restringiu ao uso de suas atribuições legais, não podemos, nesta hipótese, cogitar de incompetência, e, sim, de desvio de poder, caso a autoridade haja se afastado do fim que lhe foi assinalado pela norma legal e peculiar ao seu poder.[22]

Assim, somente poderá ocorrer o desvio de poder quando o agente administrativo estiver investido nos poderes necessários para prover sobre a matéria objeto do ato. O agente deve possuir, ao menos abstratamente, a competência necessária à prática do ato. Do contrário, o vício será de incompetência formal.

Verificada a competência do sujeito que praticou o ato, podem ocorrer modalidades distintas de desvio de poder: (a) é possível que o agente administrativo persiga um fim estranho ao interesse público constante da norma, visando a satisfação de uma intenção pessoal ou (b) que intente a persecução de um fim de interesse público diverso do fim específico para o qual a norma assinalava a prática do ato.

Na primeira hipótese, o agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público; atua para alcançar um fim pessoal, que tanto pode ser de perseguição a alguém como de favoritismo ou mesmo para atender a um interesse individual do próprio agente[23]. Na segunda modalidade de desvio de poder, o agente público, manejando também uma competência que em abstrato possui, busca atender uma finalidade pública que, entretanto, não é aquela própria, específica, da competência utilizada[24].

19 RANELLETTI, Oreste. Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione. p. 101-102. *apud* FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. p. 73 nota 5.

20 TÁCITO, Caio. **O desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais**. Revista de Direito Administrativo. n. 242. out/dez 2005. p. 63-73.

21 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. p. 71.

22 CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. **O Desvio de Poder no Ato Administrativo**. p. 71.

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional**. p. 58.

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional.** p. 58-59.

Em quaisquer dessas modalidades estará o ato irremediavelmente maculado pelo desvio de poder, porque a Administração deve buscar a finalidade legal mediante a utilização da competência concebida pela norma jurídica para o caso específico.

Não suficiente que o agente público prossiga outra finalidade pública; deve buscar a persecução do fim previsto na norma legal, porquanto somente este é próprio ao poder que lhe foi conferido. Quer tenha utilizado a competência equivocada com a pretensão de favorecer outrem, quer tenha agido com as mais louváveis intenções, se o agente público atuar no exercício de competência diversa da prevista em lei terá incorrido em desvio de poder.

Note-se que no desvio de poder ganha importância o exame do móvel do agente, o qual costuma estar relacionado com sentimentos de favoritismo e perseguição da autoridade administrativa. No entanto, embora a utilização de uma competência à margem de qualquer interesse público certamente seja derivada de uma mácula no móvel, o que vicia o ato é o objetivo descompasso entre o ato e a finalidade da lei, e não meramente o vício de vontade[25]. Inexiste ilegalidade do ato que, no uso da competência outorgada pela lei, atendeu ao fim público nela previsto, ainda que o agente público tenha sido animado por propósitos indecorosos.

Antônio Carlos de Araújo bem exemplifica a hipótese:

> Suponhamos que no exercício de poder de polícia de trânsito, o agente público tenha regulado o uso de determinada via pública com o objetivo de interesse público de melhorar o fluxo de veículos em certa área; suponhamos que tal regulamentação resultasse também em benefício de determinada pessoa de suas relações e que a consideração dessa vantagem tenha concorrido para formar a sua decisão de expedir o ato em causa. Como o ato atendeu ao interesse público a que estava preordenado, é irrelevante qualquer referência ao interesse particular coincidentemente tutelado. Mas, se, ao contrário, o ato examinado tivesse a exclusiva finalidade de atender ao interesse particular mencionado, seria suscetível de impugnação.[26]

Celso Antônio Bandeira de Mello é da mesma opinião:

> Mesmo nos casos em que o agente atuou sem a reta intenção de atender a lei, seu comportamento é fulminável não porque teve o intuito de desatender a lei, mas porque a desatendeu. Donde, não é a má fé, nos casos em que haja existido (desvio de poder alheio a qualquer interesse público), nem o intuito de alcançar um fim lícito por meio impróprio, quando haja sido este o caso (desvio do fim específico), aquilo que macula o ato, e sim a circunstância deste não realizar a finalidade para qual a lei o preordenara. No direito público, a satisfação do escopo sobreleva a boa ou a má intenção do sujeito que pratica o ato.[27]

O que importa, pois, não é se o agente quis atender a lei ou a um sentimento pessoal de favorecimento ou perseguição, mas se efetivamente agiu, ou não, em conformidade com a finalidade específica da norma que lhe outorgou a competência.

Dito isso, cumpre destacar investigação em busca da verdadeira intenção do agente, o reconhecimento da ocorrência do desvio do pelo Poder Judiciário e mesmo a anulação do ato administrativo que incorreu no vício não invade a esfera de discricionariedade reservada pela lei ao administrador, eis que corresponde a um

25 CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. **O Desvio de Poder no Ato Administrativo**. p. 96-97.

26 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. p. 95.

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de . **Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional**. p. 73.

estrito exame de legalidade[28].

Toda vez que for possível demonstrar que o ato praticado não era idôneo para atender ao interesse que a lei tinha em mira, seja porque o escopo da lei era diverso do que se apontou, seja porque o comportamento não era o adequado para atingir a finalidade legal, é cabível a sua correção judicial. E nesses casos não se estará ajuizando o que é conveniente e oportuno, mas sim a legalidade do ato propriamente dita.

Do exposto, conclui-se que o controle jurisdicional exercido sobre o ato administrativo com vício de desvio de poder é um controle de estrita legalidade. Mais do um poder, é um dever do magistrado, sempre que provocado, aferir a conformidade do fim colimado pelo ato com aquele fim previsto na norma atribuidora da competência.

3.2 O controle jurisdicional dos motivos

O motivo compreende a situação de fato anterior ao ato administrativo e o complexo de normas jurídicas aplicadas àquela situação, aptos a justificar ou determinar a providência adotada. São os fatos e os fundamentos jurídicos que determinam ou autorizam a atuação administrativa.

Em vista desse elemento, compete ao agente público valorar as circunstâncias verificada no caso concreto e estar convicto da subsunção desses fatos à previsão da norma jurídica para agir, sob pena da invalidade do ato administrativo. Isso se justifica porque os poderes são conferidos à autoridade administrativa exclusivamente para que atue em face de determinadas situações e com vistas ao escopo legal; não lhe é lícito usar os seus poderes em toda e qualquer circunstância[29].

Assim sendo, se restar demonstrado que os motivos não ocorreram, que não se adequam à hipótese legal ou que são diversos daqueles apontados pelo administrador, de plano falta ao agente público os pressupostos que autorizam ou determinam a utilização da competência outorgada pela lei.

Não se olvida que a jurisprudência brasileira entendia que era vedado ao Poder Judiciário o exame dos fatos que ensejavam a edição do ato administrativo[30]. A pretexto de reservar ao agente a apreciação da conveniência e da oportunidade do ato, não se permitia a análise das condições de fato que houvessem determinado a atuação administrativa, ficando o administrador isento de prestar contas do motivo de sua atividade aos órgãos jurisdicionais.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal há muito rompeu com essa tradição e passou a admitir a verificação pelo Judiciário dos fatos e da qualificação dos motivos face à lei[31]. Firmou-se o entendimento de que a legalidade do ato administrativo compreende não só a competência para a prática do ato e as suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais e os seus motivos.

Numa análise histórica sobre o controle da discricionariedade administrativa, Antônio Carlos de Araújo Cintra relata que o primeiro passo para ultrapassar a barreira que limitava o controle jurisdicional do ato administrativo ao exame dos seus aspectos formais foi a aceitação da teoria do desvio de poder, que abriu uma nova dimensão da revisão da ação administrativa, destinando-se a evitar o uso indébito do poder discricionário

28 A propósito: Eduardo García de Enterría e Maria Cuervo Silva Vaz e Cerquinho.

29 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. p. 97.

30 CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. p. 269.

31 CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. p. 271.

do agente público para fim diverso do fixado em lei[32].

Mais adiante, assevera que o segundo passo para conceder maior alcance ao princípio da legalidade foi a verificação dos fatos concretos que teriam autorizado o exercício da potestade pública em cada caso particular; com o que se elaborou a teoria dos motivos determinantes do ato administrativo[33].

Por todo o exposto, tem-se que o controle jurisdicional dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame dos motivos. Trata-se da aplicação da chamada Teoria dos Motivos Determinantes, que sugere que os motivos que autorizam ou determinam a atuação administrativa integram à validade do ato administrativo.

Sendo assim, a invocação de motivos inexistentes ou que não correspondem aos reais motivos que serviram de suporte ao administrador, constitui causa de invalidade do ato, passível de sindicância jurisdicional.

Tal entendimento se amolda perfeitamente à causa de nulidade do ato administrativo acolhida pelo direito brasileiro no artigo 2º, parágrafo único, alínea d, da Lei nº 4.717/65. Dispõe a lei que são nulos os atos lesivos ao patrimônio público nos casos de inexistência de motivos, verificado quando a matéria de direito em se fundamento o ato é inexistente ou se revela inadequada ao resultado obtido.

Nas hipóteses em a lei não expõe expressamente os fatos e os fundamentos jurídicos que autorizam a atuação administrativa, a autoridade desavisada ou mal intencionado poderia abraçar a conclusão de que não está vinculada à existência de qualquer pressuposto de fato ou de direito que lhe sirva como base para expedição do ato.

Obviamente seria equivocada essa conclusão do administrador. Isso porque mesmo nos casos em que a lei deixa de enunciar explicitamente os motivos, o ato administrativo permanece atento à finalidade de interesse público que por meio dele a lei visa prover. É improvável _ senão impossível _ que haja o atendimento à finalidade pública se não forem verificadas as circunstâncias de fato ou de direito que legitimam a edição do ato administrativo, uma vez que o motivo e a finalidade do ato são noções interrelacionadas que indicam as situações em que agente pode agir e com que intuito de interesse público.

Acerca do tema, as palavras de Afonso Rodrigues Queiró:

> À administração, em todo caso, não é lícito, em hipóteses como estas, usar os seus poderes em todas e quaisquer circunstâncias, ou seja, com base em qualquer ordem de motivos antecedentes. Só poderá utilizar os seus poderes em circunstâncias ou com base em motivos antecedentes suscetíveis de comprovar que o interesse público específico, para cuja realização a medida praticada está concebida, é um interesse real. Existe uma ligação lógica necessária entre os motivos antecedentes e o fim objetivo dos atos administrativos.[34]

Por conseguinte, tanto a finalidade[35] como os motivos do ato administrativo são elementos que desempenham um papel fundamental no cumprimento ao princípio da legalidade, eis que legitimam o ato perante a lei. E é justamente a necessidade da consecução da finalidade legal que permite reconhecer motivos implícitos na norma legal, a serem observados na edição do ato[36].

O exame dos motivos pelo Poder Judiciário também não invade o mérito, a conveniência e a oportunidade do ato administrativo, cuja análise é reservada ao agente público. O motivo é antecedente e pressuposto lógico

32 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. p. 186.

33 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. p. 187.

34 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Estudos de Direito Administrativo. p. 13 *apud* CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. O Desvio de Poder no Ato Administrativo. p. 42-43.

35 Ver: A teoria do desvio de poder, tópico 3.2 deste estudo.

36 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. p. 88.

ao atendimento da finalidade, pois se não ocorrem os motivos supostos na lei como justificadores para outorga da competência necessária para edição do ato, obviamente houve desencontro com a regra da competência e com a finalidade legal.

Por isso, o exame do motivo pelo Poder Judiciário não resulta da análise da oportunidade e da conveniência, mas sim da verificação da correspondência do ato administrativo com os limites previstos na lei[37]. A iniciativa, a verificação da oportunidade e da conveniência da atuação e o efetivo desempenho da atividade administrativa permanecem na esfera exclusiva do administrador, até mesmo porque ao Poder Judiciário cumpre apenas pronunciar a nulidade dos atos que configurem ofensa à lei e lesão ou ameaça de lesão a direito dos administrados.

3.3 A motivação como instrumento de controle

A menção dos fundamentos do ato administrativo visa demonstrar que a atuação administrativa é conforme a lei e pautada nos princípios que regem a legalidade dos atos em todos os seus aspectos. A dizer: a fundamentação facilita a interpretação e o controle do ato, além de defender a boa administração e garantir os direitos dos administrados.

A motivação representa papel essencial no controle da legalidade da atuação administrativa, pois a sociedade e o órgão jurisdicional geralmente dependem da sua existência para tomar conhecimento dos fundamentos do ato administrativo e dos possíveis sintomas de desvio de poder.

Diz-se frequentemente que a discricionariedade não concede um cheque em branco para que o agente atue a seu bel prazer e que a competência discricionária decorre da lei e por ela é limitada. Não obstante, essas afirmações consistiriam um desejo existente apenas no mundo do "dever ser" se o atos administrativos ficassem isentos de controle ou sujeitos a um controle superficial, realizado por meio de meros indícios dos motivos que ensejaram a atuação pública.

Significa que, sendo a motivação instrumento essencial de verificação dos motivos do ato e da sua conformidade com a lei, a rigor, está o administrador obrigado a explicitar coesa e claramente os fundamentos que serviram de suporte ao ato administrativo.

É nesse sentido que convergem a doutrina e a jurisprudência do Brasil e de vários países europeus: ressalta-se cada vez mais a importância da motivação, por constituir meio relevante para averiguar a correlação dos motivos e a pertinência do ato com a finalidade de interesse público, denunciando práticas ilegais da administração.

Em regra, ato administrativo não motivado está maculado de vício e deve ser fulminado pelo Poder Judiciário. Porém, pode haver casos em que a omissão constituirá em mera irregularidade do ato, por não prejudicar a verificação de plano de que o comportamento atendeu a norma jurídica e obedeceu a finalidade normativa, inexistindo prejuízo ao controle da legalidade da atuação administrativa[38].

Enfim, nas hipóteses em que a lei não determina a obrigação de motivar, mas seja possível garantir de modo absolutamente induvidoso as razões que embasaram o comportamento adotado, haverá mera irregularidade no ato administrativo. Aqui, tal como ocorre no vício no móvel do agente, o que importa é se o ato administrativo alcançou a finalidade prescrita na lei. Sendo possível demonstrar cabalmente o atendimento ao princípio da legalidade, reputa-se válido o ato não motivado.

37 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. p. 164.

38 ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. p. 129.

Não se diga que o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, tendo por fundamento a motivação, implica em invasão à esfera privativa do administrador. Na realidade, quando há determinação legal no sentido de motivar os atos administrativos, a invalidação de um comportamento que não atendeu e esse requisito configura um exame de mera legalidade, não havendo falar sequer em análise do mérito do ato administrativo. E quando a lei não exigiu expressamente o dever de motivação, a exposição dos fundamentos visa, primordialmente, fornecer à sociedade e ao juiz a prova de o ato foi praticado conforme o direito.

Portanto, seja quando a motivação consta da lei, seja nas hipóteses em que a lei não mencionou a sua obrigatoriedade, a omissão na enunciação dos pressupostos que ensejaram o ato administrativo pode ser submetida ao controle pelo Poder Judiciário, sem que essa sindicância configure ofensa ao princípio da separação dos poderes ou implique em invasão ao mérito do administrativo.

3.4 Os princípios constitucionais da razoabilidade, da moralidade e da eficiência como instrumentos de controle jurisdicional da discricionariedade

O ordenamento jurídico contém duas espécies de normas: regras e princípios. As regras são preceitos que reconhecem às pessoas a faculdade de realizar certos interesses, a possibilidade de exigir ação e abstenção de outrem ou a obrigação de realizar determinada prestação[39]. Enquanto isso, os princípios correspondem às ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico e harmonioso; são ordenações que se irradiam sobre diferentes regras, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência[40].

O princípio é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas. Nessa ótica, o conceito de legalidade não se restringe à lei em seu sentido formal, mas à ordem jurídica como um todo, inclusive em relação aos princípios que presidem a intelecção das diferentes partes do sistema jurídico positivo.

Vê-se que, para ser válido perante o direito, o ato administrativo, além de observar a regra jurídica que outorgou a competência, os motivos que suscitaram o exercício dessa competência e a finalidade legal, deve ter sido expedido em conformidade com a totalidade dos princípios que estão na base do sistema jurídico vigente.

As ações estatais estão subordinadas aos princípios da dignidade humana, da isonomia, da impessoalidade, da segurança jurídica, da publicidade e de todos aqueles que regem o ordenamento jurídico pátrio. Sem embargo, para o controle da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, destacam-se os princípios da razoabilidade, da moralidade e da eficiência, eis que são estes postulados que, em maior grau, determinam ao agente não agir com demasia ou de maneira irresponsável no exercício da atividade pública.

Os princípios da razoabilidade, da moralidade e da eficiência são conceitos jurídicos indeterminados. A imprecisão dos conceitos que vazam esses princípios traz duas consequências distintas:

A uma, quando os conceitos encerram mais de uma interpretação possível dentre as zonas de certeza positiva (dentro da qual seria evidente a aplicação da palavra que designa o conceito) e de certeza negativa (em que seria certo que a palavra não estaria abrigada no caso concreto) são passíveis de conferir certa margem de liberdade ao administrador[41]. Assim, se restar demonstrado que, no caso concreto, havia mais de uma solução adequada à hipótese, fica vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se na esfera privativa do administrador para alterar a opção adotada.

A duas, quando a aplicação desses conceitos ensejar a absoluta certeza de que foram bem ou mal reconhecidas pelo agente público, admiti-se o controle e a fulminação pelo Poder Judiciário da interpretação

39 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 84.

40 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. p. 140.

41 Nesse sentido: Maria Sylvia Zanella di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello.

dissonante daquilo que, em determinado espaço de tempo e lugar, era acepção corrente em dada sociedade. Nesses casos, em que de plano se percebe a irrazoabilidade, a imoralidade ou a inadequação do ato, inobstante a fluidez dos conceitos, será induvidoso o seu desatendimento pelo administrador.

Vale dizer: em determinadas situações, por ser possível afirmar o que constitui medida razoável ou não, o que ofende a ética ou não e o que notoriamente atende ou não ao dever de bem administrar a que está sujeito o Poder Público, impõe-se reconhecer que o campo de liberdade administrativa decorrente da norma foi desrespeitado pelo agente, maculando de vício de legalidade o ato administrativo.

Fixadas esses premissas, cumpre analisar as implicações de cada um desses princípios no controle jurisdicional dos atos administrativos.

O princípio da razoabilidade, segundo ensinamento de Hely Lopes Meirelles, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios adotados em determinada situação e os fins previstos na lei, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da administração pública, com lesão aos direitos fundamentais[42].

O postulado demanda que a Administração Pública, ao atuar no exercício da competência discricionária, terá de obedecer a critérios que guardem sintonia com o senso normal de um homem médio e agir na extensão e intensidade necessárias para o cumprimento da finalidade da lei que outorgou a discrição almejada.

Deveras, as condutas desarrazoadas, incoerentes ou praticadas em desconsideração aos atributos de sensatez e prudência não são admitidas pelo direito. Até porque se a providência administrativa não se apresenta razoável em vista das circunstâncias fáticas verificadas (motivos), por óbvio também não terá atendido de modo perfeito à finalidade da lei e, em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário.

O princípio da razoabilidade também exige a proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar[43]. Enuncia a ideia de as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e na intensidade proporcionais ao que seja realmente necessário para o cumprimento da finalidade pública para a qual foram conferidas[44].

A par disso, mesmo quando a norma legal confere um espaço de liberdade para o administrador avaliar e eleger determinada providência, segundo critérios de oportunidade e conveniência, se a decisão adotada for manifestamente discrepante da razoabilidade ou desproporcional ao caso concreto, o ato será imprestável para alcançar a finalidade legal.

Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza a afronta ao princípio da razoabilidade como sendo um abuso de competência pelo agente público. *In verbis:*

> O poder conferido [ao agente administrativo] é meramente instrumental e, se é tão só serviente de um fim, só se justifica na medida necessária. Ergo, em todo ato desproporcionado, excessivo, há por definição um excesso em relação à competência, pois não guarda indispensável correlação com ela. Em outras palavras: o agente, em tais casos, supera a demarcação de seu

42 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** p. 91.

43 Celso Antônio Bandeira de Mello prefere distinguir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, inobstante refira que o último descende da noção de razoabilidade. Maria Sylvia Zanella di Pietro e Hely Lopes Meirelles lecionam sobre ambos conjuntamente, por entenderem que o princípio da razoabilidade também exige a proporcionalidade entre os meios e os fins.

44 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. p. 37.

> poder, porque ultrapassa o necessário para se desincumbir do dever de bem cumprir a lei. Eis porque todo excesso, toda demasia, é inválida, viciando o ato.[45]

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, preocupado em tecer a razoabilidade como limite inafastável ao exercício da competência discricionária, entende que *a lei não se cumprirá se não houver um mínimo de pertinência razoável entre oportunidade e conveniência, de um lado, e finalidade, de outro.*[46]

Outrossim, resta claro que o fato de o legislador deixar margem de liberdade ao agente público não significa que fica vedado ao Poder Judiciário o reconhecimento de que uma dada providência, seguramente, além de não ser a melhor, sequer é comportada pela lei como razoável para determinada hipótese.

Tampouco se compreenderia que o Poder Judiciário e o ordenamento jurídico fossem complacentes com atos administrativos imorais. É por essa razão que o princípio da moralidade corresponde ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são considerados os parâmetros comportamentais que a sociedade deseja e espera.

Consoante leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro, verifica-se a violação ao princípio da moralidade quando o conteúdo do ato administrativo contraria o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade humana, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições públicas. A moralidade exige proporcionalidade entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos[47].

É verdade que não constitui tarefa fácil identificar esse senso moral na sociedade, pois os valores são variáveis e nem sempre os padrões de conduta corriqueiramente aceitos são realmente os valores ideais. Porém, pela expressão moralidade permite-se identificar pelo menos aquelas situações extremas, em que se pode afirmar sem sombra de dúvidas que determinada conduta é moral ou imoral e, ao menos essas, serão sempre passíveis de correição jurisdicional.

Frise-se que a moralidade administrativa integra o direito, erigindo-se como fator de legalidade. Os atos administrativos estão irremediavelmente vinculados à obediência dos preceitos éticos e morais do direito para que lhes seja reconhecida a validade, visto que o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal determina o atendimento ao princípio da moralidade pela administração pública e não se admite a atuação administrativa descompromissada com os valores que a lei consagra para melhor atender ao interesse público.

Diante dessas considerações, e porque esses comportamentos são incapazes de atingir à finalidade legal, é evidente que o Poder Judiciário pode invalidar os ato administrativos imorais. Para o reconhecimento do vício, o magistrado sequer precisa averiguar o móvel do administrador; basta que o conteúdo do ato administrativo contrarie a ética da instituição ou afronte as normas de conduta aceitas como honestas e legítimas pela sociedade para que ultrapasse o campo de liberdade restrito ao administrador.

A discricionariedade administrativa encontra limitação, ainda, no princípio da eficiência. Trata-se do mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada a bel prazer do agente público, exigindo resultados positivos para o serviço público e um satisfatório atendimento às necessidades da coletividade.

O princípio da eficiência pode ser compreendido como o direito fundamental dos administrados a

45 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. p. 98.

46 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. p. 40.

47 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 155.

uma administração pública eficiente e eficaz, cumpridora dos seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas[48].

Por conseguinte, a discricionariedade deve ser analisada como diretamente vinculada à Constituição Federal e aos direitos fundamentais dos administrados. Significa, pois, que a norma jurídica só admite a solução excelente para o caso, cogente com a totalidade dos princípios que a regem. Se a melhor solução, manifestamente, não for aquela adotada pelo administrador público no exercício da discrição administrativa, haverá violação da norma ou princípio de Direito, o que enseja correção jurisdicional para sanar o vício de legalidade.

Nota-se que desproporções manifestas entre o comportamento adotado discricionariamente pela administração pública e o fim de interesse público consubstanciado na necessidade da comunidade e dos seus membros não podem ser toleradas no Estado Democrático de Direito, em que se busca precipuamente a consecução dos objetivos constitucionais.

Nessa seara, se a administração pública decidir realizar uma nova obra perdulária em vez de dar prioridade a obras inacabadas de hospitais ou outros estabelecimentos essenciais para a prestação de serviços assegurados constitucionalmente como prioritários, configurar-se-á uma arbitrariedade na atuação administrativa; um vício por ineficiência e descumprimento do dever à boa administração.

Juarez de Freitas leciona acerca do vício de desrespeito ao direito fundamental à boa administração pública, corolário lógico do princípio da eficiência:

> A discricionariedade administrativa, no Estado Democrático, encontra-se vinculada ao direito fundamental à boa administração pública, sob pena de serem solapados os limites indispensáveis à liberdade de conformação. Toda discricionariedade administrativa precisa guardar referência ao sistema: a liberdade é dada para facultar a melhor conformação possível, não para obstá-la. A liberdade, se e quando exercida como negação dos princípios fundamentais, torna-se viciada por excesso ou deficiência _ e, como tal, negadora da discricionariedade legítima. Em outras palavras, faz-se arbitrária e não universalizável racionalmente.[49]

Portanto, a atuação discricionária da administração será legítima somente quando, além de autorizada pela lei, guardar coerência com os imperativos da prudência e da eficiência, capaz de assegurar a solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma.

Com base nisso, não se está a autorizar o controle dos juízos de conveniência e oportunidade pelo Poder Judiciário, mas sim a permitir a vigilância quanto aos aspectos que dizem respeito à compatibilidade plena do ato com os princípios constitucionais.

A competência discricionária é a margem de liberdade conferida pela lei para atender à finalidade de interesse público e em seu sentido jamais estão abrigadas interpretações desproporcionais ou ausentes da razoabilidade, da moralidade e da eficiência. Assim, o reconhecimento pelo Poder Judiciário do vício do ato administrativo desarrazoado, imoral ou ineficiente, que guarde manifesta desproporção entre o seu conteúdo e o fim almejado pela norma, não implica em invasão da esfera reservada ao administrador.

Inclusive, amparado na doutrina mais recente sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça vem superando a concepção segundo a qual o controle jurisdicional da Administração limita-se ao exame formal dos atos administrativos, para admitir a análise ampla da conformidade da atuação discricionária com as regras e princípios do ordenamento jurídico pátrio.

48 FREITAS, Juarez de. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. p. 20.

49 *Ibid.*, p. 125.

Conclui-se, dessa forma, que a invalidação jurisdicional da atuação administrava que manifestamente desatende ao comportamento ótimo visado pela norma que outorgou a competência constitui exame da legalidade do ato administrativo, eis que o Direito não admite comportamento discrepante da razoabilidade, da moralidade, da eficiência, que necessariamente devem nortear a administração pública.

4 CONCLUSÃO

Discricionariedade administrativa é a margem relativa de liberdade conferida por lei ao administrador público, para que este aprecie algum ou alguns dos aspectos que compõem o ato administrativo, segundo as condições que repute mais convenientes ou oportunas ao interesse público.

A competência discricionária não surge em face da ausência e tampouco significa uma permissão para que o agente público atue arbitrariamente. Cuida-se, na verdade, de um elemento utilizado pela norma jurídica para o melhor desempenho da função administrativa, para que esta se volte concretamente à satisfação de um interesse público.

Assim, toda vez que for possível demonstrar que o ato praticado não era idôneo para atender ao interesse que a lei tinha em mira, seja porque o escopo da lei era diverso do que se apontou, seja porque o comportamento não era o adequado para atingir a finalidade legal, é cabível a sua correção judicial. E nesses casos não se estará ajuizando o que é conveniente e oportuno, mas sim a legalidade do ato propriamente dita.

Não se olvida que há pouco tempo admitia-se como limitações à discricionariedade administrativa apenas os aspectos formais do ato administrativo, relativos aos elementos da forma e competência. A noção da valoração do fato e da adequação do ato ao caso concreto integravam o conceito de mérito e, por isso, ficavam imunes ao controle jurisdicional.

Todavia, com a evolução do conceito de discricionariedade mostra-se salutar a ampliação da área de atuação do Poder Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades _ em regra praticadas sob o escudo do mérito do ato administrativo _ quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* (artigo 5º, XXV).

Excluir do Poder Judiciário do exame dos fatos e da adequação da solução adotada, acarretaria validar inúmeros atos administrativos praticados em afronta ao Princípio da Legalidade, colocando em risco os direitos e liberdades do cidadão.

Além disso, a aferição dos fatos em que se apóia a Administração, da pertinência do comportamento adotado para cumprir a finalidade legal e da sua obediência aos princípios que regem a função administrativa constitui um exame de mera legalidade do ato administrativo. Não existe invasão ao mérito do ato e tampouco a substituição de um Poder de Estado por outro.

Com base nisso, não se está a autorizar o controle dos juízos de conveniência e oportunidade pelo Poder Judiciário, mas sim a permitir a vigilância quanto aos aspectos que dizem respeito à compatibilidade plena do ato com a lei e os princípios constitucionais .

5 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Diário Oficial de União, Brasília, DF, 5 de julho de 1965, republicada em 8 de abril de 1974.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º de fevereiro de 1999, retificada em 11 de março de 1999.

CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. **O desvio de poder no ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Anulação do ato administrativo por desvio de poder**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Discricionariedade Administrativa na constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FREITAS, Juarez de. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 242, p. 63-73, out./dez. 2005.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



Apelação Cível n. 2009.002220-9 - Paranaíba
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA – SERVIÇOS CARTORÁRIOS – IMPESSOALIDADE DO SERVIÇO – NÃO INCIDÊNCIA DA BASE DE CÁLCULO DIFERENCIADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Por não se enquadrarem os serviços de Cartório como de natureza pessoal, visto estarem presentes os quatro fatores de produção do elemento empresa, não se aplica a alíquota diferenciada prevista no § 1º do art. 7º da LC 116/2003.

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.

Campo Grande, 10 de novembro de 2009.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Trata-se de apelação interposta por Dulce Maria Rodrigues de Melo com relação à sentença de denegação da segurança proferida em mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário Municipal da Receita do Município de Paranaíba.

Alega que o ISSQN – Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – não pode ser calculado com base na receita bruta mensal dos serviços notariais e de registro público, mas com alíquota fixa, visto que o art. 9º do Decreto-lei n. 406/68 não foi revogado pela Lei Complementar n. 116/2003.

Sustenta que o recolhimento do imposto deve ser feito na forma do parágrafo primeiro do art. 9º do Decreto-Lei n. 406/68, ou seja, anualmente, através de aplicação de alíquotas fixas, e não por alíquotas que incida sobre a receita bruta.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

Parecer da Procuradora de Justiça pelo não provimento do recurso.

VOTO (EM 29.9.2009)

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

Trata-se de apelação interposta por Dulce Maria Rodrigues de Melo com relação à sentença de denegação da segurança proferida em mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário Municipal da Receita do Município de Paranaíba.

Na sentença, foi denegada a segurança e determinada que a cobrança do ISSQN – imposto sobre serviço de qualquer natureza – recaia sobre a arrecadação obtida pelo delegatário – excluídas as taxas cobradas juntamente com os emolumentos – e não em alíquota fixa, como pretendia a impetrante.

Dulce Maria Rodrigues de Melo recorre e alega que o ISSQN – Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – não pode ser calculado com base na receita bruta mensal dos serviços notariais e de registro público, mas com alíquota fixa, visto que o art. 9º do Decreto-lei n. 406/68 não foi revogado pela Lei Complementar n. 116/2003.

Sustenta que o recolhimento do imposto deve ser feito na forma do parágrafo primeiro do art. 9ª do Decreto-Lei n. 406/68, ou seja, anualmente, através de aplicação de alíquotas fixas, e não por alíquotas que incida sobre a receita bruta.

Esclarece-se inicialmente que a questão discutida diz respeito à base de cálculo do ISSQN na sua atividade cartorária, visto que a constitucionalidade da incidência do imposto já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal em ADI n. 3089.

Os Cartorários aduzem que os serviços prestados são de natureza pessoal, argumentando assim, que a base de cálculo deve ser em alíquota fixa.

Encontra-se disposto no Decreto-Lei n. 406/68, que estabelece normas gerais de direito financeiro aplicáveis ao ISSQN:

> Art 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.
>
> § 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

Assim, cumpre-nos esclarecer o significado do termo "trabalho pessoal".

Conforme artigo jurídico de "Fabio Rinaldi Manzano", no site "Consultor Jurídico" (http://www.conjur.com.br/2009-jun-06/municipios-aposentam-tributacao-fixa-iss-cartorios), observa-se que se encontra estabelecido no Código Civil, em seu art. 966, a distinção entre trabalho pessoal e atividade típica de empresário. *In verbis:*

> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
>
> Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Dessa forma, observa-se que o elemento empresa descaracteriza o trabalho pessoal.

Conforme Fabio Ulhoa Coelho, a empresa é atividade organizada no sentido de que nela se encontram articulados, pelo empresário (que a organiza), os quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia (**Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, 2ª ed., Ed. Saraiva, pag. 12), restando claro, portanto, que a existência desses quatro fatores caracteriza a atividade empresarial.

Ao analisar-se os serviços de cartório, constatam-se os quatro fatores de produção, sendo inegável sua atividade em caráter empresarial, não havendo falar, portanto, em trabalho pessoal, como se exige no parágrafo 1º do art. 9º do Decreto-Lei n. 406/68. Senão vejamos:

> Capital: Na manutenção da atividade dos cartórios, não há como não identificarmos a presença de Capital do Oficial do Tabelionato. Inovações na planta do cartório, no mobiliário, nos equipamentos (arquivos eletrônicos, por exemplo), e em comodidades diversas para o usuário, são escolhas do oficial e acarretam o dispêndio de capital.
>
> Mão de Obra: Inexiste estabelecimento de prestação de serviços de Registros Públicos, Cartorários e Notariais que opere sem uma completa equipe de profissionais realizando, diretamente, diversas atividades.
>
> Insumos: Os custos de manutenção dos serviços e as despesas de custeio dos cartórios (aquisição de papel, de selos, de carimbos, microfilmagem de documentos, encadernações de livros, café, água potável, energia elétrica, etc.) são todos custeados pelos oficiais.
>
> Tecnologia: A tecnologia pode ser identificada até mesmo na disposição da planta do cartório, na forma de atendimento, na inteligência do fornecimento dos serviços. Softwares complementares existentes nos cartórios também podem identificar a liberalidade dos oficiais tabeliães sobre a tecnologia/inteligência do oferecimento dos serviços. (site: Consultor Jurídico)

Inclusive na Lei n. 8.935/94, que regula os serviços notariais e de registro, há disposição expressa a respeito da impessoalidade do serviço em questão, visto que prevê a contratação de pessoal para o exercício da atividade fim do cartório, como no reconhecimento de firma por exemplo, em que pessoa diversa do oficial de registro presta o serviço em sua totalidade. *In verbis:*

> Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.
>
> § 1º Em cada serviço notarial ou de registro haverá tantos substitutos, escreventes e auxiliares quantos forem necessários, a critério de cada notário ou oficial de registro.
>
> § 2º Os notários e os oficiais de registro encaminharão ao juízo competente os nomes dos substitutos.
>
> § 3º Os escreventes poderão praticar somente os atos que o notário ou o oficial de registro autorizar.
>
> § 4º Os substitutos poderão, simultaneamente com o notário ou o oficial de registro, praticar todos os atos que lhe sejam próprios exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos.

> § 5º Dentre os substitutos, um deles será designado pelo notário ou oficial de registro para responder pelo respectivo serviço nas ausências e nos impedimentos do titular.

Assim, não há falar em serviço pessoal, não se enquadrando, portanto, no regime especial de arrecadação – alíquota fixa, mas na regra geral de incidência do imposto, ou seja, como base de cálculo o preço do serviço (art. 7º da Lei Complementar n. 116/2003).

Ressalta-se ainda que, conforme ensinamentos do professor Francisco Ramos Mangieri, serviço pessoal é aquele que "*se dá por meio de um única pessoa que impregna o resultado com sua exclusiva capacidade intelectual. Se porém, outras pessoas interferem nesse resultado, agregando ao serviço outras qualidade ou mesmo substituindo o titular, a atividade deixará de ser pessoal*".(*in* **ISS sobre Cartórios**, Editora Edipro, 1ª edição - 2008, p. 58)

Nesse sentido:

> APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. Atuando o particular em atividade estatal delegada, exercida em caráter privado, incide o tributo sobre as receitas provenientes de serviços notariais e de registro, excluídas as verbas direcionadas ao Estado - Não incidência do regime diferenciado de tributação de que trata o art. 9o, parágrafo 1º do Decreto-lei n. 406/68 - Precedentes - Recurso provido.(TJ/SP, AC com Revisão n. 7049885900, Décima Quarta Câmara de Direito Público, Rel. Renato Zanela Pandin e Cruz Gandini, julgado em 30.3.2009).

> AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - ISS - Município de Atibaia –[...]

> Serviços de registro público, cartorários e notariais - Tributação cabível - Constitucionalidade afirmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado - Tributação privilegiada prevista no artigo 9°, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/68 - Descabimento - Inexistência de trabalho exclusivamente pessoal - Sentença reformada em parte - Sucumbência invertida - Recurso oficial considerado interposto e apelo da municipalidade providos - Recurso adesivo do contribuinte improvido. (TJ/SP, AC com Revisão n. 8334845500, Décima Quinta Câmara de Direito Público, Rel. Silva Russo, julgado em 12.2.2009).

> APELAÇÃO CÍVEL - Ação Declaratória - ISS incidente sobre serviços prestados por notários e oficiais de registro - Serviços delegados exercidos em caráter privado - Natureza *sui generis* da contraprestação, sendo taxa o valor direcionado ao Estado e remuneração o montante direcionado ao agente delegado, passível de sujeição ao ISS - Diferenciação com outros serviços públicos não permitida pela norma constitucional, sob pena de violação ao princípio da isonomia - Incidência do ISS sobre os emolumentos, excluídos os valores destinados aos órgãos públicos - Sentença mantida - Recurso improvido. (TJ/SP, AC com Revisão n. 6596095900, Décima Quinta Câmara de Direito Público, Rel. Eutálio Porto, julgado em 15.1.2009).

Dessa forma, por não se tratar de serviço de natureza pessoal, não há falar em aplicação da base de cálculo diferenciada, restando claro que agiu com acerto o magistrado ao denegar a segurança.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

CONCLUSÃO DE JUGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR, DES. DORIVAL RENATO PAVAN, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 10.11.2009)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Revisor)

Na sessão anterior, pedi vista dos autos para melhor examinar a hipótese sob exame, depois de o eminente relator, Des. Atapoã da Costa Feliz ter proferido voto negando provimento ao recurso de apelação interposto por Dulce Maria Rodrigues de Melo.

Consta dos autos que a apelante impetrou mandado de segurança em face do Secretário Municipal da Receita do Município de Paranaíba. Afirmou, em síntese, que a cobrança do ISSQN da forma como foi feita pelo Município de Paranaíba desrespeita seu direito líquido e certo, pois entende que não está sujeita ao pagamento do ISSQN sobre o total da receita obtida pelo cartório, mas sim com base em alíquota fixa, nos termos do que dispõe o art. 9º, § 1º do Decreto Lei n. 406/68. Isto porque entende que os serviços notariais são exercidos em caráter pessoal pelos notários e registradores públicos, de sorte que os mesmos devem ser tributados de acordo com as regras referentes a tributação de pessoa física prestadora de serviço.

O Juízo de primeiro grau denegou a segurança sob o fundamento de que não restou caracterizada a ofensa a direito líquido e certo, isto porque entendeu correta a aplicação da alíquota sobre aquela base de cálculo, não havendo razões para aplicação da exceção prevista aos profissionais liberais, na qual a mensuração é quase impossível.

Subiu a este E. Tribunal de Justiça apelação cível interposta pela impetrante às f. 298-311 pugnando pela reforma da Sentença para o fim de reconhecer e declarar a nulidade do ato coator, e por consequência, reconhecer o direito da impetrante de recolher o tributo em valor fixo anual, nos termos do artigo 9º § 1º do Decreto Lei n. 406/68.

De outra parte o apelado apresentou contrarrazões pugnando pelo improvimento do recurso.

O voto do Relator Atapoã da Costa Feliz negou provimento ao recurso interposto sob o fundamento de que os serviços de cartório não se enquadram na categoria de serviço de prestação pessoal, pois estão presentes na atividade os quatro fatores de produção do elemento de empresa, de sorte que não é aplicável a alíquota diferenciada prevista no § 1º do art. 7º da LC n. 116/2003.

Depois de analisar os fundamentos do voto, acompanho o entendimento do Ilustre Relator. E assim o faço em decorrência dos seguintes pressupostos e fundamentos, de fato e de direito.

Insta salientar,de início, que o ponto nodal da questão circunscreve-se sobre qual base de cálculo deve recair o tributo, isto porque a constitucionalidade da cobrança de ISSQN sobre serviços notariais encontra-se pacífica neste Tribunal de Justiça, pois a matéria foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito de ação direta de inconstitucionalidade proposta por entidade de classe de âmbito nacional, oportunidade em que foi declarada a constitucionalidade da cobrança do ISSQN sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notariais.

Assim, por força do efeito vinculante previsto no art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.869, de 10.11.1999, teve sua constitucionalidade reconhecida, por unanimidade, pelo Órgão Especial desta Corte, rejeitando-se a arguição de inconstitucionalidade n. 2005.014236-5/0001-00, em acórdão cuja ementa encontra-se redigida nos seguintes termos:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ITENS 21 E 21.1. DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR N. 116/2003. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN SOBRE SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. CONSTITUCIONALIDADE.
>
> Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra os itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar n. 116/2003, que permitem a tributação dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN.
>
> Alegada violação dos arts. 145, II, 156, III, e 236, caput, da Constituição, porquanto a matriz constitucional do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza permitiria a incidência do tributo tão-somente sobre a prestação de serviços de índole privada. Ademais, a tributação da prestação dos serviços notariais também ofenderia o art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º da Constituição, na medida em que tais serviços públicos são imunes à tributação recíproca pelos entes federados.
>
> As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolverem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º da Constituição. O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva.
>
> A imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados. Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não-tributação das atividades delegadas. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente".
>
> A teor do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal".
>
> Desse modo, não resta alternativa senão rejeitar a alegação de inconstitucionalidade em exame, razão pela qual julgo improcedente a presente argüição, com a conseqüente devolução dos autos à Egrégia Quarta Turma Cível, a teor do art. 587, do RITJ-MS.(TJMS, Argüição de Inconstitucionalidade em AC n. 2005.014236-5/0001-00, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo).

Proclamada a constitucionalidade do texto legal, resta aferir sobre qual base de cálculo deve recair o imposto.

É cediço que o ISSQN, nos termos do artigo 7º da LC n. 116/03, tem por base de cálculo o preço do serviço. O citado artigo reproduz o disposto no artigo 9º do Decreto Lei n. 406/68, que ainda preceitua em seu parágrafo primeiro o modo de fixação da base de cálculo quando o serviço for prestado por profissional liberal.

Esse é o dispositivo a ser interpretado:

> Art. 9º - A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.
>
> § 1º - Quando de tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

Ressalte-se que é cediço que as disposições do Decreto-lei n. 406/08 permanecem válidas e eficazes quando consonantes com a Lei Complementar n. 116/03, de sorte que o parágrafo único do precitado artigo é plenamente aplicável.

Assim, a regra é de que a base de cálculo aplicável seja o valor do serviço e a exceção a fixação de alíquotas fixas ou variáveis de acordo com a remuneração do serviço, quando se tratar de serviço prestação pessoal.

No caso dos autos a apelante alega que o serviço notarial por ela prestado tem natureza pessoal, de modo que deve aplicada a citada exceção para aferição da base de cálculo do ISSQN.

Entretanto essa não é a melhor interpretação a ser dada a questão.

Tem-se por serviço individual aquele prestado por profissional liberal ou por sociedade simples que substituiu a antiga sociedade civil de natureza pessoal, não empresarial.

Sobre a caracterização do trabalho pessoal apto a ensejar a aplicação do benefício previsto no § 1º do artigo 9º do Decreto n. 406/08, Aires F. Barreto ensina que:

> Ao fazer menção a trabalho pessoal do contribuinte – parece-nos -, pretendeu a norma legal referir-se aos serviços que resultam de atividade intelectual, denotando certa criatividade do autor, que infunde em seu trabalho características de sua própria personalidade.[1]

E mais adiante acrescenta sobre as sociedades profissionais.

> Com efeito, a remissão efetivada tem por intuito primordial demonstrar que o tratamento benéfico, em nível de sociedade, somente se pode dar em relação àquelas em que continua havendo – ainda que associativamente – trabalho pessoal do próprio contribuinte.[2]

Depreende-se das lições acima colacionadas que somente uma determinada categoria de serviço é alcançada pela benesse legal, de sorte que a aplicação do precitado artigo imprescinde da caracterização de que a atividade seja prestada por **trabalho pessoal** do próprio contribuinte.

Nesse sentido veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADES DE CARÁTER EMPRESARIAL.
>
> 1. Depreende-se dos autos que o Tribunal de origem, não obstante esteja fundado nos elementos probatórios contidos nos autos, principalmente no contrato social de cada sociedade que ora figura como embargante, delimitou de modo incontroverso a natureza jurídica de odas elas, razão pela qual devem ser afastados os óbices das Súmulas 5 e 7 desta Corte.
>
> 2. Nos termos do art. 1.052 do CC/2002, "na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela

1 BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário Municipal.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 418.

2 *Op. cit.* 419

integralização do capital social". Assim, nessa espécie de sociedade, a responsabilidade do sócio "está limitada à força do capital social" (Rubens Requião). Nesse contexto, não há falar em responsabilidade ilimitada dos sócios, tampouco em ausência de caráter empresarial.

3. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, "nos termos do art. 9º, § 3º, do DL 406/68, têm direito ao tratamento privilegiado do ISS as sociedades civis uniprofissionais, que tem por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade social e sem caráter empresarial" (AgRg no Ag 458.005/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 4.8.2003). Na hipótese, tratando-se de sociedades de caráter empresarial, não há direito ao tratamento privilegiado previsto no art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei n. 406/68.

4. Embargos de declaração acolhidos, com a atribuição de efeitos infringentes. Agravo de instrumento desprovido, por outros fundamentos.(EDcl no AgRg no Ag 798575/PR, 2006/0166663-1, Primeira Turma, Relª. Minª. Denise Arruda (1126), julgado em 6.8.2009, DJ 26.8.2009).

Ora, o artigo 236 da Constituição Federal preceitua que *"Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público."*

Assim, em uma interpretação do dispositivo denota-se que a atividade notarial equipara-se a um serviço público, de sorte que não pode ser entendida como atividade de prestação pessoal de um profissional liberal.

Esse entendimento deve ainda ser observado pelo fato de que para a formação de um cartório, apto a prestar o serviço notarial, é necessário o preenchimento de alguns requisitos dentre os quais a contratação de escreventes, substitutos e auxiliares, nos termos do que dispõe o artigo 20 da Lei n. 8.935/94. Por consequência, não é o trabalho pessoal do titular do cartório que dá ensejo a toda a prestação do serviço.

Tecidas essas considerações, acompanho o eminente relator para conhecer do recurso e negar-lhe provimento mantendo inalterada da sentença atacada.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

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

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

Campo Grande, 10 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.008560-3 - Ponta Porã
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

APELAÇÃO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – SUBARRENDAMENTO RURAL – CONTRATO REGIDO PELO DECRETO N. 59.566/66 – INEXIGIBILIDADE E NULIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL NÃO DEMONSTRADAS – PRESENÇA DOS REQUISITOS – ADMISSIBILIDADE DE APREENSÃO DE COISA DIVERSA – PODER GERAL DE CAUTELA – NULIDADE DA CLÁUSULA QUE FIXA O PREÇO EM SACAS DE SOJA E NÃO EM DINHEIRO – DESOBEDIÊNCIA AO ART. 18 DO DECRETO N. 59.566/66 – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de outubro de 2009.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Trata-se de recurso de apelação interposto por Eduardo Schickling com relação à sentença de improcedência do pedido proferida nos embargos à execução opostos em desfavor de João Pedro Pasqual Neto.

Argui a inexigibilidade do título executivo, visto que a autenticidade das assinaturas somente foi reconhecida após dois anos da emissão do contrato, ocasião em que foram acrescidas as assinaturas das testemunhas.

Sustenta ainda a nulidade do contrato por ausência dos requisitos dos incisos I, II, III, IV e XI do art. 12 do Decreto n. 59.566/66 - que regula os contratos de arrendamento rural; por simulação, já que consta no contrato declaração não verdadeira.

Alega que o preço não pode ser regulado em quantidade do produto; que a tutela era para entrega de coisa incerta – sacas de soja – sendo que foi apreendida coisa diversa – sacas de milho; excesso de penhora.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Eduardo Schickling com relação à sentença de improcedência do pedido proferida nos embargos à execução opostos em desfavor de João Pedro Pasqual Neto.

Argui a inexigibilidade do título executivo, visto que a autenticidade das assinaturas somente foi reconhecida após dois anos da emissão do contrato, ocasião em que foram acrescidas as assinaturas das testemunhas.

Sustenta ainda a nulidade do contrato por ausência dos requisitos dos incisos I, II, III, IV e XI do art. 12 do Decreto n. 59.566/66, - que regula os contratos de arrendamento rural; por simulação, já que consta no contrato declaração não verdadeira.

Alega que o preço não pode ser regulado em quantidade do produto; que a tutela era para entrega de coisa incerta – sacas de soja – sendo que foi apreendida coisa diversa – sacas de milho; excesso de penhora.

Constata-se dos autos que o contrato firmado entre as partes foi intitulado como "instrumento particular de cessão e venda de arrendamento rural e outras avenças", todavia percebe-se corresponder o contrato a uma espécie de subarrendamento, conforme se verifica à f. 29. *In verbis:*

> Cláusula Primeira: - Do objeto:
>
> As partes ora contratantes são detentoras em partes iguais, de um arrendamento de terras [...]
>
> Cláusula Segunda: - Da Cessão:
>
> Por iniciativa do ora Promitente vendedor, este efetua a venda de seus 'direitos' sobre referido arrendamento, inclusive da lavoura já implantada, ao Promitente Comprador, compreendendo os gastos já ocorridos e compromissos futuros vincendos, relacionados ao objeto da presente transação.
>
> [...]
>
> Cláusula terceira: - Do Preço:
>
> As partes ajustam o preço equivalente à quantia de 1.650 (um mil e seiscentas e cinquenta) sacas de soja, de 60 kg cada, no padrão: sã, seca e limpa e livre de despesas de armazém, que serão pagas pelo Promitente Comprador ao Promitente vendedor, da seguinte forma:[...]

Assim, rege-se o presente contrato pelo Decreto n. 59.566/66, que dispõe a respeito dos contratos agrários.

Esclarece-se ainda que se encontra estabelecido nos §§ 1º e 2º do art. 3º do referido Decreto que:

> Art 3º Arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes

> do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nêle ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista, mediante, certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da Lei.
>
> § 1º **Subarrendamento é o contrato pelo qual o Arrendatário transfere a outrem, no todo ou em parte, os direitos e obrigações do seu contrato de arrendamento**.
>
> [...]
>
> § 3º O Arrendatário outorgante de subarrendamento será, para todos os efeitos, classificado como arrendador. (grifo nosso)

Dessa forma, verifica-se que se deve aplicar o Decreto n. 59.566/66 para solução do caso em apreço.

Passa-se, então, à análise do recurso.

Argui a inexigibilidade do título executivo, visto que a autenticidade das assinaturas somente foi reconhecida após dois anos da emissão do contrato, ocasião em que foram acrescidas as assinaturas das testemunhas.

Todavia o recorrente apenas sustenta a inexigibilidade do título, sem comprovar a veracidade do que alega.

Nota-se que o contrato encontra-se devidamente assinado pelos contratantes e duas testemunhas, não havendo sequer indícios que as últimas assinaturas foram acrescidas posteriormente.

Ademais, o reconhecimento das assinaturas em data posterior, não possui o condão, por si só, de descaracterizar o contrato.

Dessa forma, afasta-se a arguição de inexigibilidade do título.

Sustenta ainda a nulidade do contrato por ausência dos requisitos dos incisos I, II, III, IV e XI do art. 12 do Decreto n. 59.566/66, que regula os contratos de arrendamento rural; simulação, já que consta no contrato declaração não verdadeira.

Novamente não lhe assiste razão.

Encontra-se disposto no art. 12 do decreto em questão:

> Art 12. Os contratos escritos deverão conter as seguintes indicações:
>
> I - Lugar e data da assinatura do contrato;
>
> II - Nome completo e endereço dos contratantes;
>
> III - Características do arrendador ou do parceiro-outorgante (espécie, capital registrado e data da constituição, se pessoa jurídica, e, tipo e número de registro do documento de identidade, nacionalidade e estado civil, se pessoa física e sua qualidade (proprietário, usufrutuário, usuário ou possuidor);
>
> IV - característica do arrendatário ou do parceiro-outorgado (pessoa física ou conjunto família);

> [...]
>
> XI - assinatura dos contratantes ou de pessoa a seu rogo e de 4 (quatro) testemunhas idôneas, se analfabetos ou não poderem assinar.
>
> Parágrafo único. As partes poderão ajustar outras estipulações que julguem convenientes aos seus interesses, desde que não infrinjam o Estatuto da Terra, a Lei n. 4.947/66 e o presente Regulamento.

No entanto, constata-se à f. 29-30 o lugar e data da assinatura do contrato – Aral Moreira/MS, 10 de dezembro de 2003; o nome completo e endereço dos contratantes – João Pedro Pasqual Neto e Eduardo Schickiling, Fazenda Ponte Quihá, Vila Marques, Aral Moreira; características do parceiro-outorgante – brasileiro, casado, administrador de empresas, CPF 054.464.739-49 e RG 1.963.863 SSP/PR, arrendatário que cede seus direitos; característica do parceiro-outorgado – brasileiro, casado, do comércio, arrendatário - e assinatura dos contratantes.

Dessa forma, constata-se a presença dos requisitos constantes nos incisos I, II, III, IV e XI do art. 12 do decreto em questão.

Também não há falar em simulação por constar declaração não verdadeira, visto que não há nos autos nenhum indício de que o cedente não era o real arrendatário da área objeto do contrato. Ademais, caberia ao recorrente comprovar que os direitos pertenciam a terceira pessoa, o que não foi feito.

Alega ainda o recorrente que o preço não pode ser regulado em quantidade dos produtos; que a tutela era para entrega de coisa incerta – sacas de soja – sendo que foi apreendida coisa diversa – sacas de milho; excesso de penhora.

Sobre o fato de a apreensão recair sobre coisa diversa da descrita na inicial, observa-se que o recorrente foi citado para o cumprimento da obrigação – entrega de 1.000 sacas de soja – ou, seguro o juízo, oposição de embargos, mas permaneceu inerte.

Foi expedido mandado de busca e apreensão, sem êxito, visto não ter sido encontrado o objeto litigioso. Diante disso, foram apreendidos 194.639 kg de milho, que se encontravam no armazém onde era depositada também a soja, permanecendo o gerente administrador do referido depósito como fiel depositário.

Dessa forma, resta claro que a magistrada ao manter a apreensão sobre a safra de milho agiu sob o poder geral de cautela, visto que, conforme determinado no art. 461, § 5º do CPC, *"para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão[...]"*

A propósito, conforme esclarecido pela magistrada na sentença:

> [...] é de acolher-se a tese do embargado, pois não se apura que existam outros bens passíveis de constrição.
>
> Outrossim, o embargante não depositou o produto a que estava obrigado e nem mesmo se dispôs ao pagamento. (f. 128)

Esse Tribunal assim se manifestou em caso análogo:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO POR QUANTIA INCERTA – INTEMPESTIVIDADE – AFASTADA – DECISÃO E CONHECIMENTO PELO PATRONO NO CURSO DE FÉRIAS FORENSE – CONSTRIÇÃO DE PRODUTO DIVERSO DO CONTRATADO – INEXISTÊNCIA DESTE – PODER GERAL DE CAUTELA – ARTS. 461, § 2º, E 798 DO CPC – RECURSO IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> A constrição de bem diverso do previsto no contrato, em razão da inexistência de tal bem é admissível como medida acautelatória, ante a análise fática e de direito da situação pelo presidente da lide no uso do poder geral de cautela". (Ag n. 2002.007342-3, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Nildo de Carvalho, julgado em 12.8.2003).

Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA INCERTA (SOJA). CÉDULA DE PRODUTO RURAL. BUSCA E APREENSÃO DO MAQUINÁRIO EMPENHADO. CABIMENTO. DEMANDA REVISIONAL E SUSPENSÃO DO FEITO EXECUTIVO. INDEFERIMENTO.
>
> 1. De ser mantida a decisão que deferiu busca e apreensão do maquinário empenhado na cédula executada, medida assecuratória e que leva em conta a situação concreta dos autos, evidenciando a falta de interesse do devedor em cumprir a obrigação assumida, além do manifesto intento de desviar ou ocultar as garantias, colocando em risco o recebimento do crédito.
>
> 2. Descabida a suspensão do feito executivo, ante o ajuizamento da demanda revisional. Art. 585, §1º, do CPC. Inexistência de embargos à execução. Possibilidade de decisões conflitantes não verificadas. Levantamento pela credora do produto depositado. Cabimento. Seguimento liminarmente negado. (TJRS, Ag n. 70025447400, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Orlando Heemann Júnior, julgado em 22.7.2008).

Esclarece-se ainda que foi prestada caução -f. 31-, o que afasta o perigo de possível irreversibilidade da medida.

Com relação ao excesso de penhora, mais uma vez se observa que o recorrente apenas alega, sem trazer nenhuma prova aos autos que justifique referido excesso, aliás, nem sequer indicou com precisão no que consiste o excesso.

Contudo, no que se refere ao preço do contrato, que não pode ser regulado em quantidade do produto, assiste razão ao recorrente.

O parágrafo único do artigo 18, do Estatuto da Terra, veda expressamente o ajuste do preço do arrendamento em quantidade fixa de frutos ou produtos e o seu equivalente em dinheiro.

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – ARRENDAMENTO RURAL – NULIDADE DA CLÁUSULA QUE ESTABELECE O VALOR DO ARRENDAMENTO EM PRODUTO E NÃO EM DINHEIRO – ESTATUTO DA TERRA (LEI N. 4.504/64) E REGULAMENTO (DECRETO N. 59.566/66) – SUBSTITUIÇÃO POR VALORES VIGENTES À ÉPOCA DO CONTRATO – PEDIDO RECONVENCIONAL – IMPROCEDENTE – RECURSO PROVIDO.

> 1. A quarta cláusula do contrato de arrendamento rural que estipula o preço do arrendamento em produto (6.000 sacas de soja) é nula por ferir o artigo 18, do Decreto n. 59.566/66, que regulamentou a Lei n. 4.504/64 (Estatuto da Terra).
>
> 2. A conversão desse produto em valores vigentes à época da celebração do contrato é medida que preserva a autonomia da vontade das partes, ao mesmo tempo em que atende aos ditames do Estatuto da Terra.
>
> 3. Estabelecido o valor da renda em R$ 60.000,00, não há falar em pagamento a maior, pois, o produto entregue em pagamento alcançou R$ 65.820,00, em 1998, R$ 43.740,00, em 1999, ficando, na verdade, aquém do montante devido. Não foi objeto da lide, por outro lado, o saldo remanescente da segunda parcela. [...] (AC n. 2005.013128-3, Quinta Turma, Rel. Designado Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado 6.8.2009).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL – CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – POSSIBILIDADE DE DISCUTIR A LIQUIDEZ DO TÍTULO – CLÁUSULA QUE FIXA O PREÇO DO PAGAMENTO EM PRODUTO – NULIDADE – ARTIGO 18, PARÁGRAFO ÚNICO DO DECRETO N. 59.566/66 – PRECEDENTES DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. [...]
>
> O parágrafo único do artigo 18, do Decreto n. 59.566/66, proíbe tal conduta, o que acarreta a nulidade da cláusula e iliquidez do título, por não ser possível determinar ou quantificar a obrigação a ser executada e torna inadmissível a tutela executiva. (AC n. 2008.027973-3, Quarta Turma, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 17.3.2009).

Posto isso, dá-se provimento em parte ao recurso para declarar a nulidade da Cláusula Terceira do contrato de f. 29 e determinar que a execução recaia sobre o valor equivalente a 1000 sacas de soja da época da celebração do contrato, atualizados desde então pelo IGPM e com juros de mora de 1% ao mês, sem prejuízo dos encargos relativos ao inadimplemento. Aplica-se a sucumbência recíproca.

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. Dorival Renato Pavan.

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

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

Campo Grande, 6 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.021431-4 - Coxim
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA CELEBRADO APÓS LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA NÃO REGISTRADA – INADMISSIBILIDADE – VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 422 DO CC – AUSÊNCIA DE BOA-FÉ – OBJETO ILÍCITO – NULIDADE DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – ART. 166, II, DO CC – RECURSO PROVIDO.

É nulo, na forma do art. 166, II, do Código Civil, por ser ilícito, o compromisso de compra e venda que tem por objeto o mesmo imóvel vendido anteriormente por meio de escritura pública ainda que não registrada.

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 dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Campo Grande, 10 de novembro de 2009.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Sebastião Homero Gomes e outra interpõem apelação em face da sentença de improcedência do pedido que formularam em ação anulatória de ato jurídico ajuizada em desfavor de Alcindo Ildefonso Gonçalves, Hosana Correa Gonçalves e Divino Carlos Ferreira.

Alegam que os vendedores, ora recorridos, não poderiam vender novamente a área rural que lhes foi transferida por meio de escritura pública de compra e venda.

Afirmam que os recorridos contrataram a venda de um bem que não dispunham mais do seu domínio.

Pedem, alternativamente, a redução da condenação dos honorários de advogado fixados na sentença em R$ 10.000,00.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO (EM 22.9.2009)

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

Sebastião Homero Gomes e outra interpõem apelação em face da sentença de improcedência do pedido que formularam em ação anulatória de ato jurídico ajuizada em desfavor de Alcindo Ildefonso Gonçalves, Hosana Correa Gonçalves e Divino Carlos Ferreira.

Consta dos autos que os recorridos Alcindo e Hosana venderam, por meio de duas escrituras públicas de compra e venda lavradas em 12.4.2004, dois imóveis rurais descritos respectivamente nas matriculas n. 8.966 e 8.967 do CRI de Coxim (f. 30-37), para os recorrentes.

Ocorre que os mesmos imóveis foram novamente vendidos, em 3.8.2004, pelos recorridos Alcindo e Hosana, por contrato particular de compromisso de venda e compra firmado com Divino Carlos (f. 43).

A escritura pública firmada entre os recorrentes e os vendedores, Alcindo e Hosana somente foi levada a registro em 14.10.2004, mas o pedido de registro foi recusado pelo Tabelião (f. 48-49). Sendo, todavia, registrada posteriormente, em 6.7.2005, por determinação judicial (f. 57 – 129-130).

Quanto ao compromisso particular de compra e venda firmado entre os recorridos, observa-se que ele também foi registrado nas matrículas dos imóveis em 17.2.2006 (f. 126-127v. e 128).

Diante disso, os recorrentes ajuizaram esta ação anulatória de ato jurídico pretendendo a decretação de nulidade do contrato de compromisso de compra e venda havido entre os recorridos, pois os vendedores não poderiam vender os imóveis que não lhes pertenciam mais.

Após a citação, os recorridos apresentaram contestação em conjunto, na qual afirmam que o compromisso de compra e venda é legítimo, pois notificaram previamente os recorrentes visando à rescisão do contrato de compra e venda firmado com os apelantes, tendo em vista o não-pagamento das dívidas dos vendedores, ora recorridos.

Na sentença o magistrado afirmou que não foi provada nenhuma das hipóteses previstas na lei que ensejam a anulação do contrato, por isso julgou improcedente o pedido (f. 262-267).

Inconformados com a sentença, os recorrentes apresentaram apelação na qual alegam que os vendedores, ora recorridos, não poderiam vender novamente a área rural que lhes foi transferida por meio de escritura pública de compra e venda.

Afirmam que os recorridos contrataram a venda de um bem que não dispunham mais do seu domínio.

Pedem, alternativamente, a redução da condenação dos honorários de advogado fixados na sentença em R$ 10.000,00.

Resta incontroverso nos autos que os mesmos imóveis foram vendidos inicialmente, pelos recorridos, Alcindo e Hosana, aos recorrentes, por intermédio de escritura de compra e venda, e, em seguida, foram prometidos a venda ao recorrido, Divino Carlos, por meio de compromisso de compra e venda.

Nota-se que ao tempo da celebração do compromisso de venda e compra firmado entre os recorridos, o imóvel já havia sido vendido aos recorrentes.

Esclarece-se que não há falar em rescisão automática do contrato de compra e venda firmado por meio das escrituras públicas lavradas em 12.4.2004, porquanto mesmo que os recorrentes estivessem descumprido suas

obrigações contratuais, consistente no pagamento das dívidas dos vendedores, caberia aos alienantes requererem a execução do contrato ou a rescisão do pacto por eventual inadimplência contratual, o que não ocorreu.

Logo, se os recorridos, Alcindo e Hosana, pretendiam retomar os imóveis para novamente aliená-los, deveriam no mínimo pleitear a rescisão do contrato de compra e venda firmado com os recorrentes.

Assim, temerária a atitude dos recorridos em celebrar o compromisso de compra e venda, sem que pudesse haver a transferência dos imóveis de forma plena e desembaraçada.

Constata-se, diante disso, que os vendedores não poderiam prometer a venda um imóvel que antes se obrigaram a transferir o domínio, por meio de escritura pública, sem antes rescindir essa mesma escritura.

Poder-se-ia argumentar que a escritura pública ainda não estava registrada e, por isso, os recorridos ainda detinham o domínio e, em razão disso, poderiam celebrar o compromisso de venda e compra objeto desta ação.

Acontece que os recorridos já haviam se obrigado a transferir o domínio e o registro da escritura não dependia da aquiescência deles, mas apenas da vontade dos recorrentes.

Sobre os efeitos da compra e venda são as lições de Carlos Roberto Gonçalvez, *in verbis*:

> Quem vende um imóvel por escritura pública, preleciona Couto e Silva, não necessitará de outro ato ou de outra declaração de vontade para que possa ser realizado o registro, pois, na vontade de vender, está a vontade de adimplir, de transmitir, que, por si só, é suficiente para permitir o registro no albo imobiliário. (Direito Civil Brasileiro, 4ª edição, ed. Saraiva, p. 203-204).

Verifica-se que os vendedores, recorridos, se comprometeram a transmitir o domínio das áreas rurais aos recorrentes quando assinaram a escritura pública de compra e venda, o que lhes impede prometer os imóveis a outra pessoa.

Observa-se que houve expressa violação do disposto no art. 422 do CC, que obriga os contratantes a guardar, tanto na conclusão do contrato como na execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Dessa forma, o negócio jurídico celebrado entre os recorridos é nulo, pois constitui ato ilícito, contrário aos bons costumes, à ordem pública e à moral, a alienação de imóvel que de fato já não mais lhes pertencia.

Sabe-se que é elemento essencial de todo e qualquer contrato que seu objeto seja lícito, sendo que eventual ilicitude impõe a declaração de nulidade do negócio jurídico, nos termos do art. 166, II, do Código Civil, conforme fundamentam os recorrentes na inicial.

Sobre o tema colhe-se o seguinte julgado, *in verbis*:

> AÇÃO DE NULIDADE DE ESCRITURA. NULIDADE DA SENTENÇA E NULIDADE DO PROCESSO. PRELIMINARES AFASTADAS. COMPRA E VENDA. FRAUDE. ANULAÇÃO. Não se verificando a ausência de algum dos requisitos constantes dos artigos 458 e 460 do Código de Processo Civil, não há que se falar em nulidade da sentença. Inexiste cerceamento de defesa em caso de a dilação probatória se apresentar desnecessária em face da natureza das questões em debate, dos elementos de prova ínsitos no contexto do processo e da certeza de conter o feito meios suficientes ao julgamento do litígio sem ampliação da fase instrutória. Na forma do artigo 145, II, do Código Civil de 1916, aplicável ao caso, é nulo o ato jurídico quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto, sendo nulo, portanto,

registro de imóvel efetuado com base em documentos falsos ou em evidente prejuízo de terceiros. (TJMG, AC n. 1.0027.96.000583-6/001, Betim, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Otávio Portes, julgado em 13.6.2007, DJ 20.7.2007) (Publicado no DVD Magister n. 20 - Repositório Autorizado do TST n. 31/2007)

Posto isso, dá-se provimento ao recurso para declarar nulo o compromisso de compra e venda de f. 43-47, firmado entre os recorridos, invertendo-se o ônus da sucumbência.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR, DES. DORIVAL RENATO PAVAN, APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 6.10.2009)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Revisor)

Sebastião Homero Gomes e sua esposa Roselaine Aparecida Praidotti Gomes, propuseram ação anulatória de ato jurídico em face de Alcindo Ildefonso Gonçalves e sua esposa Hosana Correa Gonçalves e ainda em face de Divino Carlos Ferreira, alegando que o requerido Alcindo Gonçalves, no ano de 2002, ofertou ao requerente a sua propriedade rural, constituída de duas áreas, a primeira com 491,4has e a segunda com 200has, ambas registradas na comarca de Coxim, com a condição de que o autor poderia negociar com os bancos credores e assumir a dívida do proprietário, existindo hipotecas e penhoras realizadas sobre os mesmos bens.

Segundo os autores, houve a formalização de uma proposta ao banco Bradesco – que era um dos credores – em 28.10.2002, que foi todavia rejeitada.

Posteriormente, em 5 de maio de 2003, o requerente Sebastião Homero Gomes ajustou com Alcindo Ildefonso Gonçalves um contrato particular de arrendamento e promessa de compra e venda da mesma área, através do qual o autor estaria recebendo em arrendamento a propriedade do suplicado, ficando com a preferência na compra da área, tão logo pagasse suas dívidas e deixasse a área livre de ônus, como se observa da cláusula 02 do contrato de arrendamento, juntado às f. 27-29 dos autos.

Na sequência, na data de **12.4.2004,** os réus Alcindo Ildefonso Gonçalves e sua esposa Hosana Corrêa Gonçalves, alienaram ao autor Sebastião Homero Gomes as mesmas duas áreas referidas, através de escritura pública de compra e venda, como se constata dos documentos de f. 30-33 e 34-37, pelo valore declarado de R$ 10.000,00 (dez mil reais) cada uma das áreas.

Nas respectivas escrituras, ao que se observa de seus termos, ficou consignado a existência de hipotecas de 1º, 2º e 3º graus em favor do Banco do Brasil, levadas a registro nas respectivas matrículas dos imóveis, fato do conhecimento do autor adquirente, tendo sido ali assumida a obrigação de o adquirente – autor – obter as autorizações de cancelamento no ato do registro da escritura.

Além disso, ficou constando do corpo das mesmas escrituras que o outorgado comprador – aqui autor – tinha conhecimento da existência de penhoras em favor do Banco do Brasil e de Syngenta Proteção de Cultivos Ltda., "das quais o outorgado comprador tem pleno conhecimento e se responsabiliza pelas mesmas, sem exceção.

Posteriormente, contudo, os réus Alcindo Ildelfonso Gonçalves e esposa **venderam** os mesmos imóveis para Divino Carlos Ferreira, segundo réu, através de contrato de compra e venda celebrado em data de **25.8.2004**, tendo este **notificado** os autores para que desocupassem os imóveis, na medida em que os tratou como simples arrendatários e não como proprietários que eram, em razão da escritura pública passada em seu favor, e que não havia sido até então registrada.

Na sequência, os autores procuraram registrar as escrituras, cujos registros foram recusados pelo oficial do registro imobiliário de Coxim, dando ensejo a que fosse suscitada dúvida perante o juízo diretor do foro e este, finalmente, determinou o registro.

A presente ação tem por objeto anular o contrato de venda e compra firmado entre os réus, porque não passaria de uma simulação entre ambos. Traça considerações, também, sobre o cometimento de ato ilícito por parte dos alienantes e da **nulidade** do negócio jurídico, fundado no artigo 166, II, do CC de 2002, pela **ilicitude** do objeto.

O Juiz julgou **improcedente** o pedido anulatório contido na inicial, e o eminente relator **deu provimento ao recurso** do autor para reformar a sentença e **julgar procedente o pedido**, declarando a nulidade do compromisso de compra e venda de f. 43-37, com inversão do ônus da sucumbência.

Sobreveio meu pedido de vista.

O eminente relator sustenta que ao tempo da celebração do compromisso de compra e venda objeto da presente ação, os imóveis já haviam sido vendidos aos autores-recorrentes, razão pela qual, "*mesmo que os recorrentes estivessem descumprindo suas obrigações contratuais, consistente no pagamento das dívidas dos vendedores, caberia aos alienantes requerer a execução do contrato ou a rescisão do pacto por eventual inadimplência contratual, o que não ocorreu*".

Com efeito, os alienantes – aqui primeiros réus – não promoveram formalmente a rescisão da escritura de venda e compra celebrada com os autores.

Entrementes, aos autores não é lícito querer tornarem-se proprietários dos imóveis **sem terem pago o preço correspondente**, que corresponderia, no caso, **à quitação dos débitos e encargos incidentes sobre os bens alienados, todos objeto de registro perante as matrículas dos imóveis** alienados.

De rigor, as escrituras de compra e venda **estão privadas de efeito** porque, para que pudessem se aperfeiçoar, era necessário a existência de *res, pretium et consensus*.

No caso os recorrentes não cumpriram com as cláusulas constantes das escrituras de que para o registro fosse feito – perfectibilizando então o ato de venda – era necessário obter o cancelamento das hipotecas e ônus incidentes sobre os dois bens vendidos, descritos no corpo das escrituras e que eram do pleno conhecimento dos autores.

Por outras palavras, o **preço** da avença correspondia à **quitação dos ônus e débitos incidentes sobre os imóveis**, pelos quais os autores, então adquirentes, teriam se responsabilizado.

Ora, os autores, depois das escrituras recebidas, pouca importância deram ao fato de que deveriam obter a quitação dos débitos incidentes sobre os bens e que se encontravam em nome dos alienantes, permitindo que tais débitos fossem crescendo de forma assustadora, até que poderia chegar a um limite tal que seria impossível promover o pagamento do débito, pela elevação do *quantum* devido e respectivos encargos previstos nas cédulas que deram margem a tais registros.

No corpo das escrituras consta de forma muito clara que:

> a) – em relação ao imóvel matriculado sob n. 8.967, "pesam hipotecas de 1º. 2º e 3º graus em favor do Banco do Brasil S.A., registradas sob números 002, 006 e 008 na citada matrículas (**das quais serão apresentadas as respectivas autorizações de cancelamento no ato do registro desta); e as penhoras** em favor do Banco do Brasil S.A., registradas sob números 009 e 010 na citada matrícula, e ainda a penhora em favor de Syngenta Proteção de Cultivos Ltda., esta sobre 50% do imóvel, registrada sob número 011 na mesma matrícula, **das quais o outorgado comprador tem pleno conhecimento e SE RESPONSABILIZA PELAS MESMAS, SEM EXCEÇÃO". (f. 31-32).**
>
> b) – em relação ao imóvel matriculado sob n. 8.966, "pesa hipoteca cedular em favor do Banco Bradesco S.A., registrada sob número 006 na citada matrícula (da qual será apresentada a respectiva **autorização de cancelamento no ato de registro desta)**, e a penhora em favor de Syngenta Proteção de Cultivos Ltda., esta sobre 50% do imóvel, registrada sob número 007 na mesma matrícula, **das quais o outorgado comprador tem pleno conhecimento e SE RESPONSABILIZA PELAS MESMAS, SEM EXCEÇÃO.**

Sob esse prisma é de se inferir que os autores estão agindo com **manifesta má-fé**, porque querem se assenhorar dos imóveis **sem nada pagar**, ferindo o artigo **422 do Código Civil** que estabelece que "*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé"*, erigida a boa-fé, presentemente, como o mais importante elemento a ser levado em consideração pelo julgador, para verificação da manutenção ou desfazimento da avença celebrada entre as partes.

Daí por que o **artigo 113 do CC de 2002** estabelece que *"os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e o uso do lugar de sua celebração",* além de que, nos termos do **artigo 112** do mesmo diploma, "*nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem"***.**

Ora, *intenção das partes* era a de ser a alienação dos imóveis, objeto das escrituras de venda, havida por **eficaz**, plena e absoluta, **se** os adquirentes, aqui autores recorrentes, **efetuassem o pagamento dos débitos incidentes sobre os imóveis, ali erigido, inclusive, como** *condicionante* **para o registro das mesmas escrituras**.

E tais pagamentos, desde a data das escrituras, ainda em abril de 2004, **nunca foram efetuados**.

Aliás, a prova dos autos demonstra que os autores fizeram apenas um *arremedo* de proposta para pagamento das pendências, que já não foi aceita de plano pelo primeiro dos credores, o Banco Bradesco S.A.

Com relação à dívida junto ao Banco do Brasil S.A. a testemunha Luiz Carlos Faustino que depôs às f. 2136, afirmou textualmente:

> O depoente era **negociador de dívidas do Banco do Brasil.** O requerido **ALCINDO ILDEFONSO devia ao Banco do Brasil cerca de um milhão de reais**. A dívida era garantida por hipoteca de uma fazenda situada em Coxim/MS. Alcindo Ildefonso resolveu vender a fazenda porque ele não tinha como pagar a dívida.
>
> [...] Algum tempo depois ele (Alcindo Ildefonso) apresentou o autor Sebastião Homero, arrendatário da Fazenda, como **interessado na compra. Durante seis meses Sebastião Homero ficou negociando a dívida** com o Banco do Brasil, Ele **queria uma redução e o banco acabou definindo em R$ 223.000,00, o valor pelo qual se dava por satisfeito pela dívida. Sebastião pediu um prazo de sessenta dias para pagamento**, o que lhe foi concedido.
>
> Vencido tal prazo ele pediu mais um mês para pagar, **mas também não pagou**.

> O depoente **insistiu** para que ele cumprisse a proposta, mas ele avisou que **ESTAVA DESISTINDO DA COMPRA DA FAZENDA PORQUE HAVIA OUTRAS DÍVIDAS, INCLUSIVE FISCAIS.**
>
> **Cerca de QUATRO MESES DEPOIS o banco foi procurado pelo requerido DIVINO CARLOS FERREIRA, que demonstrou interesse na aquisição da Fazenda e foi se informar a respeito da dívida.**
>
> **Durante as negociações o Tesouro Nacional assumiu a responsabilidade por parte da dívida que era securitizada. O banco perdeu a disponibilidade de negociar tal crédito, cuja recuperação passou a ser de competência do Procurador da Fazenda Nacional.**
>
> Outra parte da dívida, que compete ao banco do Brasil receber, está pendente de liquidação até hoje.
>
> Por conta de tais entraves não foi possível a solução das pendências junto a Divino Carlos Ferreira.
>
> [...] Muito tempo depois, Sebastião Homero voltou a procurar o banco e propôs o pagamento de cem mil reais, que o banco não tinha como aceitar.
>
> [...] Ao que tem conhecimento, o requerido DIVINO pagou uma dívida de Alcindo no Banco Bradesco. (f. 216-217).

Esse pagamento de R$ 65.000,00 que Divino fez em favor do Banco Bradesco S.A., sub-rogando-se no crédito, está provado pelo documento de f. 85, que é o cheque bancário comprado e emitido em favor daquele Banco.

Ora, a se partir do princípio de que o pedido contido na inicial está fundado na existência de **simulação** entre as partes – e esta é a **causa de pedir que deve ser examinada, sob pena de se decidir fora do pedido –** é de se concluir que **nenhuma simulação ocorreu entre os réus**. A venda e compra dos imóveis realmente existiu, a despeito da anterior escritura passada aos autores, não existindo nesse segundo ato qualquer **simulação**, mas **efetiva e real promessa de venda e compra do mesmo bem** anteriormente *escriturado* aos autores.

Logo, se os autores não promoveram o **fato constitutivo de seu direito**, a saber, a existência de **simulação**, o pedido contido na inicial haveria de ser – como o foi certeiramente – julgado **improcedente** pelo douto juízo *a quo* e essa sentença **deve ser mantida**.

Por isto que comungo do pensamento do douto juízo *a quo* quando afirma que "*in casu não há provas de que houve a alegada simulação entre os requeridos ao realizar novo contrato de compra e venda do imóvel com a finalidade de causar prejuízo aos autores. Percebe-se, ao contrário, que o contrato firmado entre os requeridos foi realmente realizado e tinha por escopo a transferência do domínio dos imóveis, a fim de sanar as dívidas incidentes sobre os bens. Estes fatos em nenhum momento foi ocultado pelos requeridos, considerando que os autores foram notificados da necessidade de efetuar o pagamento das dívidas visando consumar a venda dos imóveis". (f.* 265).

Daí ter concluído com acerto S. Exa., o douto magistrado, à f. 266:

> Não havendo qualquer prova de que o contrato de compra e venda firmado entre os requeridos está eivado de nulidade, não há como possibilitar a sua anulação, uma vez que não há fundamento inconteste pra invalidá-lo.

Nesse prisma deve-se afirmar que o ônus da prova compete ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito, nos termos do artigo 333, I, do CPC.

Logo, se vem ele em juízo e elenca como *causa da invalidade* do contrato uma suposta *simulação*, e não provada esta, o pedido deve ser julgado improcedente.

Esta a lição doutrinária de nossos mais cultos processualistas como, por exemplo, **Cândido Rangel Dinamarco**[1], que nos ensina:

> [...] A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar **secundum allegatta et probata partium** e não **secundum propriam suam conscientiam -** e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).

> [...] O ônus da prova recai sobre aquele a quem **aproveita o reconhecimento do fato**. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato **constitutivo** de seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No mesmo sentido é a lição de **Moacyr Amaral Santos,** em lição professada com o brilho que lhe é peculiar em sua erudita obra intitulada *Prova Judiciária no Cível e Comercial,* Max Limonad Editor, Parte Geral, vol. I, p. 134-135.

Nessa linha, **Moacyr Amaral Santos,** em doutrina a que me filio, afirma que *o ônus da prova incube tanto ao autor que apresenta um pedido ou pretensão, como ao réu, que solicita seja o pedido ou pretensão rejeitado.*

Citando Mortara, o ilustre autor aduz que *o critério da distribuição resulta do interesse da prova. Quem tem interesse de estabelecer um fato deve fornecer sua prova; e é evidente que tem interesse quem o expõe como fundamento de sua pretensão, isto é, do pedido ou da exceção."*

Em seguida, ao transcrever o entendimento de Chiovenda sobre o tema, aponta que *às partes cabe a tarefa de preparar o material necessário à instrução do processo, bem como a de deduzir e provar ao juízo aquilo que desejam seja por este ponderado ao proferir o julgamento*. Para ele, o juiz não pode considerar circunstâncias que não resultem de fatos provados (*judicet secundum allegata et probata; quod non est in actis non est in mundo*)[2].

In casu, o ônus probatório deve ser distribuído no sentido de incumbir a parte autora em comprovar a veracidade de suas alegações, pois se afirma que o segundo contrato – celebrado entre os réus – é fruto de simulação, assim deveria ficar evidenciado.

E, pelo que se constata da prova produzida, o que se infere é que o segundo contrato – objeto da ação – **efetivamente existiu e não foi objeto de simulação**, mas sim de um efetivo ato de compra e venda dos imóveis descritos na inicial, que vinha sendo ocupado pelos autores.

1 **Teoria geral do processo**. 7. ed.. São Paulo: RT, 1990. p. 312.

2 *In* **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. vol.I, São Paulo: Max Limonad. p. 105-106.

Enfrento, outrossim, o fundamento do eminente relator, que deu provimento ao recurso, consistente na afirmação de que o contrato deveria ser anulado porque "*os recorridos já haviam se obrigado a transferir o domínio e o registro da escritura*", caso em que a escritura bastaria como elemento suficiente para, por sí só, ensejar a transferência do domínio aos autores.

Nesse aspecto, insta salientar que **do corpo das escrituras** de compra e venda celebrada entre os autores e os primeiros réus, consta expressamente que os adquirentes, aqui apelantes, **assumiram e se comprometeram a efetuar o pagamento de todos os débitos pendentes sobre os imóveis, quer os bancários – descritos expressamente – quer os perante terceiros (relativamente ao credor que fez a penhora de 50% do bem) quer, finalmente, os fiscais.**

Isto está claro nas escrituras (f. 30-37) em que os réus assumem a obrigação de pagamento dos débitos – existentes em nome dos proprietários, então alienantes – cujas quitações, a serem expedidas pelos credores – deveriam ser apresentadas **no ato do registro** das mesmas escrituras. Esta **condição** consta expressamente do corpo dos mesmos instrumentos (f. 31-32 e 36).

Ora, o que as partes estabeleceram, no caso, foi uma **condição suspensiva, nos termos dos arts. 121 e 125 do Código Civil** de 2002, que assim expressamente dispõem:

> Art. 121. Considera-se **condição** a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, **subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto**.
>
> Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à **condição suspensiva**, enquanto esta não se verificar, **não se terá adquirido o direito**, a que ele visa.

O adquirente **assumiu o compromisso de efetuar o pagamento dos ônus pendentes sobre os imóveis, expressamente descritos**.

E as escrituras estabeleceram que **o registro delas somente seria possível se os bancos credores apresentassem carta de cancelamento dos ônus!"!!**

O negócio se celebrou, então, sob **condição suspensiva, vale dizer**, enquanto não efetuado o pagamento e obtida a carta de cancelamento dos ônus incidentes sobre os imóveis – ônus esses expressamente descritos e que na realidade corresponderiam ao **preço do negócio –** não haveria perfectibilização da avença, necessária para que as escrituras fossem registradas.

Por outras palavras, se a escritura não poderia ser registrada sem a apresentação da carta de cancelamento dos débitos, significa, em primeiro lugar, que o **preço** corresponderia à quitação dos ônus incidentes sobre os imóveis e, em segundo lugar, que pendia uma **condição suspensiva** para que as escrituras pudessem produzir o efeito desejado, qual seja, **a quitação dos ônus incidentes**.

E aqui vem um ponto muito importante, não descortinado no voto do eminente relator, a saber, o fato de que os **autores** pretendem fazer valer as escrituras, que lhes foi outorgada pelos primeiros réus, mas em nenhum instante **provam que efetuaram o pagamento dos débitos ou, por outras palavras ainda, que realizaram a condição suspensiva para que os negócios pudessem ser mantidos e tivessem força suficiente para impedir que os proprietários pudessem alienar a quem efetivamente assumiu o pagamento dos débitos perante os bancos credores**, como está evidenciado também nos autos, ao menos em relação a um dos credores, no caso o Banco Bradesco S.A.

Ora, se a lei diz que se **a eficácia** do negócio subordina-se a uma condição suspensiva – expressa no sentido de que a declaração de quitação dos credores era essencial para que as escrituras fossem registradas – enquanto esta não se verificar, diz ainda a lei, **não se terá adquirido o direito a que ele visa.**

Os autores, assim, não adquiriram qualquer direito à preferência do registro da escritura ou na venda, porque **não cumpriram com a obrigação de efetuarem o pagamento dos débitos perante os credores**, pagamentos esses que, repriso, se tornaram **condição suspensiva da eficácia do negócio** celebrado com os primeiros réus.

Logo, e por consequência, os primeiros réus poderiam celebrar o segundo contrato, porque a escritura estava – como está – privada de qualquer efeito.

Aliás, os autores usam do Judiciário para conseguir objetivo ilegal, eis que desejam manter o registro da escritura – que só foi ordenada por intervenção do Juiz Diretor do Foro e a meu ver **indevidamente –** sem terem demonstrado (o que deveriam ter feito com a inicial) que promoveram o cumprimento da obrigação de pagar aos credores, **condição *sine qua non* para o registro.**

Assim, não era necessário o prévio processo para **rescisão da escritura**. Esta, a meu modo de ver, **não produzia como ainda não produz qualquer efeito, em face dos artigos 121 e 125 do CPC.**

Mais do que isto, ainda, os autores estão de má-fé **e atentam** contra os artigos 112 e 422 do Código Civil, eis que sabiam a todo tempo que estavam adquirindo um imóvel *sob a condição* de efetuar o pagamento dos débitos existentes junto aos credores que expressamente foram descritos no corpo da escrituras, e não cumpriram com essa obrigação basilar.

O que não me parece *justo* e fere o bom senso do *homus medius* é que os autores sejam compelidos a manter a alienação anterior, simplesmente porque escriturada, quando é induvidoso, pelo que resulta da prova dos autos, que os autores, então adquirentes, não se desincumbiram da **contraprestação** contratual, de **pagamento** dos débitos pendentes, pagamento esse que se resolve, na realidade, no **preço da negociação celebrada** entre os autores e os primeiros réus, que **não foi pago**.

Se a validade e eficácia do negócio jurídico de compra e venda depende d*e res, pretium et consensus*, e se o *consenso* indica que o *pretium* seria consubstanciado na quitação dos débitos incidentes sobre os imóveis alienados, é de se concluir que aqueles instrumentos de f. 30-33 e 34-37 não servem aos fins destinados e, por isso, não podem ser havidos como *impedientes* para que uma segunda negociação fosse feita, até mesmo pelo fato de que, ao tempo da avença, as escrituras não haviam sido ainda registradas.

Outro resultado não poderia existir que não a de sua total improcedência, como acertadamente o fez o juiz de primeiro grau.

A **condição** é cláusula limitadora da eficácia do negócio jurídico, através da qua*l "*as partes, pelas suas próprias vontades, subordinam a eficácia do negócio jurídico que celebram a evento futuro e incerto", constituindo-se em *"elemento acidental do negócio jurídico, que subordina a eficácia do mesmo negócio à ocorrência de evento futuro e incerto. Sem ela, o negócio existe e é válido,* ***mas ineficaz",*** **como se vê da lição de** Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery**.** [3]

Em complemento, Fabrício Zamprogna Matiello[4] professa que:

> A condição suspensiva impede que o direito previsto pelas partes seja exequível, pois, embora existe como alusão abstrata, depende de uma ocorrência específica para se materializar.

3 **Código Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: RT. p. 306.

4 MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Editora LTR, 2007. p. 104.

> É o contrário do que acontece com a aposição de condição resolutiva, pela qual o negócio jurídico tem cessada sua eficácia na hipótese de concretização do evento a que se subordina.
>
> ORLANDO GOMES[5] finaliza, sustentando que "ocorre ineficácia, também, quando há necessidade da prática de atos ulteriores para que o contrato produza efeitos, e não se realizem.
>
> O contrato é ineficaz, strictu sensu, quando, embora válido, não produz, temporária ou definitivamente, total ou parcialmente, seus efeitos, em razão da existência de obstáculo extrínseco que impede a modificação da relação jurídica a que tende. Assim, o que contém cláusula subordinando sua execução à condição suspensiva. Seus efeitos somente se produzem se a condição se verificar, e, no caso afirmativa, a partir de seu implemento.

Parece-me induvidoso, assim, que as escrituras de f. 30 e 34 estão subordinadas a evento futuro e incerto, quitação dos ônus dos financiamentos e débitos incidentes sobre os imóveis, e, por isto, **não são eficazes, não se perfectibilizaram**, sendo inaptas para transmitirem o **domínio** dos imóveis aos autores.

Seu registro no Cartório de Registro de Imóveis estava **condicionada** ao implemento da condição que não se verificou e, por isto, o registro ordenado pelo Juiz Diretor do Foro é ato atentatório às disposições do Código Civil, aqui mencionadas.

Em razão desses mesmos fatos – e porque a condição não se implementou - os primeiros réus nunca perderam a propriedade e lhes era lícito, portanto, à míngua de cumprimento das obrigações expressas nas referidas escrituras, a mercê de quem não poderiam ficar, considerar desfeito o ato e alienar os mesmos imóveis aos segundos réus, independentemente de prévia rescisão contratual.

Para tanto, bastava, apenas, a **notificação extrajudicial**, como acabou por ocorrer.

Neste aspecto, saliento que o artigo 474 do Código Civil preconiza que "*a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a* ***tácita*** *depende de interpelação judicial*".

Embora seja preciso que esse contrato seja desfeito por via judicial, em face do sistema francês adotado pelo nosso Código, que requer a prévia intervenção judicial para declaração da resolução do contrato quando não existir cláusula expressa resolutiva, como no caso, e muito embora os primeiros réus poderiam ter se utilizado da **reconvenção** para tal fim, o fato é que se a escritura de compra e venda **não está produzindo o efeito desejado, que é a transferência da propriedade, pelo inadimplemento da obrigação expressamente assumida pelos autores**.

Assim, a meu modo de ver, **independentemente da resolução judicial daquela avença, que é uma outra ação com outro objeto e com outro pedido, a ser proposta pelos alienantes em desfavor dos adquirentes-apelantes,** os proprietários poderiam compromissar à venda os mesmos bens aos segundo réus, também sob a condição de efetuarem o pagamento do débito junto aos credores, o que vêm presentemente fazendo e este fato está positivado nos autos.

Parece-me que os autores-apelantes descuraram-se da **boa-fé** contratual, querendo manter um contrato – e pior do que isto querendo anular por suposta *simulação*, inexistente, como se viu – **sem que tenham cumprido a promessa assumida de pagar os débitos incidentes sobre o imóvel,** numa espécie de cláusula **puramente potestativa – vedada pelo nosso ordenamento – em que um dos contratantes (no caso os apelantes) subordinam a validade, eficácia e efeito do ato ao seu jugo e vontade exclusiva, com o que não posso compactuar.**

5 GOMES, Orlando. **Contratos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 219, e **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 230-231 e 236.

O artigo 122 do CC de 2002, aliás, estabelece que:

> Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as **condições defesas** se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o **sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.**

Ao se estabelecer que a escritura só poderia ser registrada mediante prova da quitação dos ônus reais nela descritos, é evidente que os alienantes objetivavam que tal se fizesse em prazo razoável e não *ad aeternum*, até mesmo porque as execuções foram dirigidas contra si, que sofrem os ônus do processo, custas, despesas, honorários e restrições cadastrais.

Logo, o pagamento do débito e prova da quitação dele, ficou ao **puro arbítrio** dos adquirentes, aqui apelantes, o que se consubstancia em ofensa ao referido dispositivo legal (art. 122 do CC), que *invalida o negócio jurídico*, nos termos do artigo 123, I, do mesmo Código Civil de 2002.

A cláusula puramente potestativa – ou cláusula potestativa pura – que é aquela descrita no artigo 122 do CC de 2002, com as consequências do art. 123, I, do mesmo diploma, atentam contra outro princípio basilar do ordenamento jurídico, que é o da boa-fé contratual, tal como descrito no artigo 422 do mesmo diploma civilista.

> MARIA HELENA DINIZ[6], que dispensa apresentação, ensina-nos que o princípio da boa-fé está intimamente ligado não só à interpretação do negócio jurídico, pois segundo ele o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração da vontade das partes, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes devem agir com lealdade e também de conformidade com os usos do local em que o ato negocial foi por elas celebrado.

Dentro desse espírito, parece-me induvidoso que a interpretação dos fatos e fundamentos destacados na inicial e nas alegações das partes, bem assim como do exame que se faz da prova constante dos autos, leva à conclusão de que autores e primeiros réus celebraram um negócio **sob condição suspensiva**, que não se implementou **por culpa dos autores**.

E, mais do que isto, ao **subordinarem** a eficácia do ato à sua vontade exclusiva, no que concerne ao pagamento do débito dos ônus incidentes e que gravam os imóveis alienados, o negócio jurídico celebrado entre autores e primeiros réus é inválido**, nos termos do já referido art. 123-I do CC e, agora, do próprio artigo 422 do mesmo diploma legal,** que estabelece: *"Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua* ***execução****, os princípios de probidade e boa-fé".*

Daí ter sido afirmado nos enunciados 25 e 26 do CEJ:

> Enunciado 25: O artigo 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual.

> Enunciado 26: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

Não me parece que os autores tenham adotado *comportamento leal* com os primeiros réus. Assumiram uma obrigação – que estabeleceu uma condição suspensiva e, mais do que isto, *puramente potestativa* –

6 DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Comentado**, Coordenação de Ricardo Fiuza. 6. ed. São Paulo: Saraiva. p. 111.

e não a cumpriram. e AINDA QUEREM SUBMETER OS PRIMEIROS RÉUS aos seus completos desígnios, porque nem pagaram, tampouco mostraram vontade para tanto, muito menos evidenciaram isso com a inicial, de desonerar as propriedades, pagando os débitos existentes em nome dos alienantes, livrando-os dos processos existentes e a que ainda respondem.

Os autores, portanto, faltam com a boa-fé – que de igual forma priva de toda eficácia o ato (já não bastasse a condição suspensiva), porque querem **submeter os autores aos seus desígnios e vontades exclusivas**.

Se assumiram o dever de quitar os ônus financeiros incidentes sobre os imóveis, tiveram prazo mais do que suficiente para tanto e chegaram a afirmar a uma das testemunhas que depuseram nos autos – depoimento acima transcrito – que os encargos financeiros estavam muito elevados e que teriam desistido da compra.

Logo, jamais poderiam pleitear a declaração de nulidade da segunda alienação, feita entre os réus, porque o negócio jurídico que celebraram com os primeiros estava privado de qualquer efeito ou eficácia e, por isto mesmo, atentam contra a boa-fé quando pretendem compelir os réus a manter a negociação para transferência do domínio sem que tenham pago **um centavo sequer** pela propriedade.

Isto não é aquisição decorrente de contrato bilateral oneroso, mas aproveitamento espúrio, ilícito e antijurídico, da boa-fé dos alienantes, primeiros réus.

Logo, a escritura jamais poderia ser registrada e o douto magistrado que ordenou o registro equivocou-se redondamente, por fazer um exame indevido e inadequado dos fatos, eis que partiu da observação de que a existência de hipoteca não impede o registro da escritura de venda e compra (como não impede), quando a observação correta a ser levada em consideração era a de que no caso a quitação das hipotecas e demais ônus se consubstanciava **no preço da negociação**, razão pela qual, enquanto não dadas, não poderia ser as escrituras registradas, *ex vi* dos artigos 121 e 125 do CC de 2002.

Como essa matéria não foi devolvida ao conhecimento deste Tribunal, e por ser um efeito *secundário da sentença*, *caberá ao douto juízo a quo, com a maior exiguidade possível, determinar o cancelamento do registro das escrituras de venda e compra, até como forma de evitar a perpetração de dano maior a terceiros que possam vir a negociar com os autores, de forma indevida.*

Por tais fundamentos, pedindo vênia ao eminente relator, dele divirjo para conhecer do recurso mas **negar-lhe provimento**, mantendo integralmente a sentença que julgou improcedente os pedidos contidos na inicial, com ordem de cancelamento do registro das escrituras do autor, como efeito secundário da sentença, o que haverá de ser feito com a maior brevidade possível.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL, DES. RÊMOLO LETTERIELLO, APÓS O RELATOR DAR E O REVISOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 10.11.2009)

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Vogal)

Dispensadas as digressões já devidamente exploradas nos posicionamentos que me precederam, a controvérsia jurídica instaurada na presente anulatória se resume à solução para a dupla compra e venda de um único imóvel à diferentes compradores.

Em agosto de 2004, o autor Sebastião adquiriu uma propriedade pertencente ao réu Alcindo, inclusive com transmissão de posse, a qual foi registrada em julho de 2005. Todavia, alegando rescisão automática da avença por descumprimento de cláusulas acordadas, o anterior proprietário vendeu o mesmo bem ao terceiro Divino, registrando o ato somente em fevereiro de 2006.

Diante de tal situação, o requerente, primeiro comprador, ingressou com ação anulatória em face do segundo negócio jurídico, obtendo a rejeição do pedido no juízo de origem, sob o argumento de que *"o simples fato de existir a formalização do negócio de compra e venda do mesmo imóvel não enseja a declaração de nulidade do ato, mas a possibilidade de rescisão contratual ou pagamento das indenizações por perdas e danos"* (f. 266).

Irresignado, tirou apelo, provido pelo Relator, Des. Atapoã, que entendeu que *"os vendedores não poderiam remeter à venda um imóvel que antes se obrigaram a transferir o domínio, por meio de escritura pública, sem antes rescindir essa mesma escritura"*. O Revisor, Des. Pavan, pediu vista, posicionando-se pela manutenção da sentença, fundado na premissa de que contrato primitivo seria totalmente ineficaz pelo simples fato de não ter havido o pagamento correlato.

Dirimindo a divergência, tenho que a razão está com o Relator, pois, a meu sentir, a mera suposição de falta de pagamento, por si só, não é apta a gerar a imediata invalidade e ineficácia da compra e venda precedente, cuja rescisão carece do prévio e devido acertamento pelas vias judiciais, até porque o apelante recebeu do primeiro recorrido a posse do imóvel e dela não poderá ser despojado a *manu militari* mediante simples notificação particular.

Aliás, por força do princípio da simetria estampado no preceito 472 do CC, *"o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato"*. Assim, consumada a transmissão da propriedade por escritura pública, o retorno extrajudicial ao *statu quo ante* exigiria a mesma via formal, em momento algum observada pelos apelados.

Finalmente, não se mostra crível cogitar da boa-fé do terceiro que, a olhos vistos, tinha plena ciência de que estava adquirindo coisa anteriormente alienada à outrem.

Em face do exposto, **dou provimento** ao recurso, reformando a sentença e julgando procedente o pedido anulatório, nos termos do Voto proferido pelo Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O REVISOR.

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

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

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

Campo Grande, 10 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.013163-9 - Dourados
Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO AO ATRASO NO REPASSE DAS PRESTAÇÕES PELO EMPREGADOR – ART. 333, II, DO CPC – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO REQUERENTE NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORA PURO – PRESCINDIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – TRINÔMIO REPARAÇÃO-PUNIÇÃO-PROPORCIONALIDADE OBSERVADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Efetuados os descontos das prestações do financiamento na folha de pagamento do apelado no termo avençado, não poderia haver inscrição do seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, principalmente porque a instituição financeira não comprovou que os valores lhe foram repassados em atraso.

No caso em tela, o dano é *in re ipsa*, ou seja, decorrente da própria inscrição indevida junto aos órgãos de proteção ao crédito, sendo desnecessária, portanto, a produção de prova relativamente ao prejuízo.

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

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de outubro de 2009.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Banco ABN AMRO Real S.A. apelou da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais por Samuel Carvalho Ribeiro.

Alegou que o contrato objeto desta ação é denominado "convênio consignação/crédito pessoal", no qual há desconto na folha de pagamento do consumidor por seu empregador e repasse à instituição financeira.

Sustentou que, no caso em tela, o empregador do apelado, Estado de Mato Grosso do Sul, embora descontasse o valor de sua folha de pagamento normalmente, só repassava-o ao apelante com atraso, o que torna legítima sua conduta de inscrever o nome do apelado nos cadastros de proteção ao crédito.

Ponderou, ainda, que *"[...] inexistindo conduta ilícita praticada pelo apelante, não há como lhe imputar qualquer grau de culpa, desaparecendo, por consequência, o nexo de causalidade entre conduta ilícita e dano suportado pela parte"* (f. 139).

Ressaltou que o apelado não demonstrou ter sofrido nenhum dano com a inscrição de seu nome junto aos órgãos de restrição ao crédito, sendo que simples alegações não servem de prova.

Obtemperou que *"[...] situações de mero aborrecimento a que os cidadãos estão sujeitos no dia-a-dia passaram a ser vistas de forma diferenciada, não mais ensejando o pagamento de qualquer indenização"* (f. 141).

Relatou, também, que o valor atribuído pelo magistrado *a quo* é exorbitante, contrário ao princípio da razoabilidade e gerador de enriquecimento indevido.

Finalizou pugnando pelo provimento do recurso, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial ou, alternativamente, minorar a condenação para R$ 1.000,00, bem como inverter os ônus de sucumbência.

O apelado, em contrarrazões, enfrentou os fundamentos do recurso e requereu a manutenção da sentença.

Samuel Carvalho Ribeiro apelou adesivamente da sentença, insurgindo-se apenas contra o *quantum* indenizatório.

Argumentou, em síntese, que o valor arbitrado é irrisório e insignificante frente à capacidade econômica do apelado, bem como em face da amplitude dos danos e do constrangimento moral sofrido.

Ao final, pleiteou o acolhimento de sua tese, para reformar em parte a sentença e majorar a condenação para R$ 138.716,70.

O apelado, em resposta, defendeu o improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Inicialmente, cumpre esclarecer que os recursos interpostos pelas partes, quanto ao valor arbitrado a título de indenização, serão analisados concomitantemente.

I. Recurso interposto por Banco ABN AMRO Real S.A.

I. A culpa pela inscrição do nome do apelado nos cadastros de proteção ao crédito

Não obstante a irresignação do apelante, a conclusão alicerçada na sentença não merece nenhum reparo, uma vez que, efetuados os descontos das prestações do financiamento na folha de pagamento do apelado no termo avençado (f. 28-38), não poderia haver inscrição do seu nome nos cadastros de proteção ao crédito.

Outrossim, ainda que o Estado de Mato Grosso do Sul não tivesse repassado os valores devidos à instituição financeira apelante, o que não foi provado nos autos, o nome do apelado não deveria ter sido "negativado", pois estava ele adimplente com a obrigação assumida.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, estabelece uma regra de distribuição do *onus probandi*, segundo a qual, ao autor cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito e, ao réu, aqueles modificativos, impeditivos ou extintivos do direito pleiteado na inicial.

Discorrendo sobre o assunto, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira lecionam:

> Afirma-se que, em um primeiro sentido, o ônus da prova é uma regra de conduta dirigida às partes, que indica quais os fatos que a cada uma incumbe provar. Este seria o chamado ônus subjetivo (ou formal, segundo Barbosa Moreira). Sucede que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar o ocorrido. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar – afinal, vedado é o non liquet.
>
> Daí dizer-se que, em um segundo sentido, o ônus da prova é uma regra dirigida ao juiz (uma regra de julgamento, portanto), que indica como ele deverá julgar acaso não encontre a prova dos fatos; que indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória, amargando uma decisão desfavorável. Tal seria o ônus da prova objetivo (ou material, segundo Barbosa Moreira).
>
> Explica o ônus subjetivo, Barbosa Moreira: 'O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal).'
>
> E segue comentando o ônus objetivo: 'A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as conseqüências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ou material) (*apud* Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. Volume 2. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 73-74) (grifo original).

No caso *sub examine*, o apelante não trouxe elementos capazes de demonstrar satisfatoriamente que sua conduta foi legítima, isto é, que estava agindo no exercício regular de um direito, mormente porque não trouxe aos autos qualquer documento comprovando que o empregador do apelado não efetuou o repasse dos valores descontados.

Nesse sentido, pela propriedade, transcrevo trecho da sentença:

> Como é cediço, no ordenamento jurídico brasileiro existe uma regra dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes. Conforme leciona Leo Rosenberg:
>
> '[...] a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a

lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as conseqüências de tal insuficiência probatória' (**La carga de la prueba**. Buenos Aires: Ejea Apud Ovídio A. Batista da Silva. **Curso de Processo Civil**. 5ª ed. v. I, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001, p. 345).

O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

'A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar secundum allegatta et probata partium e não secundum propiam suam conscientiam – e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).

O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor'. (**Teoria Geral do Processo**. 7ª ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312).

Considerando que a norma jurídica é um comando abstrato que somente atua concretamente quando um fato da vida enquadra-se em sua incidência, estes fatos que provocaram a atuação da norma materializam-se no processo, que será o instrumento, o veículo para levar até o magistrado os fatos ocorridos no mundo fenomênico. Sem o conhecimento de tais fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica que a situação reclama, tendo o ônus suma importância.

No caso dos autos, o autor afirma que a negativação feita pelo réu junto ao SCPC e Serasa é indevida porque as parcelas do empréstimo sempre foram descontadas rigorosamente em dia de sua folha de pagamento pelo empregador e junta seus holerites como prova de tais alegações (f. 28-38).

O réu alega que a negativação se deu por culpa de terceiro, o empregador do autor que sempre repassou o valor das parcelas com atraso, tendo, portanto, agido no exercício regular de um direito.

Os documentos que instruem a inicial demonstram a verossimilhança das alegações do autor, ou seja, que o valor das parcelas sempre foi descontado de sua folha de pagamento de forma regular e sem atraso.

O réu, contudo, não se desincumbiu do ônus que lhe competia, ou seja, provar que os pagamentos sempre foram feitos em atraso. O réu não trouxe aos autos nenhum documento a dar guarida às suas afirmações e não quis produzir qualquer outra prova em direito admitida.

Assim, ante a ausência de prova que o autor estava em débito com as parcelas do financiamento, a conduta praticada pelo réu em negativar o nome do autor no cadastro de maus pagadores se mostra indevida (f. 125-126).

Destarte, evidenciada a conduta culposa do apelante, há o dever de indenizar, especialmente porque o dano suportado pelo apelado, como se verá no tópico a seguir, é *in re ipsa* e, ainda, porque é incontroverso o nexo de causalidade.

I.b Dano suportado pelo apelado

Nesse ponto, quanto à alegação de ausência de prova do dano sofrido pelo apelado, melhor sorte não assiste ao apelante, pois ele – o dano – é *in re ipsa*, ou seja, decorrente da própria inscrição indevida junto aos órgãos de proteção ao crédito, sendo desnecessária, portanto, a produção de prova relativamente ao prejuízo.

Por oportuno, quanto ao dano moral puro, cumpre aqui transcrever julgados deste Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROTESTO DE TÍTULO E INSCRIÇÃO NA SERASA – INDEVIDOS – DANO MORAL PURO QUE INDEPENDE DE PROVA – REPARAÇÃO PECUNIÁRIA DEVIDA – VALOR DA INDENIZAÇÃO REDUZIDO – PATAMAR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Desnecessária a prova do prejuízo moral causado pela inscrição em órgão de restrição de crédito e protesto indevido de título, por óbvios os efeitos nocivos do ato perante o meio social e comercial do ofendido. [...] (AC n. 2005.016891-2, Três Lagoas, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 26.2.2008).

> AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA C/C NULIDADE DE TÍTULO E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA INAUDITA ALTERA PARS, PARA LEVANTAMENTO DE NEGATIVAÇÃO JUNTO À SERASA C.C. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS [...] PRESENTES OS REQUISITOS DO DANO MORAL PURO QUE INDEPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. [...] É cediço que a indevida inclusão do nome de uma pessoa nos cadastros de inadimplentes causa-lhe vários constrangimentos e perda da credibilidade pessoal e negocial, tudo com sérios reflexos em sua honra e respeitabilidade, os quais, nos casos de indevida inscrição em cadastro oficial, restam provados com a simples demonstração do próprio fato da inscrição (AC n. 2007.022516-0, Dourados, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 22.10.2007).

Sobre este instituto, maestrais são as lições de Salomão Resedá:

> Portanto, realizado o ato danoso, o sujeito passivo não terá sobre si o ônus probatório. Ele pode ser presumido a partir do comportamento adotado pelo agressor. A partir de situações pontuais, o juiz poderá lançar mão de presunções e indícios para identificar a configuração do dano moral. Em razão de sua vinculação à incolumidade dos direitos da personalidade do ofendido, a prova direta do agravo moral apresenta-se impossível do ponto de vista processual: o prejuízo extrapatrimonial é apodíctico.
>
> [...]
>
> O que se deve provar é a prática do ato. Feito isso, torna-se dedutível que o prejuízo imaterial tenha ocorrido. Há uma presunção *juris tantum* da ocorrência dos danos morais.

Desse modo, em razão da presunção da ocorrência de dano moral àquele que teve seu nome incluído nos cadastros de "maus pagadores" indevidamente, a demonstração dos prejuízos suportados é prescindível.

II. *Quantum* indenizatório – recursos de ambas as partes

Mais uma vez tenho que a sentença não merece reforma, porque o valor arbitrado pelo julgador de primeiro grau a título de indenização por danos morais está em consonância com a realidade dos autos, não merecendo qualquer alteração.

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

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

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

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE CARGO C/C REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – RECURSO ADESIVO DO AUTOR – SERVIDOR PÚBLICO EXONERADO SEM MOTIVAÇÃO POR PORTARIA – MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ARBITRADA EM 10 VEZES O SALÁRIO BRUTO PERCEBIDO À ÉPOCA DO FATO – RECURSO IMPROVIDO. Para definição do valor do dano moral, é preciso levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada, devendo, portanto, guardar a fixação sintonia com o princípio da razoabilidade. O valor da indenização por dano moral sujeita ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, observando as circunstâncias do caso concreto, a fim de que seja compatível para amenizar a dor e dissuadir o ofensor, sem enriquecer ou empobrecer os envolvidos. (AC n. 2006.001861-0, Jardim, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 15.3.2006).

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

> A função agregada ao valor pago em razão da lesão imaterial possui caráter diverso daquela relacionada ao prejuízo patrimonial. Em razão disso, não é possível a aplicação de critérios semelhantes em tais casos. Para os danos morais, fundamentado na idéia da função social da responsabilidade civil, além da satisfação do ofendido, deve o magistrado procurar meios para manter hígida paz social.
>
> À sociedade interessa que o Direito possua a capacidade de sustentar as relações interpessoais dentro de um padrão de equilíbrio e respeito. Isso implica em dizer que, ao praticar um ato ilícito contra uma determinada pessoa, o coletivo também será passível de experimentar os danos decorrentes, o que impõe ao agente suportar as consequências do seu agir.
>
> Nesse norte tenho que na fixação de indenização por dano moral deve-se estar atento à situação financeira do ofensor, pouco ou nada importando que o ofendido receba quantia considerável e que os honorários do advogado do vencedor também sejam polpudos. Não há que se ter em mente, portanto, o 'enriquecimento' do ofendido, mas sim correta e adequada punição ao ofensor.

Desta feita, atendendo aos critérios acima mencionados e considerando principalmente a capacidade econômica das partes, a imprudência do requerido – evidenciada pelos inúmeros casos semelhantes aos dos autos –, que fere o princípio da dignidade humana, tenho que o valor arbitrado em primeiro grau – R$ 10.000,00 – deve ser mantido.

III. Dispositivo

Posto isto, nego provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 20 de outubro de 2009.

***

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2008.015196-1/0001-00 - Ponta Porã
Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS POR ACIDENTE EM RODOVIA ESTADUAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – COMPETÊNCIA DA AUTARQUIA ESTADUAL – AFASTADA – CONDUTA OMISSIVA – AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO INDICATIVA DOS BURACOS NA RODOVIA – CAUSA DO ACIDENTE – RECURSO IMPROVIDO.

O Estado, pela Agesul, é quem tem competência para conservar e reparar eventuais buracos existentes nas rodovias estaduais, certificando-se da sinalização necessária para que acidentes não ocorram no local, enquanto os reparos não forem efetuados.

É indubitável a conduta omissiva do Estado, as fotografias juntadas aos autos ilustram a ausência de qualquer sinalização indicativa dos buracos existentes na rodovia, cujas dimensões atingiam 2,60mx1,30m e 0,20cm de profundidade, fator preponderante da causa do acidente.

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, 10 de novembro de 2009.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Estado de Mato Grosso do Sul, agrava regimentalmente da decisão monocrática que negou seguimento a sua apelação, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais movida por Ademir João Lorenzon.

Sustenta, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, alegando, para tanto, tratar-se de pessoa diversa da autarquia responsável pelas rodovias estaduais, a quem cabe figurar no pólo passivo da presente lide e eventualmente responder pelos danos decorrentes de sua atividade institucional.

No mérito, entende que o agravado não demonstrou que o que deu causa ao acidente foi a existência do buraco na rodovia, ou a provável falta de atenção de sua parte, acrescentando, então, que ele é quem estava dirigindo.

Afirma, ainda, que mesmo que tenha o buraco existente na rodovia sido o provável causador do acidente, não se pode eximir o agravado de também ter contribuído para o evento, por negligência, imprudência ou mesmo imperícia, requerendo, portanto, seja reconhecida a compensação de culpas, ex vi do artigo 945 do Código Civil.

Pugna, ao final, pela reconsideração da decisão recorrida ou sua reforma pelo Órgão Colegiado competente.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

O cerne da irresignação recursal consubstancia-se na possibilidade ou não de o pleito indenizatório ter sido julgado parcialmente procedente considerando a inatividade ou ineficiência da própria Administração Pública que nada teria feito para prevenir a ocorrência do evento danoso.

Antes de mais nada, afasto a alegada ilegitimidade passiva, porquanto a autarquia apontada como responsável pela gestão das rodovias estaduais, no caso, a Agesul, tem como finalidade a prestação de serviços públicos, desenvolvendo atividades típicas de Estado, dotada de capacidade exclusivamente administrativa (não detém competência legislativa). São criados por lei e gozam de liberdade administrativa, dentro dos limites da lei que as criou, sujeitas a controle pela Administração Direta.

A respeito disso, Hely Lopes Meirelles[1] preleciona que:

> Autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos, mas não são autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou. O conceito de autarquia é meramente administrativo; o de autonomia é precipuamente político. Daí estarem as autarquias sujeitas ao controle da entidade estatal a que pertencem, enquanto as autonomias permanecem livres desse controle e só adstritas à atuação política das entidades maiores a que se vinculam, como ocorre com os Municípios brasileiros (autonomias), em relação aos Estados-membros e à União. [...] A doutrina moderna é concorde no assinalar as características das entidades autárquicas, ou seja, a sua criação por lei específica com personalidade de Direito Público, patrimônio próprio, capacidade de auto-administração sob controle estatal e desempenho das atribuições públicas típicas. Sem a conjunção desses elementos não há autarquia. A autarquia não age por delegação; age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do jus imperi que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de Direito Público interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade-matriz, que, por isso, passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico.

Verifica-se, então, que a autarquia é criada para atender um determinado fim, cujas atribuições encontram-se enumeradas na lei que a criou, razão pela qual conclui-se que a autonomia administrativa e a economia própria da autarquia destinam-se, por força do princípio da legalidade, apenas às atribuições que lhe foram conferidas pela lei que a criou.

1 *In* **Direito Admnistrativo Brasileiro**. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, 332-334.

No caso, o Estado, através da Agesul, é quem tem competência para conservar e reparar eventuais buracos existentes nas rodovias estaduais, inclusive, certificando-se da sinalização necessária para que acidentes não ocorram no local enquanto os reparos não forem efetuados, é como o nobre doutrinador Rui Stoco leciona, *in verbis*:

> A deterioração da camada asfáltica ou a proliferação de buracos, irregularidades, reentrâncias, bueiros abertos ou salientes e outras irregularidades nas vias públicas de passagem de veículos e de pedestres caracterizam omissão desidiosa do Poder Público, que responderá pelos danos que ocorram em razão dessas irregularidades. (In **Tratado de Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência.** 7ª ed. RT, 2007 – p.1128).

Portanto, o Estado de Mato Grosso do Sul é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda.

Assim, o objeto do agravo é manifestamente improcedente, necessitando, portanto, de pronta rejeição, circunstância que embasa o julgamento monocrático por mim exarado, nos termos do artigo 557[2], *caput* do Código de Processo Civil que, inclusive, corrobora com o princípio da economia processual, constante do artigo 5º, inciso LXXVIII[3], da Carta Magna.

Ressalto, por oportuno, que o artigo 557 do *codex* processual, visa, tão-somente, desobstruir pautas dos tribunais para que se agilize o julgamento das ações e dos recursos que realmente precisam ser submetidos à apreciação pelo órgão colegiado.

Superadas as acepções acima, submeto a questão à apreciação do órgão colegiado competente, mantendo a decisão recorrida nos termos que outrora proferi:

> [...] A sentença é escorreita e não comporta modificações, porquanto ao compulsar os autos verifico que o apelante foi omisso, conforme ilustram as fotografias de f. 34-37, as quais demonstram a ausência de sinalização dos buracos existentes na rodovia, assim como o croqui de f. 29 que acaba por apontar as dimensão e profundidade dos buracos, fatores que, inclusive, preponderaram a ocorrência do gravame.
>
> De outro norte, urge esclarecer que em momento algum consegue o apelante comprovar que teria o apelado concorrido para a concretização do acidente, circunstância que faz cair por terra as tantas alegações trazidas a confirmar seu intento.
>
> Daí porque, mantenho a decisão por seus próprios fundamentos[4] para não incorrer em vício de linguagem consistente em dizer, por formas diversas, a mesma coisa, assim vejamos:
>
> [...] De início, cumpre assentar que a responsabilidade civil do Estado e de suas autarquias pelos danos decorrentes de ato omissivo não encontra amparo na teoria do risco administrativo, porque o gravame não decorre da atuação positiva de um de seus agentes (artigo 37, § 6º da Constituição Federal), mas da inatividade ou da ineficiência da própria Administração Pública,que nada fez ou que pouco fez para prevenir a ocorrência de um evento lesivo, que deveria prevenir.

2 O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante no respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

3 "A todos é assegurado, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

4 AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. É lícito ao Tribunal a quo adotar os fundamentos da sentença como suporte do acórdão que a confirme. [...]" (STJ, AgRg no Ag 517299/MT, Terceira Turma Cível. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006. Publicação DJ 2905.2006 p. 230).

Nesse sentido, destaco a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: "Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E sendo responsabilidade por comportamento ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito, inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia do serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar o evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por ter sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível (**Curso de Direito Administrativo**, 17ª ed., 2004, Ed. Malheiros, p. 895/896).

É esse o entendimento também adotado pelo doutrinador Rui Stoco: Também caracteriza comportamento omissivo culposo, regido pela teoria de faute de service, a ensejar indenização, a inércia do Poder Público Municipal, Estadual e Federal que deixa de fazer a conservação das vias públicas no perímetro urbano e das estradas e rodovias municipais, estaduais ou interestaduais sob responsabilidade da União. (In **Tratado de Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência** - 7ª edição - Ed.RT/2007 – p.1128).

Considerando, portanto, que a Administração Pública só pode responder por ato omissivo quando adota comportamento ilícito, ou seja, quando descumpre com seu dever de impedir a eclosão de um evento danoso, adotando comportamento negligente, imperito ou imprudente, cumpre analisar se esse é o caso dos autos.

Pois bem, examinando o contexto probatório, é indubitável a conduta omissiva do Estado. As fotografias de f. 34-37 dos autos ilustram a ausência de qualquer sinalização indicativa dos buracos existentes na rodovia MS-164. Além disso, o croqui elaborado pela Polícia Militar (f. 29), é minucioso na descrição do buraco, apontando suas dimensões **(2,60mX1,30m)** e profundidade (0,20cm).

Ora, é certo que foi este o fator preponderante da causa do acidente, e não a velocidade que o veículo era conduzido. Aliás, tal ponto não restou esclarecido nos autos, ônus que incumbia ao Demandado, a teor do art. 334, II do CPC. Da mesma forma, o boletim de ocorrência (f. 28), corrobora a versão do demandante de que o acidente decorreu da existência dos buracos na pista. Cabe salientar, ainda, a absoluta inexistência de provas que sugira a contribuição do demandante para o ocorrido.

Como se sabe, nas vias públicas é fator indispensável à boa circulação e à segurança do trânsito, sendo tarefa inarredável do poder público. No caso em tela, sendo visível a

periculosidade da rodovia MS 164, é evidente que cumpria ao demandado, além da aposição de placas na mesma, com o intuito de alertar os motoristas que por ela transitam, a conservação da estrada em condições de trafegabilidade. Se assim não fizeram, não escapam à responsabilidade pelos danos oriundos de sua omissão.

Disserta Rui Stoco: A deterioração da camada asfáltica ou a proliferação de buracos, irregularidades, reentrâncias, bueiros abertos ou salientes e outras irregularidades nas vias públicas de passagem de veículos e de pedestres caracterizam omissão desidiosa do Poder Público, que responderá pelos danos que ocorram em razão dessas irregularidades. (In **Tratado de Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência** - 7ª edição - Ed. RT. 2007 – p.1128).

Assim, presente a conduta culposa e o nexo de causalidade, resta asseverar quanto aos danos postulados.

Dos danos patrimoniais - Examinando os danos verificados no veículo (f. 30-33), e aqueles indicados nas notas dos consertos (f. 38-43), denota-se a correspondência entre eles, não havendo outros elementos probatórios que demonstre contradição. No que tange ao valor do crédito, a teor do que dispõe o art. 333, II do CPC, cabia ao demandado fazer a prova de sua inexigibilidade, acostado orçamentos para demonstrar a exorbitância da pretensão indenizatória. Entretanto, não se desimcumbiu, concluindo-se que a dívida alcança a cifra apontada pelo demandante.

Saliento, também, que o pedido indenizatório calcado somente em um orçamento não impede o acolhimento do pleito se inexiste demonstração de que o orçamento trazido seja imprestável. Deste modo, não havendo nos autos qualquer elemento probatório que macule a idoneidade dos orçamentos juntados pelo demandante, ônus que incumbia ao demandado, nos termos do artigo 333, inciso II, do CPC, não há como acolher a tese defendida por ele defendida.

Diante dos elementos de prova trazidos aos autos para conserto do veículo sinistrado, apresenta-se razoável a indenização pleiteada pelo demandante.

Dos danos extrapatrimoniais - Com relação ao alegado prejuízos de ordem moral, vê-se que tem origem no ilícito extracontratual, onde o demandante expõe que a conduta da Fazenda Pública atingiu sua esfera de direitos extrapatrimoniais, pois causou transtornos de toda ordem no seu cotidiano.

Todavia, em que pese os argumentos ventilados pela demandante, as dificuldades por ela enfrentada, não são suficientes para demonstrar a existência de dano moral. Conforme doutrina e jurisprudência abalizada, a lesão de ordem moral, deve estar consubstanciada em fatos que venham a repercutir gravemente na alma humana. Nestes termos, os desconfortos e os transtornos advindos do conserto do veículo, não autorizam o ingresso de ação de indenização embasada no dano moral.

Os danos sofridos pelo demandante são de ordem exclusivamente patrimonial. Ao menos não demonstrou ter ocorrido violação a sua incolumidade física ou psíquica ou ainda ofensa a atributo de personalidade, apta a gerar dano moral indenizável.

> Assim, tenho que a questão resolve-se, estritamente, na esfera contratual do ilícito extracontratual, com reflexos patrimoniais, descabendo a pretensão ressarcitória por danos extrapatrimoniais [...].
>
> Com efeito, nos termos do artigo 186, do Código Civil e conforme dispõe o artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil, cumpre ao autor provar o fato constitutivo do seu direito. No caso presente, o apelado provou a conduta, a culpa, o nexo causal, e o resultado danoso, caindo por terra qualquer possibilidade de não ser o apelante responsabilizado pelo pagamento da indenização.
>
> Vê-se, então, que a parcial procedência da ação guarda relação com o conjunto probatório constante dos autos, devendo ser mantida a condenação, tal como entendeu a magistrada.
>
> Até porque, quanto ao quantum indenizatório, tenho por certo que foram assim determinados com base nas notas e orçamentos juntados aos autos pelo apelado, dos quais nada se fez no processo que pudesse maculá-los, impossibilitando-os de servirem de parâmetro para o cálculo, que a meu ver merece ser mantido.
>
> Da mesma forma, no tocante a correção monetária, não há motivos para acolher a alegação do apelante de que o IGPM não pode ser utilizado para corrigir débito do Estado, tendo em vista ser entendimento pacífico nesta Corte de que tal índice é o que melhor reflete a desvalorização da moeda no decorrer do tempo, in verbis:
>
> **O IGPM é o índice que melhor reflete a correção monetária, devendo ser aplicado de ofício pelo juiz quando os contratos foram por ele afastados, sob pena de enriquecimento ilícito do devedor** (AC, Classe B, XV, n. 739508, Deodápolis, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Claudionor M. Abss Duarte, Unânime, julgado em 31.5.2000, DJ 18.8.2000, pg. 06).
>
> Quanto ao prequestionamento, não há necessidade de manifestação expressa do dispositivo constitucional invocado, já que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado "não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado (EDcl no RMS n. 22067/DF).

Vê-se, então, que a manutenção da decisão é medida imperativa, tanto pela juridicidade nela constante como pela inexistência, nos argumentos trazidos pelo agravante, de elementos capazes de ilidir o que expus precedentemente.

Isto posto, **nego provimento** ao recurso.

Intimem-se.

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. 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 novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.022381-5 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE RESSARCIMENTO DE DESPESAS COM TRATAMENTO MÉDICO – PLANO DE SAÚDE – CONSULTAS EM MÉDICO NÃO-CREDENCIADO – POSSIBILIDADE DE ATENDIMENTO COM OUTROS PROFISSIONAIS DISPONIBILIZADOS – REEMBOLSO LIMITADO AO VALOR CONSTANTE NA TABELA DE HONORÁRIOS DA APELANTE – HONORÁRIOS MANTIDOS – MONTANTE RAZOÁVEL – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSÁRIO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não demonstrada circunstância excepcional que possibilitasse o reembolso integral dos valores gastos com consultas médicas de profissional não-credenciado, exsurge o dever de ressarcimento adstrito ao montante consignado na tabela de honorários da operadora de plano de saúde.

Fixada a verba honorária de forma equitativa, nos termos das alíneas do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, impõe-se sua manutenção.

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. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 24 de novembro de 2009.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

CASSEMS – Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul apela da sentença, proferida nos autos da Ação Cominatória de Obrigação de Fazer e de Ressarcimento de Despesas com Tratamento Médico de Urgência interposta por Rodrigo Rodrigues dos Santos, representado por seu pai, Ari Rodrigues dos Santos Filho, que julgou procedente o pedido inicial.

Salienta, inicialmente, que o dirigismo contratual não contempla decisão sentimentalista, motivo pelo qual o reembolso de consultas particulares efetuadas com profissional não-credenciado, enquanto possível a escolha dentre outros de mesma especialidade do quadro, deve ser feito de acordo com sua tabela de honorários.

Explana o sistema de reembolso, segundo a Lei n. 9.656/1998, a qual prevê no artigo 12, VI, que a devolução será devida nos valores praticados pelo plano quando ausente situação de urgência ou emergência, como é o caso.

Ressalta que o vínculo existente com o apelado é de relação de associação, observada a sua natureza associativa e de autogestão, de forma que regido pelo Código Civil e Lei dos Planos Privados de Assistência à Saúde. Em razão desse mesmo caráter, sustenta não ser possível manter o equilíbrio econômico-financeiro quando é impelida a cumprir interesses de cunho particular, pois sendo associação deve se pautar pelo uso racionalizado dos recursos disponibilizados.

Esclarece, ainda, que, na qualidade de autogestão, não há obrigatoriedade de oferecer cobertura prevista no plano de referência, por força do artigo 10, § 3º, da Lei n. 9.656/1998. Por outro vértice, consigna a inexistência de abuso, ilegalidade, ilegitimidade, tão pouco cerceamento de direito do apelado, visto que não houve recusa por sua parte, mas mera opção pelo apelado.

Argumenta também a descaracterização da relação de consumo com seus associados, uma vez presente o caráter de co-participação e cooperação destes na sua administração, repisando a assertiva de autogestão sem finalidade lucrativa e a especificidade da Lei n. 9.656/1998.

Por fim, prequestiona a matéria suscitada, pugna pela minoração da verba honorária e requer a reforma da decisão invectivada para reembolsar somente em consonância com a tabela aplicada pelo plano.

Resposta às f. 373-377.

Parecer Ministerial às f. 383-388, opinando pelo não-provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

O cerne da irresignação recursal consubstancia-se no dever ou não da apelante em reembolsar integralmente os valores despendidos pelo agravado quando da realização de consultas médicas com profissional não-conveniado.

Compulsando os autos, infere-se que o apelado ajuizou a presente ação, pleiteando o custeio, bem como o ressarcimento dos valores já pagos com consultas médicas de profissional descredenciado, ao fundamento de que não havia especialista com a mesma qualificação no rol daqueles fornecidos pela ora apelante. Juntou para tanto o diagnóstico médico do profissional consultado, recibos e a lista de credenciados (f. 18-22).

Foi-lhe, então, concedida a antecipação de tutela (f. 27), sendo, ao final, confirmada com a superveniência da sentença favorável ao autor-apelado. Daí, adveio o recurso *sub examine*.

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

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

Dispõe a Lei n. 9.656/1998 sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde:

> Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica

1 REsp n. 267530 / SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12.3.2001, p. 147.

que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

§ 1o Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

a) custeio de despesas;

b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;

c) reembolso de despesas;

d) mecanismos de regulação;

e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e ../MPV/2177-44.htm

f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.../MPV/2177-44.htm

§ 2o Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1o deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração.

[...]

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

> I - quando incluir atendimento ambulatorial:
>
> a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;
>
> [2]b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;
>
> [...]
>
> VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada (g.n.)

Da leitura dos dispositivos acima, extrai-se o dever da operadora de saúde de oferecer uma relação de profissionais credenciados e, na hipótese de não ser possível a utilização destes, reembolsar as despesas efetuadas, desde que estas tenham sido oriundas de um caso especial, tal qual a inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc[3].

A justificativa utilizada pelo autor-apelado, albergada pelo magistrado sentenciante, foi de que não havia, no elenco dos profissionais disponibilizados pela apelante, especialista capaz de tratar a enfermidade, pois se tratava de infante que requisitava de cuidados de nefrologista pediátrico.

Segundo expõe a Resolução n. 1666/2003 do Conselho Federal de Medicina[4], a qual reconheceu as especialidades médicas mediante convênio firmado entre o Conselho Federal de Medicina - CFM, a Associação Médica Brasileira - AMB e a Comissão Nacional de Residência Médica – CNRM, na parte que interessa:

---

2 STJ, AgRg no REsp n. 917668/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembrgador Convocado do TJ/RS), DJ 17.9.2009: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. PLANO DE SAÚDE. REEMBOLSO. HOSPITAL NÃO CONVENIADO.

1. Os agravantes não trouxeram argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental.

2. O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado e por profissional não credenciado, é admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc). Se tais situações não foram reconhecidas pelas instâncias ordinárias, rever a conclusão adotada encontra óbice no enunciado 7 da Súmula desta Corte. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento". (g.n.)

3 Disponível em "http://www.portalmedico.org.br/resoluçoes/cfm/2003/1666_2003.htm"

4 Resolução do Conselho Federal de Medicina:
"5) CERTIFICADOS DE ÁREAS DE ATUAÇÃO
[...]
NEFROLOGIA PEDIÁTRICA
CNRM: Opcional PRM em Nefrologia
Opcional PRM em Pediatria
AMB: Concurso Convênio Sociedade Brasileira de Nefrologia/Sociedade Brasileira de Pediatria
REQUISITOS: TEAMB em Nefrologia
TEAMB em Pediatria"

TÍTULO DE ESPECIALISTA EM NEFROLOGIA

FORMAÇÃO: 2 anos

CNRM: Programa de Residência Médica em Nefrologia

AMB: Concurso Sociedade Brasileira de Nefrologia

ÁREA DE ATUAÇÃO:

Nefrologia Pediátrica

[...]

TÍTULO DE ESPECIALISTA EM PEDIATRIA

FORMAÇÃO: 2 anos

CNRM: Programa de Residência Médica em Pediatria

AMB: Concurso Sociedade Brasileira de Pediatria

ÁREAS DE ATUAÇÃO:

Alergia e Imunologia Pediátrica

Cardiologia Pediátrica

Endocrinologia Pediátrica

Gastroenterologia Pediátrica

Hematologia e Hemoterapia Pediátrica

Infectologia Pediátrica

Medicina do Adolescente

Medicina Intensiva Neonatal

Medicina Intensiva Pediátrica

Nefrologia Pediátrica

Neonatologia

Neurologia Pediátrica

Nutrição Parenteral e Enteral Pediátrica

Nutrologia Pediátrica

Pneumologia Pediátrica

Reumatologia Pediátrica. (g.n.)

Bem se vê, que tanto o médico especialista em nefrologia quanto em pediatria pode atuar na área da nefrologia pediátrica, isto é, está capacitado para diagnosticar doenças renais em crianças.

Mais adiante, neste mesmo diploma normativo, inclusive, consta que será conferido certificado de área de atuação ao profissional que exercer suas atividades somente no campo da nefrologia pediátrica, no entanto, podendo optar pelo ingresso na Sociedade Brasileira de Nefrologia ou na Sociedade Brasileira Pediátrica, o que mais uma vez corrobora o fato de que não se trata de uma especialidade, mas sim de uma área da medicina a que o profissional restringe sua atuação.

Perante essas circunstâncias, evidencia-se que a atitude do apelado em eleger como seu médico um nefrologista pediátrico se caracteriza como uma escolha e não como única medida a ser adotada, visto que, como já dito, tanto um pediatra quanto um nefrologista poderia prestar os cuidados esperados.

Destaque-se, ademais, que não há nos autos prova de que tenha o autor-apelado procurado um profissional credenciado e este tenha considerado melhor os cuidados do médico atual, o que seria simplesmente comprovado por uma carta de encaminhamento, prática corriqueira entre tais colegas de ofício.

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

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

> - Imperam, ademais, os implacáveis óbices que proíbem, nesta via recursal, o revolvimento do quadro fático-probatório do processo e a interpretação de cláusulas contratuais.
>
> Recurso especial não conhecido.(REsp n. 685109/MG, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ 9.10.2006, p. 287).

Portanto, sobressai adequado o reembolso somente nos valores aplicados pela tabela de honorários do plano.

Quanto ao montante arbitrado para a verba honorária, esta será fixada conforme a apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do mesmo artigo.

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 deslinde do feito, verifica-se razoável o arbitramento dos honorários em R$ 3.000,00 (três mil de reais), quantia essa que não se mostra irrisória ou abusiva, remunerando condignamente o trabalho do causídico.

A respeito:

> E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ANÁLISE EQUITATIVA DO JUIZ (ARTIGO 20, § 4.º, DO CPC) – OBSERVÂNCIA DAS ALÍNEAS "A", "B" E "C" DO § 3.º DO ARTIGO 20, CPC – RECURSO IMPROVIDO.
>
> - Equidade, no caso do art. 20, § 4.º, CPC, é genuína expressão de ato discricionário do magistrado, que deverá, no entanto, obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de atender àqueles critérios estabelecidos na lei (art. 20, § 3º, CPC), e não, repise-se, aos percentuais de 10% a 20% estabelecidos neste dispositivo.
>
> - A fixação dos honorários não pode ser módica para não aviltar a remuneração do profissional pelo trabalho empreendido até o momento, mas também não deverá ser alta de modo a sacrificar o devedor. (TJ/MS, AgRg em Ag n. 2009.000687-2, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 16.2.2009). (g.n.)

Por fim, no que tange ao prequestionamento, não vejo necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais invocados, eis que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado *"não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado"* (EDcl no RMS n. 22067/DF).

Isso posto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para determinar o reembolso dos valores gastos, com consultas com profissional não-credenciado, limitado àqueles praticados pela tabela de honorários médicos da apelante, CASSEMS – Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul.

Como corolário, mantenho as verbas sucumbenciais arbitradas, uma vez que a apelante decaiu de parte mínima do pedido inicial, nos termos do artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, 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, 24 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.011104-9 - Dourados
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – EXECUÇÃO – CONTRATO DE ARRENDAMENTO DE GADO – EXECUÇÃO DE ENTREGA DE COISA INCERTA – TRANSFORMAÇÃO EM QUANTIA CERTA – EMBARGOS DO DEVEDOR – CONDIÇÕES DO NEGÓCIO QUE INDICAM TRATAR-SE DE ATO SIMULADO – CONTRATO DE VACA-PAPEL – POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO (ART. 102, II, do CC de 16) – DESQUALIFICAÇÃO DO DOCUMENTO COMO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – CARÊNCIA DA AÇÃO DE EXECUÇÃO – REMESSA DO CREDOR PARA AS VIAS ORDINÁRIAS, PARA DISCUSSÃO DA VERDADEIRA LEGITIMIDADE OU IMPORTÂNCIA DE SEU CRÉDITO – DOCUMENTO QUE, COM A DECLARAÇÃO DE NULIDADE, PERDE SUA CONDIÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – *NULLA EXECUTIO SINE TITULO* (artigos 586 e 618-I, do CPC) – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

O contrato de arrendamento de gado, do qual conste a obrigação de entrega de coisa, findo o prazo contratual, é título executivo extrajudicial que legitima o credor a intentar a execução específica de entrega de coisa incerta.

Nessa modalidade de execução, se o gado não for encontrado, ou não entregue, é possível a transformação da execução de entrega de coisa incerta para pagamento de quantia certa, nos termos do artigo 627 do CPC.

Todavia, verificando dos elementos constantes dos autos, em especial da confissão do próprio credor, que a origem da obrigação era pagamento de quantia certa, em face de cheque que foi devolvido por falta de fundos, bem assim como constatando-se pelos próprios termos do contrato de arrendamento que é ele ato simulado, contendo declaração e cláusulas não verdadeiras, para encobertar contrato de mútuo com juros onzenários, configurando-se o denominado contrato de vaca-papel, deve-se declarar a nulidade do documento, para fins de desconstituí-lo como título executivo extrajudicial, o que torna nula a execução, por falta de título, sem prejuízo de ser possível ao credor postular pela via do processo de conhecimento o reconhecimento da existência de seu crédito, de sua legitimidade e importância.

É possível que um dos contratantes, com base na existência de simulação, requeira, em face do outro, a anulação judicial do contrato simulado de parceria pecuária, que encobre mútuo com juros usurários.

Recurso conhecido e provido para reformar a sentença e julgar procedentes os embargos, com extinção da execução e condenação do credor ao pagamento dos ônus decorrentes da sucumbência.

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, 8 de setembro de 2009.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Agostinho Luiz Benetti, Manoel Renato Ribeiro da Silva, Soeli Eberhard da Silva e Marli Eberhard interpuseram a apelação de f. 320-330 insurgindo-se contra a sentença de f. 305-315, que julgou improcedente o pedido por eles formulados em sede de Embargos à Execução ajuizado em face de Cristovam Camacho Arnal Filho.

O apelantes alegam em sua inicial de f. 02-18 que na data de 22.10.1994 Agostinho Luiz Benetti e sua esposa alienaram uma área objeto da matrícula n.º 3585 do CRI de Bela Vista, MS, pelo valor de R$ 180.000,00 ao Sr. **Célio Poveda,** o qual efetuou, no ato de assinatura do contrato, acostado aos autos nas f. 21-22, o pagamento de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), por meio de um cheque no valor de R$ 17.000,00, pós datado para 25 dias e o restante em dinheiro.

Afirma que frente a necessidade de ter dinheiro, trocou o cheque dado em pagamento com o embargado Cristovam Camacho, que costumeiramente emprestava dinheiro a juros extorsivos, por outro cheque no valor de R$ 15.000,00, sendo que os R$ 2.000,00 (dois mil reais) faltantes foram usados como juros pela operação.

Todavia, o cheque entregue ao embargado/apelado em operação de desconto de cheque no valor de R$ 17.000,00 (dezessete mil reais) foi devolvido pelo banco por insuficiência de provisão de fundos, quando então o embargado passou a procurar os embargantes/apelantes exigindo o pagamento de juros de 25% ao mês e posteriormente a emissão de um cheque do embargante Agostinho Benetti, mantendo em sua posse os dois cheques.

Aduz que no dia 12.07.1995 o embargado retirou da propriedade de **Célio Poveda** 113 cabeças de gado com valor aproximado de R$ 17.000,00.

Ante ao fato de Célio Poveda não possuir inscrição junta à Secretaria de Fazenda, as notas fiscais de produtor rural do referido gado foram extraídas em nome de **Rondival Lino Garcia,** totalizando 71 cabeças de gado, com valor de **R$ 12.175,00** e que apesar desse pagamento o embargado continou a pressionar o embargante Agostinho Luiz Benetti a fim de que este pagasse o débito que o mesmo alegava ser remanescente do valor de R$ 17.000,00. As 42 reses restantes, para completar as 113, foram relacionadas com notas de produtor rural de outros produtores.

Alegaram, ainda, que pressionado, Agostinho Luiz Benetti assinou em setembro de 1995, em conjunto com os outros embargantes, o contrato de arrendamento de gado de f. 33, onde os mesmos se comprometeram a pagar 25% das 100 cabeças de gado constantes do contrato em bezerros machos na data de 20.9.1996, o qual, descumprido, gerou a Execução para e Entrega de Coisa Incerta de n. 002.97.005845-5.

Asseveram que de fato nunca existiu juridicamente o contrato de parceria pecuária entre as partes, mas tão somente um contrato de mútuo (vaca papel), o qual deve ser anulado, tendo em vista que estão ausentes os requisitos do contrato de parceria pecuária e que sequer houve a entrega do gado. Além disso, o débito foi quitado quando da entrega do gado **do Sr. Célio Poveda** ao embargado.

Ao final pleiteam a nulidade do contrato em questão a fim de adequar o mesmo à sua real natureza de mútuo e declaração de inexistência de débito em razão do pagamento.

Na impugnação aos embargos de f. 48-87 o embargado alega em preliminar preclusão temporal vez que a matéria referente a anulabilidade do contrato deveria ter sido oposta por meio de embargos por ocasião da citação da citação execução para entrega de coisa incerta e prescrição extintiva.

Na sentença de f. 100-103 o Juiz *a quo* acolhe a preliminar de prescrição extintiva.

Dessa decisão os embargantes interpuseram apelação de f. 107-121, aduzindo a preliminar de cerceamento de defesa frente à ausência de intimação dos advogados para a audiência de conciliação e especificação de provas e quanto ao mérito que não houve prescrição, visto que o contrato se trata de ato nulo com prescrição vintenária.

O presente tribunal reconheceu no acórdão de f. 164-166 a nulidade da intimação do despacho de f. 95 considerando que o despacho foi publicado sem mencionar o nome dos advogados dos embargantes o que importou em prejuízo para os embargantes, anulando o feito a partir da f. 95 e redesignado a audiência de conciliação.

Na sentença de f. 305-315, o Juízo *a quo,* considerando que não restou caracterizado qualquer vício de consentimento passível de desnaturar o contrato embasador da execução e o empréstimo de dinheiro a juros usuários, julgou improcedente o pedido inicial.

Na apelação de f. 320-330 os apelantes aduziram que o juiz de 1º grau não apreciou devidamente o depoimento da testemunhal Rondival e do Célio Povedo, os quais confirmam a existência do contrato de vaca-papel e do pagamento.

Ao final, alegaram que o contrato avençado é nulo, uma vez que a verdadeira natureza do negócio é de agiotagem. Não obstante a nulidade do contrato, pugnaram pelo reconhecimento do pagamento integral da dívida mediante a entrega de um gado ao embargado.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões ao recurso às f. 341-357, rebatendo as razões recursais e pugnou pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

A controvérsia presente neste Embargos à Execução, ajuizados por Agostinho Luiz Benetti e outros em face de Cristovam Camacho Arnal Filho, circunscreve-se à validade do contrato de parceria pecuária de f. 33, firmado entre as partes, bem como a declaração de quitação do débito pela entrega de gado ao embargante.

O juízo singular julgou improcedente o pedido inaugural pela sentença de f. 305-312, ensejando a interposição de recurso de pelos embargantes, o qual passo a examinar.

O documento de f. 33 retrata a existência de um contrato de um contrato de arrendamento de gado, celebrado entre Christovam Camacho Arnal Filho (Arrendador) e Agostinho Luiz Benetti (Arrendatário)**,** tendo por objeto 100 vacas aneloradas, entregues ao arrendatário pelo período de um (1) ano, de 20.9.1995 a 20.9.1996, com renda de 25% (vinte e cinco por cento), em bezerros machos, que deveriam estar com mais de nove meses de idade.

Estabeleceu-se no referido contrato, em sua cláusula nona, que: "*o arrendatário poderá devolver o gado, objeto do presente, antes do vencimento, pagando as rendas proporcionalmente, podendo inclusive quitar o contrato em dinheiro, nesta hipótese o preço das vacas serão na base de 10 (dez) arrobas cada, totalizando 1.000 (hum mil) arrobas, e os bezerros na base de 8 (oito) arroubas cada, no valor de mercado, praticado no dia do pagamento em Frigoríficos da Gran-Dourados*".

Embora fosse um contrato de *arrendamento de gado*, compareceram ao referido instrumento como *fiadores*, os demais embargantes, Manoel Renato Ribeiro da Silva, sua esposa, Soeli Eberhard da Silva e Marli Eberhard.

Vencida a obrigação, e não paga, o credor, ora apelado, Christovam, ajuizou execução para entrega de coisa incerta (f. 29-32), no bojo da qual os devedores deixaram de entregar o gado, bem assim como deixaram de embargar a execução. O gado não foi encontrado, dando margem, então, à sua transformação para entrega de coisa incerta (f. 35).

Somente com a transformação da execução de entrega em execução por quantia certa, foi que os devedores compareceram nos autos e ofertaram os presentes embargos, noticiando os fatos que seriam antecedentes históricos do contrato de f. 33.

Primeiramente, no que concerne ao argumento de nulidade do negócio jurídico em razão de suposta natureza ilícita deste, tenho que tal insurgência não deve encontrar amparo.

Os apelantes, em suas razões, afirmam que o dinheiro relacionado ao negócio tem origem em um empréstimo em que há incidência de juros extorsivos e ilegais, evidenciando-se a prática de agiotagem, o que orientaria a decisão judicial em declarar a nulidade do negócio externado no documento de f. 33, instrumento utilizado para embasar a cobrança da dívida na ação de execução, com juros onzenários.

A testemunha de f. 207 – Rondival Lino Garcial sustenta a tese dos embargantes, narrando que sabe dos fatos porque o próprio embargado Christovam teria lhe contado o que se passou entre as partes.

O embargado Christovam Camacho Arnal Filho, todavia, depondo às f. 211, sustenta que foram dois os negócios celebrados por ele: um envolvendo Célio Poveda e outro que fez direto com o apelante Agostinho. Confessa ter recebido de Célio o débito, mediante a entrega de 100 a 110 vacas, mas afirma que o gado recebido por Agostinho, correspondente a 100 vacas, não lhe foi pago, sendo que o gado recebido de Célio Poveda nada tem a haver com o negócio que celebrou com um dos embargantes, Agostinho.

Christovam Camacho afirmou ainda, em seu depoimento de f. 211-212, que:

> Eu recebi um cheque das mãos do Agostinho, que eu não me lembro o valor, de emissão do Célio Poveda, que voltou sem fundos. Diz Agostinho que era um cheque de uma venda de uma Fazenda para o Poveda. Posteriormente este cheque de Poveda foi **trocado** por um emitido pela esposa de AGOSTINHO, **que também voltou sem fundos. Foi isso que originou o gado para me pagar. Eu não tinha negócio com Célio Poveda, só peguei o cheque porque Agostinho me passou. Eu troquei esse cheque para o Agostinho. Eu troquei o cheque para poucos dias e se incidiu juro foi muito pouco**.

Aqui está, a meu modo de ver, a prova insofismável, posto que se trata do depoimento pessoal do próprio apelado – credor-embargado – de que **nunca existiu um verdadeiro contrato de arrendamento pecuário**, mas sim um **negócio simulado**, denominado de *vaca-papel*, ao qual não se deve emprestar qualquer valor, sendo mesmo **nulo de pleno direito** e, assim, instrumento jurídico inadequado para dar suporte ao processo de execução que se iniciou para *entrega* de uma coisa (gado) que nunca existiu na realidade.

Aliás, a própria característica do contrato de f. 33 – suporte da execução – já demonstra que não se tratava de um verdadeiro contrato de arrendamento de gado, ou seja, de 100 vacas, na medida em que refoge tanto do prazo comum para esses contratos, quando verdadeiros (mínimo de três anos), assim como a entrega da renda (bezerros com nove meses, pelo menos), em contrato com prazo de **um ano**. As vacas entregues, assim, já deveriam estar *prenhes* à época da realização do negócio, para que os bezerros, findo um ano, tivessem a idade mínima de **nove meses**, como ali preconizado.

Referido contrato demonstra, outrossim, a cobrança de **juros usurários**, posto que em um ano foi estabelecido *renda* (leia-se juros do dinheiro confessado como sendo originário do débito) de 25% (vinte e cinco por cento) em um ano, taxa muito superior à legal da época de sua celebração, que era de 6% (seis por cento), nos termos do artigo l.062 do Código Civil de 1916 (o contrato foi celebrado em 20.9.1995).

Embora simulado, a lei permite a alegação da simulação entre as próprias partes, como no caso, como se via da redação do artigo 103 do CC de 16, eis que, muito embora não tenha havido intenção de *prejudicar terceiros*, houve intenção de *fraudar a lei*, no caso a que se refere à taxa legal dos juros.

Assim, aliás, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, como se constata deste aresto:

> Civil. Recurso Especial. Contrato simulado de parceria pecuária. "Vaca-papel". Mútuo com cobrança de juros usurários. Anulação do negócio jurídico. Pedido de um dos contratantes. Possibilidade.
>
> - É possível que um dos contratantes, com base na existência de simulação, requeira, em face do outro, a anulação judicial do contrato simulado de parceria pecuária, que encobre mútuo com juros usurários.
>
> Recurso Especial parcialmente provido. (REsp n. 441.903/SP, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 10.2.2004, DJ 15.3.2004, p. 265).

A consequência não será a mera *redução* da taxa de juros, de 25% para os juros legais, mas a *declaração de nulidade do contrato* e sua *imprestabilidade* para fins de execução, embora o credor mantenha o direito de postular, pelo processo de conhecimento, o reconhecimento de seu direito.

Tenho, portanto, que a afirmação do próprio credor, constante de seu depoimento pessoal, no sentido de que a *origem do "gado"* foi o cheque de Célio Poveda, posteriormente trocado por um da esposa de Agostinho, porque o primeiro voltou sem fundos, aliado ao fato de que o contrato é realmente *estranho* às verdadeiras relações negociais em verdadeiros contratos de arrendamento de gado, que o documento de fls. 33, base e suporte da execução, é documento apócrifo, nulo de pleno direito, e não pode servir de âncora para o processo de execução, quer de entrega de coisa incerta, quer de execução por quantia certa, na medida em que, declaradamente, gado algum foi *entregue* em arrendamento ao devedor primário.

Ajunte-se o fato de ser estranho – o que corrobora o entendimento do contrato simulado – a exigência de *fiador*, figura típica do contrato de mútuo, e não de arrendamento, em que a garantia é a própria coisa entregue em arrendamento, e suas rendas.

O credor, assim, está privado do uso da execução – donde a procedência dos embargos – por aplicação do artigo 618-I, do CPC, que estabelece que "*é nula a execução, se o título executivo extrajudicial não corresponder à obrigação certa, líquida e exigível*".

Aplica-se, no caso, o aforisma, secular, *nulla executio sine título*. Não há execução sem título. E no caso, não há título. Não há obrigação de entrega da coisa, porque *coisa alguma* foi anteriormente entregue em arrendamento. O negócio é simulado e a verdadeira operação existente entre as partes é de empréstimo de dinheiro a juros, que deverá ser discutida em ação própria, pelo processo de conhecimento, jamais de execução.

A questão do *pagamento* do débito, assim, torna-se irrelevante para o deslinde dos embargos, e deverá ser resolvida na ação que o credor vier a propor, se assim entender que o deva fazer, para haver o recebimento de seu crédito que não é de vaca, mas de dinheiro, em valor correspondente ao cheque emitido pela esposa de Agostinho, a partir do qual haverão de ser feitos os cálculos dos valores devidos a título de juros *legais*, e a prova de seu eventual pagamento.

O que se quer afirmar, assim, é que **não existindo título executivo**, pela *descaracterização e nulidade absoluta do contrato de f. 33*, não se afigura possível a execução por título extrajudicial, como aqui foi intentada, quer para entrega de coisa incerta – já que *coisa alguma, reafirmo, foi entregue* – quer pelo seu *equivalente* em dinheiro, porque o *equivalente* não são as 100 cabeças de vaca, mas o valor do cheque primitivo, emitido pela esposa de Agostinho, que deverá suportar o respectivo processo de conhecimento, seja qual for a via a ser eleita pelo credor.

Não se trata sequer de *decotar* do título o excesso dos juros, porque o negócio está fulminado de nulidade em sua *inteireza* e não apenas na cláusula de *juros*, de sorte que a solução processual que se impõe é a extinção do processo de execução, *ex vi*, reafirmo, do artigo 580 do CPC, do qual se extrai que *se não houver título* – tal como o descrito em um dos incisos do artigo 585 do mesmo *codex* – não haverá lugar para a execução.

Assim, se se positiva **não existir título executivo, não tem cabimento a execução** e, consequentemente, é irrelevante o exame da prova, que se refere ao *mérito* dos embargos, quanto à existência de *pagamento*, que só teria alguma importância se se constatasse que o contrato não era – como é – nulo de pleno direito.

Manifesto, assim, o entendimento de que o negócio em que se cobram juros usurários, disfarçado de contrato de arrendamento de vaca, como forma de encobrir empréstimo de dinheiro – que foi a origem do negócio celebrado entre as partes, como decorre do teor do depoimento pessoal do próprio embargado – faculta ao contratante prejudicado, no caso o embargante devedor principal e seus *fiadores*, postular pela declaração de nulidade do contrato, em decorrência da simulação que, no caso, foi praticada não com o intuito de prejudicar terceiros, mas de *fraudar a lei*, no que se refere à cobrança dos juros extorsivos, na ordem de 25% em um ano, como consta do próprio contrato.

A evidência dos autos retrata negócio simulado para encobrir empréstimo de natureza pecuniária, com juros usurários e pelos próprios termos do contrato há elementos seguros para demonstrar que as partes nunca tiveram celebrado um contrato de arrendamento de vaca, mas um mútuo, empréstimo de dinheiro a juros exorbitantes, posto que pactuados na casa dos 25% ao ano, sobre o crédito real.

O contrato vaca-papel é simulado porque visa encobrir contrato de mútuo, que é o verdadeiro negócio jurídico pactuado entre os signatários, como no caso presente.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que *"declarada a integral nulidade do contrato de parceria pecuária, não é lícito vincular o débito ao número de reses dele constante, devendo a atualização da dívida obedecer às regras oficiais de correção monetária" (STJ,* REsp n. 594.488/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 6.10.2005, DJ 20.3.2006, p. 265), o que significa entender que a definição do exato valor devido – a se dar no processo de conhecimento – não haverá de se dar tomando por base o número de reses, mas o valor efetivo do negócio, que sofrerá juros legais e correção monetária, segundo as regras oficiais. Daí porque nem mesmo é possível *reduzir* tão-somente o valor do débito, expurgando a cláusula de juros onzenários porque, muito mais do que isso, é a própria obrigação principal – e seu valor – que haverá de ser definida na ação de conhecimento já tantas vezes aqui referida.

Nosso egrégio Tribunal de Justiça também já por mais de uma vez pronunciou a nulidade do contrato de arrendamento, quando se evidencia a simulação no denominado contrato de *vaca-papel*, como na espécie.

Vejam-se estes arestos, dentre outros:

> Apelação Cível - n. 2007.020042-9 - Pedro Gomes
>
> Relator Des. Atapoã da Costa Feliz
>
> APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PARCERIA PECUÁRIA – NÃO CARACTERIZADA – VACA-PAPEL – SIMULAÇÃO – ENTREGA DE DINHEIRO – RELAÇÃO NEGOCIAL COMPROVADA – TRANSMUDAÇÃO PARA CONTRATO DE MÚTUO O QUAL DEVE-SE SUJEITAR ÀS NORMAS LEGAIS PERTINENTES – RECURSO PROVIDO.
>
> Constata-se a simulação de contrato de parceria pecuária para acobertar contrato de mútuo, quando a parte entrega dinheiro para o parceiro criador. (Julgado em 23.10.2007).

Em outro acórdão, ainda desta. Quarta Turma Cível, decidiu-se:

> Apelação Cível - n. 2003.000053-4 - Dourados
>
> Relator Des. Paschoal Carmello Leandro
>
> E M E N T A – APELAÇÃO – AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA – ALEGAÇÃO DE SIMULAÇÃO – CONTRATO "VACA-PAPEL" – PARTE INTIMADA PARA PRESTAR DEPOIMENTO PESSOAL COM AS ADVERTÊNCIAS DA LEI – NÃO-COMPARECIMENTO – APLICAÇÃO DA PENA DE CONFISSÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 343, § 2º, DO CPC – TÍTULO ILÍQUIDO – NULIDADE DA EXECUÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO ADESIVO – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – CONFIGURADA – RECURSO NÃO CONHECIDO.
>
> Se a parte, apesar de intimada para prestar depoimento pessoal na audiência de instrução e julgamento com as advertências que a lei impõe, deixar de comparecer àquele ato processual, o julgador lhe aplicará a pena de confesso, a não ser que se convença do contrário.
>
> O contrato "vaca-papel" não preenche um dos requisitos do art. 586 da lei adjetiva, isto é, liquidez.
>
> Descumprido o princípio da dialeticidade, o não-conhecimento do recurso é a medida que se impõe. (Julgado em 10.4.2007, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro).

E, ainda, em outro acórdão:

> E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – APARENTE CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA – SIMULAÇÃO – CONTRATO DENOMINADO 'VACA PAPEL' – **ILIQUIDEZ DO TÍTULO RECONHECIDA EM GRAU DE RECURSO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – NULIDADE DA EXECUÇÃO** – EXTINÇÃO DO PROCESSO.

> A nulidade do processo pode ser reconhecida, inclusive de ofício, em grau de recurso, por encerrar matéria de ordem pública.
>
> **O contrato denominado "vaca papel" não se reveste das características de título executivo, justamente por faltar liquidez.** (TJMS, AC n. 2003.008186-0, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 4.4.2005). (destaquei)

O acórdão por último transcrito representa também meu pensamento sobre a matéria, ou seja, o contrato denominado vaca-papel que encobre contrato de mútuo representa, quando muito, documento apto ao manejo das ações de conhecimento. Jamais, contudo, representa título executivo, tanto porque lhe falta *liquidez*, quanto, porque, não estampa obrigação *certa* de pagamento da obrigação ali externada, que está encoberta.

Cândido Dinamarco[1], que dispensa apresentações, ensina-nos que:

> Sem o título poderá ser admissível alguma tutela, mas essa tutela não será executiva (será caso de um processo de conhecimento ou monitório, com forme o caso).
>
> Daí dizer-se que o título executivo coopera para a caracterização da condição da ação conceituada como interesse de agir e, mais precisamente, para a configuração do interesse-adequação. Sem ele o exeqüente carece de ação executiva e por esse motivo o processo ou fase executiva se extingue sem ter atingido o objetivo postulado.

Daí porque afirmei que *sem o título*, não se qualificando como tal o contrato de arrendamento de gado, denominado vaca-papel, o qual deve ser declarado *nulo* para o fim e o efeito de se positivar a espécie e natureza de obrigação ali contida, não pode ser validamente instaurada o processo de execução, impondo-se, consequentemente, o provimento da execução.

Finalmente, à guisa de arremate, saliento que o devedor poderia discutir a natureza do título nos embargos à execução depois da transformação da execução de entrega de coisa para execução de pagamento de quantia certa, porque no regime anterior à modificação do CPC, operada pela Lei n. 11.382/06, sob cuja égide se encontra a execução contida nestes autos, somente era possível a interposição de embargos do devedor, na execução para entrega de coisa incerta, depois de entregue a coisa ou depois de feita sua busca e apreensão.

Como não havia – nunca houve – *gado* objeto de arrendamento, mas contrato de mútuo com juros onzenários nele disfarçado, estiveram os devedores impossibilitados de efetuar tanto o depósito, como condição para embargos naquela fase, quanto os próprios embargos, que então era inadmissíveis, como se constata da redação então vigente dos artigos 737, II[2] e artigo 738, III, do CPC

Assim, os embargos intentados por ocasião da *transformação* da execução de entrega de coisa em execução por quantia certa permite que o devedor possa deduzir toda matéria de defesa, tal como descrito no artigo 745, V, do diploma processual civil.

Em face destas considerações, conheço do recurso dos apelantes e **lhe dou provimento** para o fim de reformar a sentença e julgar procedentes os embargos do devedor intentados pelos recorrentes, declarando a nulidade do documento de fs. 33, *ex vi* do artigo 102, II, do CC de 16, para fins de desqualificá-lo como título

1 Cândido Dinamarco, **Instituições de Direito Processual Civil**, Volume IV, Editora Malheiros, 3. ed., 2009. p. 217.

2 Art. 737, vigente na ocasião e antes da modificação da Lei n. 11.382/06: "Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo: II – pelo depósito, na execução para entrega de coisa.
Art. 738. O devedor oferecerá os embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados: II – do termo de depósito (art. 622); III – da juntada as autos do mandado de imissão na posse, ou de busca e apreensão, na execução para entrega de coisa (art. 625).

executivo extrajudicial *ex vi dos arts. 586 e 618-I, do CPC* e, por tal motivo, decretar a extinção do processo de execução contida nos autos em apenso, com desfazimento de todos os atos constritivos nele realizados.

Condeno o embargado ao pagamento das custas e despesas processuais e em honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor dos embargos, devidamente corrigidos, o que faço com fundamento no artigo 20, § 4º, do CPC e levando em consideração as diretrizes das alíneas "a" "c" do § 3º, do mesmo dispositivo legal, atento, outrossim, à diretriz jurisprudencial que estabelece que as partes devem receber idêntico tratamento (CPC, art. 125, I), nada recomendando que o credor, vencido, deixe de pagar honorários advocatícios em patamares ou em valores diferentes daqueles que receberia, se vencedor fosse.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 8 de setembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.021325-7 - Rio Brilhante
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – INVENTÁRIO – TRANSFORMAÇÃO EM ARROLAMENTO – RITO DO ARTIGO 1.036 DO CPC – DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL COM JUNTADA DE DIVERSOS DOCUMENTOS – DECISÃO CUMPRIDA EM PARTE PELA INVENTARIANTE – NÃO JUNTADA DA PROVA DA QUITAÇÃO DOS TRIBUTOS – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM A APRECIAÇÃO DO MÉRITO – TECNICISMO EXACERBADO DO MAGISTRADO – PROVA QUE SÓ DEVE VIR AO FINAL – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO – DECISÃO ANULADA – RECURSO PROVIDO.

É defeso ao julgador privilegiar exageradamente o tecnicismo contido na previsão de prazos para a prática de atos processuais, em detrimento aos princípios do acesso à justiça, da economia e efetividade processual, mormente quando os autos encontram-se quase totalmente instruídos, de modo que a extinção do processo neste momento processual é ato que vai de encontro aos escopos da jurisdição, consubstanciados na solução de conflitos, na reafirmação do direito e na realização da paz social.

É cediço o entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, de que nos inventários processados sob a modalidade de arrolamento não se admite discussão acerca do pagamento dos tributos relativos à transmissão, ainda mais como condição de procedibilidade da ação.

A prova do pagamento do tributo é exigência contida no artigo 1.036, § 5º, do CPC, e se consubstancia no último ato processual antes da deliberação sobre a partilha de bens, de sorte que referida prova não deve, nesse procedimento, acompanhar a inicial, mas pode vir em sua etapa final, ao contrário do procedimento estampado no artigo l.031 do mesmo *Codex*.

Recurso conhecido e provido para anular a sentença objurgada e determinar o regular seguimento do feito em primeira instância, contra o Parecer do Ministério Público.

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 e com o parecer oral, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de setembro de 2009.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Lídia Rodrigues Alves interpõe apelação cível às f. 126-128**,** insurgindo-se contra a sentença de f. 119-120, proferida pelo douto Juízo da 1ª vara cível da Comarca de Rio Brilhante nos autos da ação de inventário n. 020.09.000255-5, que indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo por ausência de comprovação do pagamento do ITCD ou do pedido de isenção com a concordância do Estado.

Depreende-se dos autos que a ação de inventário foi ajuizada com o objetivo de obter a partilha dos bens deixados por Vitalina de Souza.

Em despacho inicial, o Juiz singular converteu o inventário em arrolamento comum e determinou que fosse emendada a inicial com a juntada de vários documentos, listados às f. 14-16.

A inicial foi emendada às f. 19-20 e documentos foram juntados às f. 21-118.

O douto magistrado, porém, houve por bem extinguir o feito (f. 119-120) por ter decorrido o prazo sem cumprimento da determinação de juntada aos autos do comprovante de pagamento de imposto de transmissão *causa mortis* ou do pedido de isenção com concordância do Estado.

Irresignada, a autora apelou do *decisum* às f. 126-128 sustentando que caso o magistrado prolator da sentença entendesse que houve desídia de sua parte, deveria desconstituí-la, e não extinguir de imediato o feito, que já se encontra quase completamente instruído.

Aduziu a hipossuficiência econômica dos herdeiros e afirmou que o juiz deveria conceder dilação do prazo para recolhimento do imposto.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às f. 137-142, opinando pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo improvimento.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Tenho que a decisão atacada deve ser reformada.

Estes são os termos da sentença apelada, proferida após o referido pedido de dilação de prazo formulado pela agravante:

> No presente processo o requerente foi intimada para emendar a inicial, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de indeferimento e consequente extinção do processo.
>
> Ocorre que o requerente não juntou nos autos o comprovante de pagamento de imposto de transmissão causa mortis, nem o pedido de isenção com a concordância do Estado, determinados no item 8.8 da decisão (fls. 16).

> Em sendo assim, não há como não extinguir o processo por indeferimento da inicial, porquanto, o requerente devidamente intimado não comprovou o pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*, nem o pedido de isenção com a concordância do Estado, conforme acima demonstrado.

Sabe-se que o direito processual civil brasileiro é regido pelo princípio da instrumentalidade das formas, o qual prefere o desenvolvimento da relação jurídica processual na busca pelo direito material posto em juízo ao tecnicismo advindo das normas puramente processuais, que, não obstante ser de notável importância à evitar abusos e privilégios, se utilizado de forma exagerada pode elidir o direito da parte.

O mestre Moacyr Amaral Santos[1], ao citar o princípio da instrumentalidade da formas leciona: *"Por este princípio, a forma se destina a alcançar um fim. Essa é a razão pela qual a lei regula expressamente a forma em muitos casos. Mas, não obstante expressa e não obstante violada, a finalidade em vista pela lei pode ter sido alcançada. Para a lei isso é o bastante, não havendo razão para anular-se o ato. "*

Entendo que certos formalismos processuais devem certamente ser respeitados, havendo hipóteses em que, uma vez não cumpridos, ensejam a nulidade do processo por inteiro ou de determinados atos, sendo que obviamente devem ser acatados. Entretanto o apego desnecessário e excessivo ao formalismo processual acaba por atrasar demasiadamente o processo, muitas vezes prejudicando o exercício do direito material e tornando o meio mais importante que o fim.

Essa é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque[2], conforme se depreende da seguinte transcrição:

> A técnica constitui fator essencial à idéia de processo. Concebido este como instrumento de que a função jurisdicional do Estado se serve para colocar fim às crises existentes no plano do direito material, necessário regular a maneira como ele opera. É fundamental que o instrumento atue segundo técnica adequada e apta a possibilitar que os fins sejam atingidos. Esta é a função das formas e formalidades processuais, cuja razão de ser encontra explicação fundamentalmente em fatores externos ao próprio processo.
>
> Mas processo não é, e nem poderia ser, somente forma. Toda a organização e a estrutura desse mecanismo encontram sua razão de ser nos valores e princípios constitucionais por ele incorporados. A técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional.
>
> De nada adianta o processo regular do ponto de vista formal, mas substancialmente em desacordo com valores constitucionais que o regem.
>
> A extinção do processo efetivada pelo douto juízo *a quo*, conforme se observa, **privilegiou exageradamente o tecnicismo** contido na previsão de prazos para a prática de atos processuais, em detrimento aos princípios do acesso à justiça, da economia e efetividade processual, uma vez que a parte já havia providenciado e juntado aos autos uma série de documentos, de modo que extinção do processo neste momento processual, sem que seja oportunizada à autora uma dilação do prazo para a juntada do documento faltante, ainda que sem requerimento, é ato que vai de encontro aos escopos da jurisdição, consubstanciado na solução de conflitos, na reafirmação do direito material e na realização da paz social.

1 **Primeiras Linhas de Processo Civil**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, V. 2.

2 **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 26.

Desta forma, a decisão atacada impediu o direito da parte de obter um provimento jurisdicional que lhe proporcionasse direitos advindos da morte de sua avó – ao menos neste processo, já devidamente instaurado e quase completamente instruído –, conferindo maior importância à técnica processual de fixação de prazos, em um processo em que a inobservância ao referido prazo não causaria prejuízo algum.

Insta ressaltar, citando mais uma vez o nobre processualista **Bedaque**[3], que "*o processualismo exagerado leva à distorção do instrumento, que perde a relação com seu fim e passa a viver em função dele próprio. Esta visão do fenômeno processual, além dos malefícios causados à sociedade e ao próprio Estado, contribui para o amesquinhamento da função jurisdicional, pois torna os juízes meros controladores das exigência formais, obscurecendo a característica principal dessa atividade estatal – qual seja, o poder de restabelecer a ordem jurídica material, eliminar os litígios e manter a paz social.*"

Ademais, não me parece razoável exigir, **na inicial,** a quitação do ITCD quando a própria lei processual não a exige como condição de procedibilidade da ação.

Verifica-se no despacho de f. 11/16, que determinou a emenda da inicial, que o juiz teceu considerações sobre o rito processual a ser adotado, em conformidde com o valor dos bens do espólio, argumentando, ainda, que a existência de menores, quando se trata de fixar o rito segundo o valor do bem a inventariar, não é impeditivo ao procedimento de arrolamento comum.

Por isto que o Juiz **converteu** o pedido de inventário em arrolamento comum, como se observa expressamente às f. 14.

O CPC trata de duas hipóteses para o processo de arrolamento. A primeira vem prevista nos artigos l.031 a 1.035 e leva em consideração a existência de herdeiros maiores e capazes, como está no *caput* do artigo l.031.

A segunda, vem prevista no art. 1.036 do CPC, e tem lugar quando os bens do espólio – como no caso – são de valor inferior a 2.000 ORTNs, podendo ou não existir menores. O procedimento é ditado em razão do valor dos bens do espólio.

Pelo rito, aplica-se a esta espécie de arrolamento, as disposições do artigo l.034 e seus parágrafos, **no que couberem**, como consta expressamente do artigo l.036, § 4º, do CPC.

Todavia, o artigo l.036, § 5º, do CPC traz, efetivamente, certa confusão, porque estabelece esse dispositivo processual que "***provada a quitação dos tributos*** *relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha*", o que, aparentemente, está em antagonismo com o artigo l.034, § 2º, do mesmo Codex, que também tem aplicação ao caso, como se viu, *no que couber*.

O que os dispositivos, integrados, pretendem estabelecer, é que não se discute, no âmbito de quaisquer das espécies de arrolamento, a *correção de tributos devido* pelo espólio, o qual deve ser objeto, se for o caso, de *lançamento administrativo*.

Luiz Guilherme Marinoni [4] preleciona que "*eventual inexatidão relativa a pagamentos fiscais realizados pelo inventariante deve ser resolvida em processo administrativo ou processo judicial tributário.*

3 *Op. cit.* p. 30.

4 LUIZ GUILHERME MARINONI, **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo,** Editora RT, 2008, p. 904, notas ao artigo 1.036, § 5º, do CPC.

Enquanto pendente a discussão, o arrolamento sumaríssimo deve ficar suspenso (arts. 1.031, § 2º, l.034 e l.036, §§ 4º e 5º, CPC, STJ, 1ª. Turma, RESp 650.325/PR, rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 5.10.2004, DJ de 16.11.2004, p. 207)".

Significa, assim, que no procedimento do arrolamento *sumário* (arts. 1.031 a 1.035), por serem todas as partes maiores e capazes, não há discussão sobre o valor que serve de base para o recolhimento do ITBI *causa mortis*, e, assim, quanto à quitação do imposto respectivo "*o juiz fica limitado apenas a fiscalizar se o recolhimento* ***foi*** *feito e se foi feito na conformidade dos valores declarados pelos herdeiros, uma vez que o art. 1.031,* caput*, coloca o pagamento como pressuposto necessário da homologação da partilha amigável. Eventual erro ou sonegação só podem ser apurados administrativamente, e nunca nos autos do arrolamento, o que pode permitir à fazenda pública executar de forma autônoma os herdeiros devedores"*, nos termos da lição doutrinária de Costa Machado. [5]

Entrementes, no que se refere à outra modalidade de arrolamento, no qual se insere o procedimento previsto nestes autos, a lei autoriza que o juiz homologue a partilha tão-somente depois de haver **prova da quitação dos tributos,** o que será feito também pela inventariante em conformidade com o **valor atribuído aos bens**. A remissão que o artigo l.036, § 4º do CPC faz ao artigo l.034, § 2º, nos termos da doutrina mencionada, diz respeito exclusivamente à impossibilidade de a Fazenda Pública impugnar o valor atribuído aos bens, o qual somente poderá ser objeto de exação administrativa quanto à diferença, administrativamente (se concordarem então os herdeiros) ou judicialmente, em processo próprio. Daí porque Guilherme Marinoni, na obra já citada (p. 904) disse que "*não se pode discutir no âmbito do procedimento sumaríssimo a correção de tributos devidos pelo espólio"*, o que não significa entender, entrementes, que o juiz não deva exigir – posto que a lei assim o faz – a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e suas rendas.

De qualquer sorte, embora seja esse o tratamento processual a ser dispensado à questão, não se me afigura correta a sentença que extinguiu o processo porque a inventariante não apresentou a prova do pagamento dos tributos.

Antonio Carlos Costa Machado, nos comentários referidos, obra citada, p. 1.614, ao comentar especificamente o § 5º do artigo l.036 do CPC, ensina que os documentos comprobatórios da quitação do imposto de transmissão *causa mortis*, do IPTu, do imposto de renda, "*só vêm para os autos* ***na sua etapa final***", ao contrário do que se passa, ensina ele ainda, no arrolamento sumário, quando "*tais documentos normalmente acompanham a própria petição inicial (art. 1.031, caput).*

Logo, não me parece lícito exigir da inventariante a prova da quitação do tributo com os documentos que instruem a inicial, posto que tal prova será feita ao final, depois, inclusive, de o juiz realizar a audiência de que trata o § 2º do artigo l.036 do CPC, onde o juiz deliberará sobre a partilha, decidirá sobre as reclamações e mandará pagar eventuais dívidas não impugnadas, tudo a ser objeto de um só termo de assentada.

Apenas depois é que lhe será lícito exigir a prova da quitação dos tributos, tal como consta no § 5º do art. 1.036 do CPC.

Em face destas considerações, conheço do recurso e, **com o parecer oral**, **dou-lhe** provimento, para anular a sentença recorrida, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para que o feito tenha regular prosseguimento com o exame, pelo honrado juízo *a quo*, dos pedidos ali formulados pela autora-apelante e com observância estrita do procedimento previsto no artigo l.036 e parágrafos, do CPC.

O Sr. Procurador de Justiça Dr. Amilton Plácido da Rosa.

Esta Procuradoria-Geral de Justiça opina no sentido da concessão de prazo para o recolhimento do imposto.

5 ANTONIO CARLOS COSTA MACHADO, **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**, 2008, p. 1611, Editora Manole.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Revisor)

De acordo com o relator.

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

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER ORAL, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

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

Campo Grande, 29 de setembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.023069-3 - Dourados
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – EXISTÊNCIA DE PENHORA SOBRE O BEM – NÃO IMPEDIMENTO DA TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL – MANUTENÇÃO DO ÔNUS.

O fato de existir penhora sobre determinado bem não impede a sua transferência a terceiro, pois mesmo com a transferência o gravame é mantido, e o adquirente assume o risco da constrição, se a alienação se deu em fraude à execução e, portanto, ineficaz apenas em relação ao credor exequente.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – COMPROVAÇÃO DE FATO SUPERVENIENTE QUE AFETA O JULGAMENTO DA CAUSA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

De acordo com o artigo 462 do Código de Processo Civil se depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo, ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir sua decisão.

Assim, se o imóvel encontrava-se penhorado, mas sobrevém notícia de que a execução foi extinta, com levantamento da penhora, o óbice antes existente, assim considerado pelo juiz, deixou de subsistir, o que acarreta a procedência do pedido.

Recurso conhecido e provido, com reforma da 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, por unanimidade dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de novembro de 2009.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Delia Ribeiro da Luz interpõe apelação cível às f. 73-80, em face de Judith Cerveira Pael**,** insurgindo-se contra a sentença e respectivos embargos de declaração (f. 68-69) do douto juízo da 2ª vara cível da comarca de Dourados-MS, nos autos n. 002.07.104209-3/001.

Extrai-se dos autos que a apelante propôs a presente demanda visando obter escritura definitiva de onze imóveis, objetos do contrato de compromisso de compra e venda de f. 8-10.

A sentença julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na inicial (f. 53-57) uma vez que foi rejeitada a pretensão de adjudicação compulsória do imóvel de matrícula n. 9.957 do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Dourados. Isso pela razão de que sobre ele recai a penhora relativa à execução fiscal n. 002.04.013910-9.

Tendo em vista os termos da sentença, a apelante opôs embargos de declaração com pedido de efeitos infringentes, requerendo a modificação do julgado sob o argumento de que o fato impeditivo de aquisição do seu direito não mais subsistia, pois no transcorrer da ação a referida ação de execução fiscal foi liquidada, não persistindo o gravame sob o imóvel. Porém, o douto juízo *a quo* proferiu decisão de rejeição dos declaratórios, afirmando que a matéria se encontra preclusa, não sendo possível a modificação do *decisum*.

Irresignada, a recorrente apela a este Tribunal, sustentado que, ainda que se desconsiderasse o levantamento da penhora que gravava o imóvel, estavam preenchidos os requisitos para a adjudicação, uma vez que seu deferimento não prejudicaria o referido ônus.

Aduz que está devidamente comprovado o levantamento da mencionada penhora que impediu a aquisição de seu direito à adjudicação compulsória, de forma que mereciam acolhimento os embargos de declaração por ela opostos, com efeitos infringentes por fato superveniente.

Requer a reforma da sentença para que seja declarada a adjudicação compulsória do imóvel de matrícula n. 9.957 do Registro de Imóveis de Dourados.

Regularmente intimada, a apelada apresentou contrarrazões às f. 86/90, pugnando pelo improvimento do recurso e alegando, resumidamente, que os documentos apresentados juntamente com os embargos de declaração não são novos, uma vez que "*a baixa no arresto e penhora sobre o imóvel, que foi fundamento para o indeferimento do pedido do autor, foi realizada em 3 de fevereiro de 2008, junto ao cartório de imóveis da cidade de Dourados-MS, onde se acha matriculado o imóvel, ao passo que a sentença recorrida foi proferida em 10 de dezembro de 2008 e publicada em 4.3.2009*" (f. 89), de forma a sentença tornou-se imutável.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Conforme se depreende dos autos, a autora-apelante intentou a presente ação de adjudicação compulsória objetivando a aquisição da propriedade de **onze** imóveis, objetos do contrato de compromisso de compra e venda de f. 8-10, sendo a sentença (f. 53-57) de parcial procedência.

O douto juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, isto porque rejeitou a pretensão de adjudicação compulsória do imóvel de matrícula n. 9.957 do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Dourados. O fundamento adotado foi o de que sobre ele recai a penhora relativa à execução fiscal n. 002.04.013910-9.

Exarou a seguinte fundamentação (f. 57):

> Decisão de forma contrária caracterizaria a indevida manifestação deste Juízo naquela execução, usurpando a competência daquele para decidir eventual alegação de desconstituição da penhora, que deve ser feita pela via adequada.

Posteriormente, o aqui apelante interpôs embargos de declaração alegando, em síntese, a ocorrência de fato superveniente que acarretaria a imposição de efeitos infringentes ao julgado. Afirmou que a após a decisão houve liquidação do processo executório, não subsistindo mais nenhum ônus sobre o citado imóvel.

Para comprovar sua alegação colacionou uma manifestação do Município de Dourados (exequente naquele processo) na qual ficou consignado que o débito executado referente ao imóvel penhorado foi regularmente quitado pelo contribuinte (f. 64). Colacionou ainda a certidão de baixa do arresto (f. 67).

O douto magistrado de primeiro grau não acolheu os embargos de declaração sob o fundamento de que a análise da questão estava preclusa.

Em razão de tais fatos a recorrente interpõe a presente apelação e pugna pela reforma da sentença. Para fundamentar sua pretensão alega que: a) a existência de penhora sobre o bem não impede a sua adjudicação a terceiro; b) a existência de fato superveniente, qual seja a retirada do ônus sobre o imóvel em litígio.

Entendo que o recurso merece acolhida para reformar a sentença *a quo*.

O ilustre magistrado *a quo* fundamentou a impossibilidade da adjudicação do imóvel de matrícula n. 9.957 em benefício da apelante, pois constatou que sobre o bem recaia penhora relativa à execução fiscal anterior.

Entretanto, comungo do entendimento de que este fato, por si só, não serve de fundamento para negar o pedido de adjudicação, isto porque este ato não prejudica de nenhuma maneira a aplicação do gravame.

É cediço que a penhora tem por escopo separar determinados bens do patrimônio do devedor e garantir, assim, o cumprimento da obrigação executada. Assim, a *"penhora é o ato pelo qual se apreendem bens para empregá-los, de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito exequendo. Podem constituir objeto da penhora bens pertencentes a terceiros, quando suportem a responsabilidade executiva."*[1]

Ora, o fato de existir penhora sobre determinado bem não impede a sua transferência a terceiro, pois tal conduta somente seria vedada se fosse feita em fraude à execução, ou seja, em detrimento do credor exequente, em relação ao qual a alienação é *ineficaz*. Assim, a venda do bem penhorado a terceiros será válida e eficaz entre as partes, mas absolutamente ineficaz em relação ao processo de execução, salvo se, posteriormente for desfeita a penhora.

ARAKEN DE ASSIS, com o brilhantismo que lhe é peculiar ensina que *"a penhora é ato executivo e não compartilha a natureza do penhor e do arresto. Ela não extrai o poder de disposição do executado"*

E mais adiante o renomado autor acrescenta:

> Em termos claros, a alienação da coisa penhorada pelo devedor, no curso da execução, existe, vale e é eficaz inter partes. O produto desta venda poderá se utlizado para solver o crédito excutido (art. 651). Feito isso, desaparece a ineficácia relativa e, salvo causa diversa – p. ex., outra penhora, incidência do art. 593, II, e assim por diante – a vulnerabilidade do negócio à execução. É primorosa a redação do art. 2913 do CC italiano ao declarar privada de efeito (*non hanno efetto)* a alienação realizada pelo executado. Além de ineficaz, o ato que frauda penhora possui tutela penal. [2]

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 235.

2 ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 593-594.

Esse entendimento também é acompanhado pela jurisprudência, conforme se depreende do excerto extraído do Código de Processo Civil Interpretado e Anotado do professor Costa Machado: *"O bem penhorado não fica fora do comércio, ainda que seu adquirente se sujeite à constrição judicial (RT 515/92)"*[3]

Tal entendimento fundamenta-se ainda no fato de que o terceiro que adquire bem penhorado tem ciência do ônus que recai sobre o mesmo e assume o risco de perda da coisa, de modo que a constrição, que não retira do devedor a propriedade do bem, não pode impedir a transferência do mesmo, desde que fique consignada a sua existência.

A regra que vige, no caso, é a de que se houve fraude à execução com a venda do bem, agora objeto de adjudicação compulsória, tal alienação é ineficaz em relação ao credor, que pode prosseguir na execução como se não tivesse ocorrido a alienação.

Há um risco calculado para o credor em tais condições, mas também é induvidoso que se a alienação não se deu em fraude à execução, a venda subsistirá e o que irá desaparecer haverá de ser o ato constritivo, que não pode remanescer sobre bem de terceiro, situações essas que seriam definidas no processo de execução e não na adjudicação compulsória.

O que não me parece possível é que o juiz faça, *sponte sua*, uma defesa do credor da execução, como se a simples existência da execução, por si só, pudesse causar a impossibilidade da adjudicação compulsória, fato que não corresponde à realidade, pelos *efeitos* da penhora, não impediente da livre disponibilização do bem pelo devedor, sujeito à ineficácia, tão-somente, em face do credor, que se resolve, no bojo do próprio processo de execução, por diversas formas, em especial pelo pagamento do débito ali exequendo, com o que a penhora perde seu natural efeito de afetação do bem à satisfação do direito do credor.

Não é só isso.

Mesmo que aqui não estivesse sendo esposado o entendimento de que a penhora não impede a adjudicação do bem objeto de anterior compra e venda, a sentença também mereceria reforma. Isto porque, conforme restou comprovado nos autos, o referido ônus que recaía sobre o imóvel não mais subsiste, de modo que não é possível utilizar aquela situação anterior para impedir a adjudicação compulsória de um bem adquirido há mais de vinte anos.

Existe, outrossim, a comprovação de um fato que altera o fundamento que embasou a improcedência do pedido de adjudicação compulsória, e que por consequência altera a situação apresentada nos autos, a saber, o fato de que houve a extinção da execução e, consequentemente, o levantamento da penhora.

Assim, conforme depreende-se da redação do artigo 462 do Código de Processo Civil que preceitua que *"se depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo, ou extintitivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença."* o fato superveniente que influi no deslinde da causa deve ser aplicado e pode ser conhecido até mesmo de ofício pelo órgão julgador.

Ante o exposto conheço do recurso, e lhe dou provimento para o fim de reformar a sentença de primeiro grau e determinar a adjudicação compulsória do bem de matrícula n. 9957 em favor da apelante Délia Ribeiro da Luz.

3 *In* **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**. MACHADO, Costa. São Paulo: Manole, 2006. p. 1097.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 24 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.019705-3 - Dourados
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – DEMANDA CONTRATADA – INEXIGIBILIDADE – INCIDÊNCIA SOBRE A ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA – EMBARGOS DECLARATÓRIOS – MULTA – CABIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O ICMS deve incidir sobre o valor correspondente à energia elétrica efetivamente consumida e não sobre a demanda reservada de potência contratada, que não foi utilizada pelo consumidor. Posicionamento assentado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Recurso Repetitivo. Precedentes.

Os embargos declaratórios não se prestam para reexaminar a matéria decidida no acórdão e não são recurso hábil a substituir a decisão recorrida por outra, mediante uma nova apreciação das questões já decididas.

Assim, a posterior reforma da sentença combatida não afasta a incidência de multa em caso de embargos manifestamente descabidos e destinados a revisão de mérito do julgado.

Recurso parcialmente 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, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2009.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário contra decisão proferida pelo juízo da 6ª Vara Cível, da Comarca de Dourados, nos autos de Declaratória n. 002071043804.

Alega o Apelante, em síntese, que:

1. É consumidora sazonal de significativo potencial de energia elétrica razão pela qual adquiriu "demanda contratada" junto à concessionária de energia elétrica, assegurando disponibilidade de potencial mínimo de energia para seu consumo.

2. Esta "demanda contratada" não corresponde a energia efetivamente consumida, não ocorrendo, em relação a ela, o fato gerador de incidência do ICMS.

3. Dessa forma, a base de cálculo para incidência de ICMS deve se limitar à energia efetivamente consumida pela apelante, pois só ela deixa as linhas de transmissão da fornecedora, originando o fato gerador de incidência do ICMS.

Requer o deferimento de tutela antecipada, afastando a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e, ao final, o conhecimento e provimento deste recurso para o fim de reformar a sentença apelada, dando julgando pela procedência dos pedidos formulados, declarando a inexigibilidade do tributo, determinando a restituição das quantias pagas em excesso, afastando a incidência de multa imposta por embargos protelatórios e invertendo os ônus de sucumbência.

Contra-razões às f. 287-303 pugnando pelo improvimento de recurso.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível contra sentença que julgou improcedente pedido de declaração de inexigibilidade de cobrança de ICMS sobre "demanda contratada" de energia elétrica.

O ponto fulcral desta demanda, onde centra a controvérsia existente entre os litigantes, circunscreve-se a apurar a legitimidade ou não de cobrança de ICMS sobre "demanda contratada" de energia elétrica.

A este respeito, em que pese a existência de posicionamento minoritário em sentido contrário nas instâncias ordinárias, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a incidência do ICMS deve se limitar à energia elétrica efetivamente consumida, não alcançando a chamada "demanda contratada".

Nesse sentido, são ilustrativos os seguintes julgados:

> **RECURSO REPETITIVO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA.** No recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC e art. 6º da Res. n. 8/2008-STJ, a Seção assentou, por maioria, que, levando-se em conta o fato gerador e não a política tarifária fixada pelo art. 2º, XII, da Res. ANEEL n. 456/2000, bem como por se tratar de mercadoria e não de um serviço, **não há que se falar em incidência de ICMS no fornecimento de energia elétrica no caso de demanda contratada, mas apenas sobre o consumo,** a ser calculado tomando-se por base a demanda da potência elétrica com efeito utilizada, afastadas, ademais, as alegações de ofensa aos arts. 2º, VI, e 19 do Convênio n. 66/1988; arts. 2º, I, 12, I, e 13, I, da LC n. 87/1996 e art. 116, II, do CTN. Precedentes citados: REsp 222.810-MG, DJ 15.5.2000; REsp 586.120-MG; AgRg no REsp 797.826-MT, DJ 21.6.2007; AgRg no Ag 828.282-SC, DJ 25/4/2007; REsp 840.285-MT, DJ 16.10.2006; AgRg no REsp 855.929-SC, DJ 16.10.2006; REsp 838.542-MT, DJ 25.8.2006; REsp 343.952-MG, DJ 17.6.2002; REsp 972.843-RJ, DJ 11.10.2007, e REsp 579.416-ES, DJ 29.3.2007. (STJ, Primeira Seção, REsp n. 960.476-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 11.3.2009).

> **ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA**. Trata-se de ação com objetivo da inexigibilidade da cobrança do ICMS incidente sobre a demanda reservada de potência de energia elétrica, bem como da restituição das quantias pagas a maior em decorrência dessa cobrança, com acréscimos de juros de mora

> e correção monetária até sua efetiva devolução. A Turma, ao prosseguir o julgamento, deu provimento parcial ao recurso da autora para afastar a exigibilidade do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica porque somente incidente o ICMS sobre a energia efetivamente utilizada. Bem como deu provimento ao recurso adesivo da concessionária de energia elétrica, que postulou o reconhecimento de sua ilegitimidade para a demanda, embora a autora tenha alegado, em contra-razões, a ausência de interposição dos embargos infringentes. Explicou o Min. Relator que cabível, em tese, o referido recurso (decisão por maioria de votos), no entanto, no caso concreto, a via recursal não estava à disposição da concessionária em razão da ausência de interesse recursal, uma vez que a demanda fora julgada improcedente. Precedentes citados: REsp n. 222.810-MG, DJ 15.5.2000, e REsp n. 647.553-ES, DJ 23.5.2005. (STJ, REsp n. 579.416-ES, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 1º.3.2007).

De fato, não há como se admitir que a política tarifária fixada pela Aneel na Resolução n. 456/2000, sobreponha-se à definição de fato gerador do ICMS.

Tratando-se a energia elétrica de mercadoria - e não serviço, só se fala em incidência do fato gerador a partir do momento em que tal energia venha a ser efetivamente consumida, ocasião em que deixa as linhas de transmissão da fornecedora dando origem à sua circulação.

Destarte, merece provimento o apelo, no pertinente à reforma da sentença apelada nesse aspecto.

No pertinente à multa imposta pela interposição de embargos protelatórios, entretanto, razão não lhe assiste, devendo esta ser mantida.

A omissão, obscuridade ou contradição que autorizam os embargos de declaração deve ocorrer entre as conclusões e as proposições extraídas no julgado, não entre os fundamentos da decisão com a prova carreada nos autos, com entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais, tampouco com o entendimento esgrimido pela parte, nem que seja para suscitar vigência de um ou outro dispositivo legal que a embargante entenda violado na decisão.

Nesse sentido, cito doutrina:

> A teor do artigo 535 do Código de Processo Civil, o recurso de embargos de declaração é cabível para denunciar a existência de omissão, de contradição ou de obscuridade no pronunciamento jurisdicional". (SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 336.)

Pois bem. Destaca-se que a simples leitura da decisão atacada abala por completo a estrutura jurídica arquitetada pela embargante, vez que, houve enfrentamento direto e claro da questão, não se configurando omissões, obscuridades ou contradições.

O fato dos fundamentos e conclusões do acórdão divergirem daqueles que o embargante esperava ver prevalecer constitui questão de *mérito,* incapaz de suscitar a interposição de embargos de declaração, recurso destituído, como regra, de efeitos infringentes, e não destinado à rediscussão de matérias já resolvidas pelo órgão julgador.

Portanto, a irresignação da apelada contra os entendimentos esgrimidos na sentença, ou a eventual superação jurisprudencial e/ou doutrinária dos argumentos nela esposados - questões ***de mérito*** - deveriam ter sido objeto de recurso apropriado – no caso, da apelação aqui manejada – não justificando a interposição de embargos declaratórios.

De outro lado, como já consignado na sentença apelada e na decisão que resolveu os embargos, a ausência de enfrentamento expresso e individual de parte das teses, fatos e legislação apontados não justifica a interposição dos aclaratórios, pois foram apresentadas razões suficientes para sustentar o posicionamento esposado, as quais encontram-se congruentes com a decisão, bem como atendido o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal/88.

Nesta direção, colaciono precedente do STJ:

> A função judicial é prática, só lhe importando as teses discutidas no processo enquanto necessárias ao julgamento da causa. Nessa linha, o juiz não precisa, ao julgar procedente a ação, examinar-lhe todos os fundamentos. Se um deles é suficiente para esse resultado, não está obrigado ao exame dos demais. (STJ, EDcl em REsp n. 15.450/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 1.4.1996, DJU 6.5.1996).

Ante o exposto, e pelo mais que dos autos consta, dou ***parcial*** provimento ao recurso, reformando a sentença apelada para o fim de: **1)** DECLARAR a inexigibilidade de da cobrança de ICMS sobre a "demanda contratada", devendo esta se restringir à energia efetivamente consumida pela apelante. **2)** DETERMINAR a expedição de ofício à ENERSUL noticiando o resultado deste julgamento, e ordenando que se abstenha de repassar a cobrança de ICMS sobre "demanda contratada" à apelante. **3)** CONDENAR a apelada à restituição dos valores pagos indevidamente no quinquenio anterior ao ajuizamento desta demanda, a serem apurados em liquidação judicial e acrescidos de correção monetária pelo IGP-M, desde a data da cobrança e juros de mora de 1% ao mês, não capitalizados, a partir da citação.

Mantenho a condenação da apelante ao pagamento da multa prevista no art. 538, § único do CPC e, diante do julgamento definitivo da demanda, aliado à ausência de efeito suspensivo para as vias extraordinárias, considero prejudicado o pleito antecipatório.

Diante da sucumbência mínima da apelante, associada às particularidades do caso – em especial a natureza, complexidade e duração da demanda e dos atos praticados, inclusive os recursos manejados – inverto os ônus de sucumbência e condeno a apelada ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da condenação a serem apurados em liquidação.

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. 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 Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.019466-5 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ALIMENTOS – ALIMENTADO MAIOR DE IDADE – ALEGAÇÃO DE DESEMPREGO DO APELANTE – INSUFICIENTE – A ASSISTÊNCIA DEVE SER PRESTADA POR AMBOS OS PAIS – SÚMULA 358 STJ – RECURSO IMPROVIDO.

A continuidade da prestação de alimentos, atingida a maioridade pelos alimentário, fica condicionada à comprovação, por parte do beneficiário, da impossibilidade de prover seu próprio sustento. A simples alegação de desemprego por parte do alimentando não é o suficiente para exonerar a prestação quando não demonstrada plenamente.

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 contra o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 21 de outubro de 2009.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de apelação cível interposta por Alberto Vitório da Costa em face da sentença prolatada pela Juíza de Direito da 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente o pedido feito na exordial da Ação de Alimentos movida por Renato Martins da Costa.

Aduz, em apertada síntese, que a decisão merece reforma, informando a impossibilidade de pagar o valor ao qual foi condenado, pois está desempregado e desprovido de qualquer contrato particular de prestação de serviço.

Informa que o autor passou a trabalhar em escritório de advocacia, percebendo ganho mensal de um salário mínimo.

Junta comprovante de imposto de renda referente ao exercício de 2009, ano calendário 2008; alega ter recebido em doação 1/3 de três áreas de terra e que esta não é explorada comercialmente, não auferindo rendimentos de qualquer espécie

Assevera que a mãe do apelado dispõe de inúmeros bens, rendas e recursos, sendo mais do que suficientes para a manutenção do filho, inclusive pelo fato de ser funcionária pública.

Entende o apelante que o magistrado *a quo*, ao proferir a sentença não observou o binômio necessidade-possibilidade, pois o recorrente não tem condições de prover alimentos para o recorrido, alegando, também, serem os rendimentos do apelante e do apelado equiparáveis.

Regularmente intimado, o apelado apresentou suas contrarrazões às f.164-170 onde pugna pela manutenção da sentença prolatada, por entender que esta não merece qualquer reforma.

A PGJ, em seu parecer de f. 183-189, opina pelo provimento do recurso, no sentido de desobrigar o apelante do pagamento de pensão alimentícia em favor do apelado.

VOTO

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

Trata-se de Apelação Cível interposta por Alberto Vitório da Costa em face da sentença prolatada pela Juíza de Direito da 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente o pedido feito na exordial da Ação de Alimentos movida por Renato Martins da Costa.

Aduz carecer a decisão de reforma, informando a impossibilidade de pagar o valor ao qual foi condenado, pois está desempregado e desprovido de qualquer contrato particular de prestação de serviço.

Não merece reforma a decisão vergastada. Explico.

Estando comprovada a filiação, conforme se observa à f. 08 dos autos, não há outro caminho a se trilhar que não a imputação ao apelante de auxiliar financeiramente seu filho, desde que possa suportar tal ônus.

Consoante artigo 1.696 do Código Civil, o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos e a própria Constituição assegura que os genitores são responsáveis pelos filhos.

Ao completar dezoito anos, o alimentado poderá perder o direito à percepção de alimentos, uma vez que a maioridade civil tem o condão de desfazer o pátrio-poder. Entretanto, no caso em apreço, a cessação do que era obrigação alimentar absoluta, arbitrada por presunção natural de necessidade, passa a dar lugar a uma obrigação excepcional ao dever de alimentos, conquanto que o filho, já maior, demonstre sua premente necessidade.

Esse posicionamento foi cristalizado na Súmula 358/STJ, de seguinte teor:

O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

Neste sentido, há julgados no TJ/MG:

> *EMENTA: Recurso de apelação. Direito de Família. Exoneração de alimentos dirigida contra filho que atingiu a maioridade. Extinção da obrigação alimentar decorrente do dever de sustento. 1. Na hipótese do beneficiário desejar a continuidade da prestação, deve provar sua efetiva necessidade, porquanto o encargo alimentar, a partir de então, fundamentar-se-á na relação de parentesco, como enunciado nos artigos 1694 e 1696 do CC. 2. Beneficiário estudante. Necessidade comprovada. 3. Os pais têm obrigação de propiciar condições materiais e morais para que seus filhos possam se dedicar aos estudos, visando a uma formação profissional adequada. (*AC n. 1.0245.05.062398-3/001, Comarca de Santa Luzia, APELANTE(S): V.A.R. - APELADO(A)(S): P.R.R.F. – Rel. Des. Jarbas Ladeira).

> *AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. MAIORIDADE DE FILHO ESTUDANTE. É de ser mantida sentença que, em ação de exoneração de alimentos, sustenta que a maioridade, por si só, não é fundamento para exoneração de pensão alimentícia, se o filho ainda é estudante"* (AC n. 219.241- 7, Comarca de Itapecerica, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Claudio Costa, julgado em. 21.6.2001).

O próprio colendo Superior Tribunal de Justiça preconiza a orientação pela qual os alimentos são devidos "ao filho até a data em que vier ele a completar os 24 anos, pela previsão de possível ingresso em curso universitário" (STJ, REsp n. 23.370/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, DJU de 29.3.1993, p. 5.259).

Tratando-se de filho estudante universitário, embora maior, justifica-se o direito de receber alimentos do pai, porém sua concessão e *quantum* estão subordinados ao fato dos seus estudos impedirem total ou parcialmente seu auto-sustento, o que, no caso concreto, está correta a fixação do valor, vez que o apelado exerce estágio remunerado percebendo salário mínimo.

Ademais, "a simples alegação de desemprego não é o bastante para eximir o devedor do pagamento das prestações acordadas" (STJ, *HC* n. 22.489, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 17.9.2002, concederam a ordem parcialmente, v.u., DJU 2.12.2002, p. 312). E "não basta ao alimentante asserir que se encontra desempregado. É de rigor que demonstra, de modo cabal, não lhe ser possível arcar com o pagamento da prestação acordada" (RT 840/250).

Outrossim, o artigo 1.699 também do Código Civil, estabelece que os alimentos poderão ser revisados sempre que houver modificação na condição financeira de uma das partes, relativizando os efeitos da coisa julgada, nos termos do artigo 15 da Lei n. 5.478/68.

Não merece prosperar a afirmação de a mãe, por ser funcionária pública, tenha que sustentar o filho sozinha, uma vez que é um dever de ambos os pais contribuir com assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, sendo certo que o requerido se propôs a pagar a pensão no valor de um salário-mínimo mensal para o autor.

Assim, sem mais delongas, tenho que a ratificação da sentença proferida pelo juiz *a quo* é medida que se impõe, em termos que nego provimento à presente apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 21 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.028059-5 - Coxim
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CADERNETA DE POUPANÇA – CORREÇÃO MONETÁRIA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – PLANO VERÃO – PREVALÊNCIA DO ATO JURÍDICO PERFEITO E DO DISPOSTO EM CONTRATO – IPC – CORREÇÃO E JUROS DE MORA – RECURSO IMPROVIDO.

A instituição financeira depositante é quem deve figurar no polo passivo da demanda onde se pede diferenças de correção monetária em caderneta de poupança.

A ação de cobrança de diferença de correção monetária de saldo de caderneta de poupança prescreve em vinte anos.

No cálculo da correção monetária para as cadernetas de poupança com datas de aniversário compreendidas entre o dia 1º e 15 de janeiro de 1989, deve ser empregado o IPC referente àquele mês – 42,72%.

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 e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 11 de novembro de 2009.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por Banco do Brasil S.A., irresignado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Coxim, que julgou procedente os pedidos feitos na inicial da Ação de Cobrança que lhe move Angelo Domingos Salvador, recorre a esta Corte com o fim de ver reformado tal *decisum*.

O magistrado monocrático julgou procedente o pedido inicial, para condenar a instituição financeira ao:

> [...] Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedente em parte o pedido formulado por Angelo Domingos Salvador para o fim de condenar Banco do Brasil S.A. ao pagamento do valor correspondente à diferença entre o índice aplicado na

> correção monetária das cadernetas de poupança n. 100.009.225-6 e o índice real da inflação nos meses janeiro de 1989 (42,72%), atualizado pelo IPC, a partir de cada vencimento, mais juros de mora, de 1% ao mês, a partir da citação (REsp n. 295.217/SP), cujo montante deverá ser apurado por cálculo. Nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo extinto o processo, com resolução de mérito. Em razão do decaimento de parte mínima do pedido, tributo ao requerido o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios da patrona da parte contrária, os quais fixo em 10% do valor atualizado da condenação, considerando o julgamento antecipado, a simplicidade da causa e o respeitoso trabalho desenvolvido pelo causídico (art. 20, § 3º, do CPC).

Aduz, o apelante, em suma, e em preliminar, a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação, sob o argumento de que eventuais créditos devem ser cobrados dos órgãos responsáveis pela edição das normas que regiam os rendimentos da poupança no período reclamado. Arguiu como prejudicial de mérito, a prescrição da pretensão do autor, porquanto decorridos mais de três anos entre o termo da obrigação e a propositura da ação. Afirmou ainda, que o BACEN está obrigado por lei a se responsabilizar por implicações decorrentes das quantias bloqueadas das cadernetas de poupança.

No mérito, alegou que efetuou a atualização do saldo das cadernetas de poupança de acordo com as disposições da legislação vigente na data da atualização dos saldos.

O apelado apresentou suas contra-razões às f. 87-92.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por Banco do Brasil S.A**.**, contra a sentença em que foi julgado procedente o pedido formulado na inicial da ação de cobrança, para condenar o réu ao pagamento da diferença entre o índice aplicado na correção monetária das cadernetas de poupança e o índice real da inflação no mês de janeiro de 1989, em relação à conta-poupança n. 100.009.225-6, de titularidade do autor, atualizado pelo IPC, a partir de cada vencimento mais juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Verificados os pressupostos legais, conheço do recurso intentado e analiso as questões de fundo suscitada no apelo.

No que se refere à preliminar de ilegitimidade passiva do Banco do Brasil S.A., é bem de consignar que as modificações legislativas federais sobre os critérios de correção monetária dos contratos de poupança, na implantação dos planos econômicos referidos na inicial não desfiguram a relação creditícia entre os depositantes e as instituições financeiras depositárias da conta-poupança, tampouco a responsabilidade destas pelos riscos da atividade bancária.

O entendimento que consagra a responsabilidade passiva dos bancos pela atualização dos depósitos por eles contratados é pacífico nos Tribunais Superiores, consoante se infere do seguinte precedente:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PLANOS COLLOR I E II. CORREÇÃO MONETÁRIA. CRUZADOS NOVOS RETIDOS. MEDIDA PROVISÓRIA N. 168/90 E LEI N. 8.024/90. BTNF. PRECEDENTES DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ.

> 1. O Banco Central do Brasil ostenta, em princípio, legitimidade passiva ad causam para responder pela correção monetária dos cruzados novos retidos pela implantação do Plano Collor.
>
> 2. Os bancos depositários são responsáveis pela correção monetária dos ativos retidos até o momento em que estes foram transferidos ao Banco Central do Brasil. Conseqüentemente, os bancos depositários são legitimados passivos quanto à pretensão de reajuste dos saldos referente ao mês de março de 1990, bem como ao pertinente ao mês de abril do mesmo ano, referente às contas de poupança cujas datas de aniversário ou creditamento foram anteriores à transferência dos ativos.
>
> 3. O IPC é o índice a ser utilizado para a correção monetária dos ativos retidos até a transferência destes para o BACEN. Após esta data, e, no mês de abril de 1990, para as contas de poupança com aniversário na segunda quinzena, incide o BTNF, na forma do art. 6º, § 2º, da Lei n. 8.024/90.
>
> 4. A correção dos ativos retidos, de responsabilidade do BACEN, deve ser realizada pelo BTNF, inclusive relativamente a março de 1990. Precedente: REsp n. 53823, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ 24.5.2004, p. 247.
>
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 811661/SP, Min. Luiz Fux, julgado em 3.5.2007).

Nesse contexto, o Banco do Brasil é a parte passiva legítima no feito, no que concerne às correções referentes ao Plano Verão, porque era a instituição depositária dos valores que o apelado alega terem sido corrigidos irregularmente.

Assim sendo, **rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.**

Afasto também a prejudicial de mérito de prescrição da pretensão do autor.

Há de se ter em conta que a hipótese sob exame versa sobre ação de caráter eminentemente pessoal, ajuizada contra instituição financeira. Objetiva o autor o pagamento de quantias não creditadas na respectiva caderneta de poupança. Não visa à cobrança de dívidas provadas, por contas-correntes dadas ou aceitas, nem o recebimento de juros ou de outras prestações.

Logo, tendo o direito material dos poupadores nascido sob a égide do Código Civil de 1916 e transcorrido mais da metade do tempo nele estabelecido para a prescrição do respectivo direito de ação, prevalece o prazo vintenário previsto no artigo 177 do Código Civil de 1916, a teor do que prescreve o artigo 2.028 do Código Civil de 2002.

Aliás, a matéria atinente à prescrição foi definitivamente solucionada pelo Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

> Nas ações de cobrança de expurgos inflacionários em caderneta de poupança, o pedido de incidência de determinado índice de correção monetária constitui-se no próprio crédito, e não em acessório, sendo, descabida, assim, a incidência do prazo qüinqüenal do artigo 178, § 10, III, do Código Civil. Na espécie, tratando-se de ação pessoal, o prazo é o vintenário, nos termos no artigo 177 do Código Civil de 1.916. (REsp n. 96.084-AL, Rel. Min. César Asfor Rocha, publicado em DJ de 24.3.1997).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. CADERNETA DE POUPANÇA. JUROS REMUNERATÓRIOS. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. ÍNDICES. PLANO BRESSER E PLANO VERÃO.
>
> I - É vintenária a prescrição nas ações em que são impugnados os critérios de remuneração da caderneta de poupança e postuladas as respectivas diferenças, porquanto discutido o próprio crédito, e não seus acessórios.
>
> II - Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte são devidos, na correção de caderneta de poupança, o IPC de junho de 1987 (26, 06%) e o IPC de janeiro de 1989 (42,72%).
>
> Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag n. 1062439/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 23.10.2008).

Portanto, rejeito a prejudicial do mérito de prescrição da ação.

No mérito, a sentença prolatada pelo magistrado monocrático deve ser mantida integralmente, não havendo qualquer reparo a ser feito, se não vejamos:

Plano Verão (janeiro de 1989):

A instituição bancária ré sustenta que apenas cumpriu as disposições contidas na Medida Provisória n. 32/89, de aplicação *in continenti,* e que determinou o cálculo da correção monetária pelo índice mencionado.

A partir de novembro/1987 até meados de janeiro de 1989 as cadernetas de poupança eram corrigidas pela OTN, como determinava a Resolução n. 1.396/87 do Conselho Monetário Nacional.

Não obstante, esses saldos, na verdade, recebiam atualização monetária calculada de acordo com a variação do IPC que, na época, funcionava como indexador da poupança, uma vez que com base nele se reajustava a OTN.

O critério vigorou até o advento da Medida Provisória n. 32, de 15 de janeiro de 1989, que depois se converteu na Lei n. 7.730, de 30 de janeiro de 1989.

A MP 32/89 extinguiu a OTN e determinou a atualização dos saldos das cadernetas de poupança: a) no mês de fevereiro de 1989, com base no rendimento acumulado das Letras Financeiras do Tesouro Nacional (LFT), verificada no mês de janeiro de 1989; b) nos meses de março e abril de 1989, com base no rendimento acumulado das Letras Financeiras do Tesouro Nacional (LFT) ou da variação do IPC, verificados no mês anterior, prevalecendo o maior; c) a partir de maio de 1989, com base na variação do IPC definido no mês anterior.

Portanto, quanto às cadernetas de poupança abertas ou renovadas automaticamente, a partir de 15 de janeiro de 1989, a atualização dos saldos deveria obedecer ao que dispunha a referida Medida Provisória e a Lei, ou seja: rendimento acumulado das LFTs ou variação do IPC, conforme o caso.

Para as cadernetas de poupança abertas ou renovadas automaticamente antes de 15 de janeiro de 1989, os saldos deveriam ser atualizados pelo mesmo índice de variação nominal da OTN e esta, por sua vez, seria atualizada pela variação do IPC do mês anterior, já que a OTN de fevereiro/89 é idêntica ao IPC de janeiro/1989.

Portanto, pela Medida Provisória 32, de 15.1.1989, posteriormente convertida na Lei n. 7.730/89, foi extinta a OTN como índice de correção das cadernetas de poupança até então, e determinada a correção de fevereiro pela variação da LFT de janeiro de 89.

As instituições financeiras, com suporte em tal MP, creditaram a remuneração de todas as cadernetas de poupança do mês de fevereiro de 1989, com base na variação da LFT, usando o índice de 22,3589%.

Ocorre que essa nova norma não poderia atingir os poupadores cujos depósitos faziam aniversário até o dia 15 de fevereiro, já que estas contas iniciaram seus períodos aquisitivos de correção antes da entrada em vigor da MP n. 32/89, sob pena de violação ao direito adquirido.

A modificação introduzida após iniciado o mês de janeiro/89 ofende a Constituição por ferir o ato jurídico perfeito. Na espécie, observo que o critério de remuneração estabelecido na norma supracitada, conhecida como Plano Verão, não tem aplicação às cadernetas de poupança com períodos mensais iniciados até 15.1.1989, inclusive quando a norma foi editada.

Isso porque a contratação foi feita com base em índice anterior ao referido diploma legal. Portanto, conforme o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, o poupador tem direito adquirido ao cálculo da correção monetária plena de acordo com as normas estabelecidas por ocasião da contratação ou da renovação do investimento.

É o que ensina Carlos Roberto Gonçalves:

> As cadernetas de poupança, embora ofereçam menor rentabilidade, são consideradas aplicações mais seguras, porque o Governo tem interesse em incrementar a poupança popular e procura dotá-las de maior garantia. A sua peculiaridade está no fato de terem os seus critérios de remuneração fixados pelas autoridades monetárias, não estando sujeitos ao arbítrio dos contratantes.
>
> O direito à remuneração e à correção monetária se perfaz em data determinada. Reconhece a jurisprudência que o depositante tem direito adquirido ao regime legal fixado na data do depósito, que se renova mensalmente. [...] (**Direito Civil Brasileiro**, 3ª ed., São Paulo:Saraiva, 2007, p. 646).

Sendo o contrato de caderneta de poupança renovado a cada mês, durante o seu curso não pode ocorrer alteração unilateral das regras contratadas, uma vez que os princípios insertos na Constituição da República, com exceção da norma penal mais benéfica, afastam a possibilidade da nova norma legal retroagir.

As cadernetas de poupança têm natureza contratual e os poupadores têm direito adquirido à correção pela fórmula que estava em vigor no início do período aquisitivo, no caso, pela OTN.

Todavia, como a OTN tinha sido extinta, essas cadernetas de poupança ficaram sem um índice oficial de correção oficial.

Conforme jurisprudência consolidada do STJ, para preencher esta lacuna da legislação, a melhor solução é a aplicação do IPC de janeiro nas correções das cadernetas com aniversário entre os dias 1 e 15 do mês de fevereiro, pois este índice foi o que melhor refletiu a inflação do período.

Nesse sentido:

> 3 - Consoante pacífica e remansosa jurisprudência desta Corte, os índices do IPC são utilizados na correção monetária dos depósitos judiciais referentes aos períodos de janeiro e fevereiro de 1989 e de março de 1990 a fevereiro de 1991, em razão das perdas econômicas decorrentes dos sucessivos planos de estabilização econômica. Precedentes.
>
> 4 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 698.620, SP, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 3.4.2006) (REsp n. 396.722, decisão monocrática/STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 30.5.2006).

No mês de janeiro, o IPC alcançou 42,72%, enquanto o valor aplicado pelos bancos foi de apenas 22,3589%, resultando em um prejuízo para os poupadores no importe de 20,36%, daí advindo os expurgos do plano Verão.

Então, no caso do Plano Verão, os poupadores cujas cadernetas aniversariavam até 15.1.1989 fazem jus ao índice de correção expurgado com a aplicação das determinações da MP 32/89.

No presente caso, o autor apresentou os extratos para comprovar a existência da relação contratual firmada com o banco réu, qual seja, a conta poupança n. 100.009.225-6, pelo que possui, portanto, direito a diferença estabelecida na sentença.

Ante o exposto, afasto a preliminar arguida e a prejudicial de mérito de prescrição e, no mérito, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Banco do Brasil S.A., mantendo, na íntegra, a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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 Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 11 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2003.012621-0 - Aparecida do Taboado
Segunda Turma Cível
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – RESTABELECIMENTO DE PENSÃO À VIÚVA OU DESCENDENTES DE VEREADOR FALECIDO NO EXERCÍCIO DO MANDATO – DISPOSTIVO DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL – ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE – RESERVA DE PLENÁRIO – ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTS. 481 a 482 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SOBRESTAMENTO DO FEITO PARA EXAME DA QUESTÃO PELO ÓRGÃO ESPECIAL – ART. 136, I, "r" DO RITJMS.

Cuidando-se de demanda em que foi suscitada a inconstitucionalidade de ato normativo municipal, impõe-se o sobrestamento do feito para que, em atenção à reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal e ao contido no enunciado de n. 10 da súmula de jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal, seja a questão apreciada pelo Órgão Especial.

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, sobrestar o julgamento do recurso e submeter a questão ao Órgão Especial, nos termos do art. 136, inciso I, alínea "r" do Regimento Interno.

Campo Grande, 29 de setembro de 2009.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

O Município de Aparecida do Taboado interpôs recurso de apelação contra a sentença (f. 163-166) que, nos autos da ação declaratória que lhe move Maria Ana Honório, julgou procedente o pedido deduzido na inicial para o fim de declarar seu direito ao recebimento da pensão mensal prevista no art. 8º das Disposições Organizacionais Transitórias da Lei Orgânica Municipal, conforme outorgado pela Resolução Legislativa n. 005/96, bem como a ilegalidade da Resolução Legislativa n. 007/97, cujo teor revogou o benefício.

Aduziu, em suma, que seria evidente a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica Municipal que embasou a concessão do benefício, na medida em que afronta o prescrito pelo art. 183 da Constituição Estadual, cujo teor veda a concessão, aos prefeitos, vice-prefeitos, vereadores e ex-vereadores, de benefício previdenciário que se aparte dos critérios estabelecidos para os servidores públicos estaduais. De outra face, alega que a norma em questão estaria em desacordo com o insculpido no art. 201 da Lei Maior, cujo texto instituiu a obrigatoriedade de contribuição para fins de percepção de qualquer benefício previdenciário. Assim,

a revogação da pensão mensal concedida à viúva de vereador, falecido no exercício do mandato, não encontraria óbice na garantia do direito adquirido, pois, na esteira do posicionamento doutrinário e jurisprudencial, não há falar na oposição de direito adquirido em face de normas de índole constitucional.

Desse modo, pugnou pelo provimento de seu recurso.

Contrarrazões pela manutenção da sentença (f. 193-226).

Provido o recurso neste órgão fracionário (f. 236-242), por maioria, foram interpostos embargos infringentes, aos quais, também por maioria, foi negado provimento (f. 301-308).

Irresignada, a apelante interpôs, a par do Recurso Extraordinário, Recurso Especial (f. 421-491) que, admitido (f. 870-873), foi conhecido e provido pelo Superior Tribunal de Justiça, para o fim de "*anular o acórdão recorrido, determinando seja observado o procedimento previsto nos arts. 480 a 482 do CPC*" (f. 885-892).

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de recurso de apelação manejado pelo Município de Aparecida do Taboado contra sentença que, nos autos da ação declaratória que lhe move Maria Ana Honório, julgou procedente o pleito inaugural para, reconhecendo a legalidade do art. 8º da Lei Orgânica Municipal, declarar o direito da apelada ao recebimento da pensão decorrente do falecimento, no exercício do cargo de vereador, de seu esposo João Honório.

Sustentou o juízo monocrático, em suma, que o benefício foi concedido à requerente de acordo com as normas vigentes à época da concessão, quando preenchia ela todos os requisitos necessários, e que o direito adquirido, em razão da morte de seu esposo no exercício do mandato de vereador, teria restado consumado pela resolução legislativa n. 005/96, resultando em ato jurídico perfeito. Assim, considerando que o dispositivo legal em comento se encontrava em pleno vigor à época da implementação do benefício, ocorrida em 11 de dezembro 2006, tendo sido revogado somente em 30 de dezembro de 2007, por força da emenda à Lei Orgânica Municipal n. 001/97, a supressão do benefício, por meio da resolução legislativa n. 007/97, implicou em violação das garantias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Argumentou, ademais, que não há falar em constitucionalidade ou não do art. 8º das Disposições Organizacionais Transitórias da Lei Orgânica do Município de Aparecida do Taboado, de modo que o restabelecimento da pensão, bem como o recebimento das verbas pretéritas inadimplidas pela municipalidade desde o cancelamento do benefício, seriam de rigor.

O apelante, por seu turno, alega que a norma que dá arrimo à pretensão da requerente contraria frontalmente o disposto no art. 183 da Constituição Estadual, bem assim o contido no art. 201 da *lex fundamentalis,* pelo que seria se imporia a reforma do *decisum* prolatado na instância singela.

Todavia, antes da efetiva apreciação do mérito da demanda, cumpre observar que, dentre as questões devolvidas a este Tribunal pelo apelante, se encontra a discussão acerca da constitucionalidade ou não do art. 8º das Disposições Organizacionais Transitórias da Lei Orgânica do Município de Aparecida do Taboado, cujo texto prevê, *verbis*:

> Art. 8º. Ao cônjuge, enquanto viver e, na ausência deste, aos filhos do (a) Prefeito (a) e do (a) Vereador (a) que falecer, ou perder as condições físicas de trabalho, durante o exercício do mandato, é assegurada uma pensão equivalente à respectiva remuneração, fixa e variável, atualizadas em época e na forma da lei.

In casu, é induvidoso que o dispositivo em comento encontra-se em dissonância como o disposto no art. 183 da Constituição Estadual, instituindo benefício previdenciário a dependentes de vereador mediante critérios distintos daqueles previstos para os servidores estaduais, na medida em que ausente está o caráter contributivo imposto pelo art. 201 da Lei Maior. Com efeito, ao conceder pensão aos dependentes de agentes políticos sem a exigência, para tanto, de prévia contribuição, seja ao MS-PREV, seja para o regime geral de previdência social (INSS), conforme facultado pelo art. 182 da Constituição Estadual, o dispositivo da lei incide em flagrante vício de inconstitucionalidade.

Em casos similares, já decidiu esta Corte de Justiça:

> E M E N T A – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – AGENTE POLÍTICO (VEREADOR) – SISTEMA PREVIDENCIÁRIO DISTINTO DOS SERVIDORES ESTADUAIS – PENSÃO POR MORTE A SEUS DEPENDENTES – GERAÇÃO DE DESPESA SEM A RESPECTIVA FONTE DE CUSTEIO – CARÁTER CONTRIBUTIVO – OFENSA AO ART. 183 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – NORMA INCONSTITUCIONAL – AÇÃO PROCEDENTE.
>
> É vedado aos municípios instituir regime de previdência a seus agentes políticos, com critérios distintos daqueles aplicáveis aos servidores estaduais, aos termos do art. 183 da CE.
>
> Atenta contra a moralidade administrativa (art. 37, caput, da CF) a instituição de regras previdenciárias diferenciadas, apenas pelo fato de seus beneficiários serem detentores de cargos eletivos.
>
> Quando se trata de regime previdenciário, há de se atentar para o caráter contributivo que rege o sistema, sob pena de desequilíbrio e inobservância do binômio contribuição/benefício.
>
> Norma declarada inconstitucional. Ação julgada procedente. (TJMS, ADI n. 2006.002125-3, Capital, Tribunal Pleno, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 4.4.2007, Unânime).
>
> ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO LEGISLATIVO MUNICIPAL CONCESSÃO DE PENSÃO A VIÚVA E OU DESCENDENTES DE VEREADOR. ACOLHIMENTO.
>
> Fere, frontalmente, a norma proibitiva insculpida no art. 183 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, o decreto legislativo municipal que concedeu a viúva e ou descendentes de vereador, pensão vitalícia, mesmo porque não existe no município órgão previdenciário para o qual o falecido tivesse contribuído. (TJMS , ArgInc, Classe B, V, n. 67.537-8, Capital, Tribunal Pleno, Rel. Des. Gilberto da Silva Castro, julgado em 16.3.2000, Unânime, DJ de 19.5.2000, p. 07).
>
> E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONCESSÃO DE PENSÃO À VIÚVA E OU DESCENDENTES DE VEREADOR – LEI MUNICIPAL DE 1984 – OFENSA AO ARTIGO 183 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL – INCONSTITUCIONALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.
>
> I. Nos termos do artigo 183 da Constituição Estadual, é vedada a concessão de pensão por morte de vereador sem que este tenha efetuado contribuições para a formação da fonte de custeio, tal como fazem os servidores públicos estaduais.

> II. Não se enquadra como direito adquirido a prestação de benefício pelo Poder Público sem a devida contribuição previdenciária, sendo que a concessão do pagamento de pensão, em casos que tais, fere o princípio da moralidade administrativa.
>
> III. Recurso improvido. (TJMS, AC, Ordinário, n. 2003.006357-9, Ponta Porã, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 4.10.2004, Unânime).
>
> PENSÃO POR MORTE DE VEREADOR. INEXISTÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO.
>
> Nos termos do artigo 183, da Constituição Estadual, é vedada a concessão de pensão por morte de vereador sem que este tenha efetuado contribuições para a formação da fonte de custeio, tal como fazem os servidores públicos estaduais (TJMS, AC n. 35.982-6, Classe B, XXI, Naviraí, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Helpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 17.5.1994, Unânime, DJ de 30.6.1994, p. 03).

Portanto, comungando deste posicionamento, e atento ao decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, que - com espeque no art. 97 da Constituição Federal e em consonância com o preceito sumular vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal – determinou a adoção, no caso em apreço, do trâmite previsto nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil (f. 887-892), impõe-se o sobrestamento do presente recurso até que a questão seja decidida pelo Órgão Especial deste Sodalício, na forma prevista pelos art. 586 e ss. do Regimento Interno.

Põe-se em evidência, aliás, que, conquanto já tenha o Plenário desta Corte se posicionado pela inconstitucionalidade de dispositivos da legislação municipal que confiram a mesma benesse aos dependentes de membros do executivo e legislativo locais, o que, na exegese do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, poderia ensejar raciocínio no sentido de ser despicienda nova manifestação do Órgão Especial sobre o tema, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial interposto nestes autos, deixou clara, na ementa do julgado, a necessidade de manifestação do Órgão Especial, especificamente, acerca da constitucionalidade do art. 8º da Lei Orgânica do Município de Aparecida do Taboado, quando consignou, *verbis*:

> 3. O incidente de declaração de inconstitucionalidade previsto nos arts. 480 a 482 do CPC somente poderá ser dispensado pelo órgão fracionário quando o Plenário ou Órgão Especial do Tribunal de origem ou o Supremo Tribunal Federal tenham se pronunciado a respeito da questão constitucional. Precedentes.
>
> 4. Hipótese em que não houve prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou do Pleno do Tribunal de origem acerca da inconstitucionalidade do art. 8º da Lei Orgânica do Município de Aparecida do Taboado, que previa a pensão por morte pleiteada pela parte recorrente, pelo que o acórdão recorrido é nulo por ofensa aos arts. 480 e 481 do CPC. (f. 892).

Destarte, como os precedentes supra transcritos – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2006.002125-3 e Arguição de Inconstitucionalidade n. 67.537-8 - referem-se à inconstitucionalidade de atos normativos similares editados pelos municípios de Anaurilândia e Mundo Novo, respectivamente, torna-se inarredável, *in casu*, o pronunciamento do Órgão Especial.

Ante o exposto, voto pelo sobrestamento do presente recurso, para que a questão seja submetida ao Órgão Especial desta Corte, que é o competente para, nos termos do art. 136, inciso I, alínea "r" do RITJMS, processar e julgar "*os incidentes de inconstitucionalidade suscitados pelos demais Órgãos julgadores fracionários do Tribunal, na forma do artigo 97 da Constituição Federal*".

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, SOBRESTOU O JULGAMENTO DO RECURSO E SUBMETEU A QUESTÃO AO ÓRGÃO ESPECIAL, NOS TERMOS DO ART. 136, INCISO I, ALÍNEA "R" DO REGIMENTO INTERNO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 29 de setembro de 2009.

***

Mandado de Segurança n. 2008.014517-1 - Capital
Primeira Seção Cível
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA - AUTORIDADE QUE DEFENDE A LEGALIDADE DO ATO IMPETRADO – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – ICMS GARANTIDO – INTENÇÃO MANIFESTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO – RETENÇÃO E APREENSÃO DE MERCADORIAS – IMPOSSIBILIDADE – ENUNCIADO N. 323 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO STF – LIBERAÇÃO DA MERCADORIA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM CONCEDIDA.

Se a autoridade apontada como coatora, em suas informações, não se restringe a alegar sua ilegitimidade passiva, defendendo a legalidade do ato, aplica-se a teoria da encampação, o que implica na rejeição da preliminar.

Na esteira do preceito sumular n. 323 do Supremo Tribunal Federal, reveste-se de ilegalidade a apreensão de mercadorias como forma de compelir o contribuinte ao recolhimento de tributo.

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 a preliminar e, no mérito, conceder a segurança, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, 5 de novembro de 2009.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

P.G. Figueiredo de Araújo - ME, devidamente qualificada, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Receita e Controle de Mato Grosso do Sul, consistente na apreensão de mercadorias, sustentando, em síntese, que elas foram abusivamente apreendidas por meio de termo de verificação fiscal, ao argumento de que a impetrante estaria inadimplente com o denominado *"ICMS garantido"* (f. 18 e 21) e, ainda, pelo mesmo motivo, está sendo impedida de recolher o tributo referente às mercadorias em comento.

Por estarem comprovados os requisitos necessários, foi deferida liminar para o fim de determinar a liberação das referidas mercadorias. (f. 27-28)

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora e pelo Estado de Mato Grosso do Sul, aduzindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*. Quanto ao mérito, pugnam pela denegação da ordem, sustentando que as condições impostas à impetrante não são fruto de ato administrativo ilegal, mas sim, de norma legal (Decreto n. 11.930/05) que, ao instituir regime especial de fiscalização, autorizou a atuação dos agentes tributários, com a consequente possibilidade de apreensão das mercadorias dos inadimplentes. (f. 36-49)

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se, em seu parecer, pela rejeição da preliminar e, no mérito, pela concessão da segurança.(f. 51-58)

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por empresa que atua no comércio varejista de roupas em geral.

O presente *writ* tem por escopo a obtenção de ordem para que as autoridades impetradas liberem as mercadorias apreendidas, sob o argumento de ser ilegal sua retenção e ou apreensão.

Antes de adentrar ao mérito, passo à análise da preliminar.

Da ilegitimidade passiva.

Não assiste razão ao impetrado e ao Estado de Mato Grosso do Sul, quanto à alegação de serem partes ilegítimas, considerando possuírem eles legitimidade para ocupar o polo passivo, já que são competentes para eliminar eventual abuso contido nos atos apontados como ilegais.

Ademais como bem observado pelo representante do *parquet*, *"[...] a partir do momento em que o Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul defendeu a legalidade de ato praticado por subalterno, tornou-se parte legítima para atuar no pólo passivo da demanda."* (f. 56)

Nesse contexto, aplica-se ao caso a denominada Teoria da Encampação, amplamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça e que, por si só, impõe o reconhecimento da legitimidade dos impetrados. Confira-se:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PODER JUDICIÁRIO. GRATIFICAÇÃO JUDICIÁRIA E GRATIFICAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. PAGAMENTO. SUSPENSÃO. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.
>
> I - De acordo com a jurisprudência remansosa deste e. STJ, aplica-se a Teoria da Encampação quando a autoridade apontada como coatora não se limita a argüir a ilegitimidade passiva, e promove a defesa do ato impugnado em suas informações.
>
> II - *In casu*, o e. Tribunal *a quo*, ao extinguir o processo sem julgamento de mérito, em face das ora recorrentes, não considerou que o Presidente daquela c. Corte - contra quem o mandamus havia sido impetrado - sequer cuidou de suscitar sua ilegitimidade, defendendo outrossim o ato atacado.

Recurso ordinário provido para, superada a preliminar de ilegitimidade passiva, determinar o retorno dos autos à origem, para novo julgamento, conforme se entender de direito.(RMS n. 29.378/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 3.9.2009, DJ 28.9.2009).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que se aplica a Teoria da Encampação, se a autoridade apontada como coatora, em suas informações, não se limita a argüir a sua ilegitimidade passiva e avança na defesa do ato impugnado.

3. Recurso Especial não provido.(REsp n. 874.896/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12.5.2009, DJ 25.5.2009).

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA AFASTADA - MANUTENÇÃO DO RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA JULGAMENTO DO *MANDAMUS*.

1. Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a legitimatio ad causam passiva.

2. Afasta-se, em consequência, a preliminar de incompetência absoluta do Tribunal de Justiça para apreciar, originariamente, o mandado de segurança.

Agravo regimental improvido. (AgRg no RMS n. 15.125/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 5.5.2009, DJ 19.5.2009).

MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO.

1. De acordo com a teoria da encampação, adotada por este Superior Tribunal de Justiça, a autoridade hierarquicamente superior, apontada como coatora nos autos de mandado de segurança, que defende o mérito do ato impugnado ao prestar informações, torna-se legitimada para figurar no pólo passivo do writ.

2. No caso em apreço, o Ministro de Estado da Justiça, ao prestar informações ao presente *mandamus*, não suscitou sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da lide e, além disso, adentrou ao mérito, salientando que não foi omisso no exame do requerimento de anistia protocolado pelo impetrante há quase cinco anos. Deve, portanto, ser considerado autoridade coatora, competindo ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento *writ*.

> 3. Embargos rejeitados (EDcl no MS n. 13.545/DF, Terceira Seção, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 15.12.2008, DJ 19.12.2008).

No mesmo sentido, é o entendimento explicitado por este areópago:

> MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTADA. ILEGALIDADE DA SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO ESTADUAL EM FACE DE DÉBITO COM ICMS GARANTIDO. ACOLHIDA. ORDEM CONCEDIDA. Mesmo que a legislação estadual dê competência para suspensão da inscrição estadual ao Superintende da Administração Tributária, não significa dizer que o Secretário do Estado de Fazenda não seja autoridade competente para cancelar referida suspensão, porque a Lei nada diz sobre tal competência, o que faz presumir que compete à autoridade máxima, portanto, ao Secretário de Fazenda, e se foi ele que defendeu o ato quando das informações, aplicasse a Teoria da Encampação que tem o condão de confirmar a legitimidade passiva. Se há legislação estadual (art. 36, II, a, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto Estadual n. 9.203/98) que permite a suspensão da inscrição da empresa por débito fiscal e há norma constitucional vedando obstáculo ao livre exercício da profissão (inciso XII do art. 5º), com base no princípio implícito da hierarquia constitucional, resta claro que a legislação estadual não deve produzir efeitos. (TJMS, MS n. 2009.003591-4, Campo Grande, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, DJ de 30.4.2009, Pág. 18).

Pelas razões expostas, rejeito a preliminar de ilegitimidade.

Do Mérito.

No mérito, assiste razão à impetrante, visto ser flagrante a impossibilidade de retenção e/ou apreensão de mercadorias por conta de inadimplemento de tributo ICMS-garantido e, ainda, não é razoável o impedimento do recolhimento do tributo das mercadorias em apreço.

Os termos de verificação fiscal de f. 18-21 confirmam que, até a concessão da liminar, as mercadorias encontravam-se apreendidas junto à autoridade fazendária.

No entanto, como dito quando do exercício da cognição sumária, considerando o fato de que a impetrante deixou explícito seu intento de proceder ao recolhimento dos tributos referentes às mercadorias em questão, não havia qualquer fundamento defensável para obstrução de trânsito, retenção ou apreensão de mercadorias de propriedade da empresa.

De outro norte, não há como sustentar a conduta da Administração fundada no não recolhimento de tributo que emergiu de outro fato gerador, ainda mais, considerando o fato de que os produtos apreendidos, descrito nas notas fiscais (f. 19-20), destinam-se à atividade fim da impetrante.

Ora, a *priori,* não há falar em ilegalidade na previsão de métodos e medidas capazes de facilitar o controle e a fiscalização das atividades passíveis de incidência de tributação. Porém, o eventual descumprimento dos atos normativos, que veiculam estas medidas, deverá observar os limites do ordenamento jurídico vigente, logo, referidos atos não podem servir de sustentáculo para atos coativos que almejam, em última análise, o adimplemento de dívida tributária em desrespeito aos mais comezinhos direitos dos contribuintes.

Nesse diapasão, o enunciado n. 323 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alude que: *"É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos."*

Quando da análise de casos análogos, esta egrégia Corte externou posicionamento pela ilegalidade das condutas violadoras da liberdade de tráfego das mercadorias dos contribuintes. Confira-se:

> MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. REJEITADA. MÉRITO. APREENSÃO DE MERCADORIAS. PAGAMENTO ICMS GARANTIDO. ILEGALIDADE ORDEM CONCEDIDA. Para que ocorra a legitimidade ad causam, deve haver vínculo entre os sujeitos da demanda (autor e réu) e a situação jurídica afirmada que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Ou seja, para que o autor seja parte legítima, é fundamental que haja uma ligação entre ele e o objeto do direito em juízo, enquanto ao réu é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor. Assim, sendo o Secretário de Fazenda autoridade máxima da Fazenda, portanto, dotada de competência para corrigir eventual ilegalidade de qualquer ato praticado nessa esfera, há de considerar como parte legítima para figurar no pólo passivo do writ, notadamente se defende a legalidade do ato praticado, em homenagem à teoria da encampação. Consoante entendimento do STF, é inadmissível a retenção de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos, visto que o fisco dispõe de meios próprios para exigir seus créditos fiscais. (TJMS, MS n. 2008.020827-7, Campo Grande, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, DJ de 30.10.2008, Pág. 31).

> MANDADO DE SEGURANÇA. PREVENTIVO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E PROCESSUM. AFASTADAS. MÉRITO. APREENSÃO DE MERCADORIAS. PAGAMENTO ICMS GARANTIDO. ORDEM CONCEDIDA. O Secretário de Fazenda é a autoridade máxima da Fazenda, portanto dotado de competência para corrigir eventual ilegalidade de qualquer ato praticado nessa esfera. Consoante entendimento do STF, é inadmissível a retenção de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos, pois o fisco dispõe de meios próprios para exigir seus créditos fiscais. É incabível o pagamento do ICMS - Garantido - quando a empresa impetrante é isenta do pagamento deste tributo nas operações de saídas internas, não sendo plausível exigi-lo de forma antecipada. Ordem concedida. (TJMS, MS n. 2008.027476-4, Campo Grande, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, DJ de 22.1.2009, Pág. 14).

Não bastasse isso, ao posicionar-se pela concessão da ordem, o parecer elaborado pela Procuradoria-Geral de Justiça acertadamente asseverou:

> Diante do posicionamento exarado, insta salientar, novamente, que não é permitido ao fisco apreender mercadorias com a finalidade única de, posteriormente, vincular sua liberação ao pagamento de impostos.
>
> Assim, a conduta realizada pelo Secretário de Estado de Receita e Controle do Estado de Mato Grosso do Sul lesou direito líquido e certo do impetrante, por quanto irrefragavelmente ilegal a vinculação de pagamento do tributo à liberação de suas mercadorias.
>
> É imperioso lembar que o Poder Público dispõe de meios legais próprios para exigir o cumprimento de obrigações tributárias, não podendo agir arbitrariamente em violação aos princípios administrativos da legalidade e da razoabilidade, bem como ao direito de livre exercício da atividade econômica e o direito de propriedade. (f. 57-58)

Por conseguinte, vislumbro a presença do direito líquido e certo da impetrante no que tange a ilegalidade, mesmo que aparentemente autorizada, de retenção de mercadorias como forma de compelir o contribuinte ao pagamento de tributo.

Do exposto, rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, concedo a segurança, para o fim de, confirmando a liminar anteriormente deferida, garantir à impetrante a liberação das mercadorias indevidamente aprendidas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Divoncir Schreiner Maran, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 5 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.025704-3 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO – DEPENDENTE – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE PENSÃO – PECÚLIO – ART. 117 DA LEI COMPLEMENTAR N. 53/90 – REVOGAÇÃO EXPRESSA PELO ART. 4º DA LEI COMPLEMENTAR N. 123, DE 20.12.2007 – POLICIAL MILITAR AINDA INTEGRANTE DAS FILEIRAS DA CORPORAÇÃO À ÉPOCA DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA – AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO – RECURSO IMPROVIDO.

Em face da revogação dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 117 da Lei Complementar Estadual n. 53/90 pelo art. 4º da Lei Complementar Estadual n. 123/07, e não havendo, na esteira da firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, direito adquirido a regime jurídico, não há falar em incorporação ao patrimônio jurídico da apelante do direito à percepção de pensão-pecúlio prevista naquele dispositivo se, quando da alteração legislativa, o ex-policial ainda integrava os quadros da corporação.

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 recurso.

Campo Grande, 6 de outubro de 2009.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Maristela Souza Rodrigues da Conceição interpõe recurso de apelação contra a sentença (f. 20-29) que, nos autos da ação de cobrança que move em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido.

Alega, em síntese, que tem direito ao recebimento da pensão militar assegurada pelo artigo 117, §§ 1º e 2º da Lei Complementar n. 53/90, já que seu marido, ex-soldado da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, contava com mais de dez anos de serviço quando foi excluído das fileiras da corporação.

Argumenta, ademais, que o fato de seu marido ter sido excluído dos quadros da Polícia Militar em data posterior à revogação do art. 117 e §§ do referido diploma legal, ocorrida em 21 de dezembro de 2007 (f. 16-17), não conduz à negação do benefício, na medida em que o procedimento administrativo que deu origem ao alijamento foi iniciado em 14 de setembro de 2007 (f. 15), ou seja, antes da publicação da lei revogadora (Lei Complementar n. 123 de 20 de dezembro de 2007).

Contrarrazões pela manutenção da sentença (f. 45-61).

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de apelação cível tirada contra sentença que, fazendo uso da faculdade contida no art. 285-A do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido de concessão do benefício previsto no artigo 117, §§ 1º e 2º da Lei Complementar n. 53/90 deduzido por esposa de soldado da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul que, quando da exclusão das fileiras da corporação, contava com mais de dez anos de serviços prestados.

Sustentou o juízo monocrático, em suma, a inconstitucionalidade do art. 117 da Lei Complementar n. 53/90, cujo conteúdo violaria o princípio da moralidade administrativa, não encontrando suporte jurídico em qualquer norma constitucional ou infraconstitucional, mormente porque a Lei n. 6.880/80 (Estatuto dos Militares) não contempla a pensão militar em apreço.

Todavia, conforme ressaltei no voto por mim proferido no julgamento da apelação cível n. 2001.009129-1, que bem apreciou a matéria ora em discussão, tenho que tal dispositivo não pode ser considerado inconstitucional, tampouco atenta contra o princípio da moralidade, posto que o benefício se destina aos dependentes do policial excluído e não a ele próprio, sobretudo porque a lei não coloca o policial militar excluído e o policial falecido no mesmo pé de igualdade, apenas estende à família daquele o benefício especial que concede aos dependentes deste. Assim, a norma em questão se encontra em perfeita consonância com o disposto no artigo 5º, XLV, da Carta Magna, que proíbe que a pena ultrapasse a pessoa do condenado, atingindo seus dependentes.

Ademais, há que se considerar o fim eminentemente social a que a norma alcança, que é a proteção da família do policial que exerceu suas atividades por mais de dez anos consecutivos e que durante este período contribuiu com a previdência, a fim de minorar o constrangimento diante da discriminação por que passam os dependentes de um policial excluído da corporação.

De outra face, asseverei que a Lei n. 6.880/80 - norma federal geral que dispõe sobre a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas - em momento algum veda a concessão do benefício pretendido pela impetrante, fazendo uso da expressão "pensão militar" (vide artigos 71 e 72 da Lei n. 6.880/80), o que é bem diferente do termo "*cotas de vencimentos*", correspondentes aos anos de serviços trabalhados pelo militar, constante do § 2º do artigo 117, da Lei Complementar n. 53/90. Desse modo, a equiparação do policial excluído da corporação ao policial falecido, para efeito de concessão de benefício a seus dependentes, não contraria os comandos legais contidos na norma geral, mas, ao revés, coaduna-se perfeitamente com a dicção dos arts. 71 e 72 da Lei n. 6.880/80.

Por fim, ressaltei que não se trata, absolutamente, de considerar pessoa viva como se morta fosse, criando hipótese de morte presumida, mas de simples extensão dos direitos conferidos aos dependentes do policial do militar excluído, mediante o pagamento de um benefício *sui generis,* desde que implementado o prazo de carência (dez anos de serviço ativo).

Nada obstante, no presente caso concreto, verifico que o presente recurso não merece provimento.

Isto porque os §§ 1º a 3º do art. 117 da Lei Complementar Estadual n. 53/90 foram expressamente revogados pelo art. 4º da Lei Complementar Estadual n. 123 de 20 de dezembro de 2007, cujo texto dispõe, *verbis*:

> Art. 4º Ficam revogados o § 1º do art. 47, a alínea "c" do inciso II do art. 91 e os §§ 1º, 2º e 3º do art. 117 e da Lei Complementar nº 53, de 30 de agosto de 1990.

Dessarte, conquanto mantenha ainda posicionamento no sentido de que as disposições contidas nos §§ 1º a 3º do art. 117 da Lei Complementar n. 53/90 são constitucionais e aplicáveis às hipóteses de exclusão ocorridas sob a sua égide, é de se considerar que, no caso em apreço, a exclusão do soldado Humberto Ribeiro da Conceição deu-se em 08 de maio de 2008 (f. 14), ou seja, em data posterior à revogação da norma instituidora do benefício, ocorrida em 21 de dezembro de 2007 (f. 16-17).

Portanto, quando da exclusão do esposo da apelante dos quadros da organização castrense, não mais existia no ordenamento jurídico norma prevendo o pagamento do benefício postulado na inicial, de sorte que o improvimento do recurso se mostra de rigor.

Ora, é certo que a norma revogada, ainda que não mais vigente para o futuro, poderá continuar sendo aplicada ultrativamente para reger eventos situados no lapso temporal de sua vigência (*tempus regit actum*), como forma de preservar o ato jurídico perfeito e, precipuamente, o direito adquirido. Contudo, não menos certo é que, *in casu*, quando da exclusão do soldado Humberto Ribeiro da Conceição das fileiras da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, o direito em questão não se encontrava definitivamente adquirido por sua esposa, ora apelante.

Como é cediço, o direito adquirido é um direito fundamental previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, bem como no art. 6º,§ 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA assim o define:

> *"Direito adquirido, 'in genere', abrange os direitos que o seu titular ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para seu exercício, sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem. A lei nova não pode atingi-los, sem retroatividade"* (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. p. 125).

Com efeito, não há falar em incorporação ao patrimônio da apelante de um direito decorrente de situação jurídica ainda passível de modificação em virtude de procedimento administrativo disciplinar em curso, ainda que este tenha se iniciado em momento anterior à modificação legislativa em questão.

Nesse passo, torna-se incogitável a invocação do direito adquirido no caso em apreço, até porque a garantia prevista constitucionalmente tem como escopo resguardar, ao titular de um direito, uma situação de imutabilidade contra posterior modificação legislativa e, *in casu*, quando da exclusão do esposo da apelante dos quadros da corporação, os §§ do art. 117 da Lei Complementar n. 53/90 já se encontravam expressamente revogados.

Em uma palavra, não há como ser acolhida a pretensão da apelante, pois o direito de auferir a verba prevista na legislação revogada anteriormente à publicação do ato de exclusão de seu consorte jamais integrou seu patrimônio jurídico.

A propósito, colhe-se o seguinte aresto:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA – PENSÃO-PECÚLIO – DEPENDENTE DE POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO – LEI COMPLEMENTAR N. 123, DE 20.12.2007, QUE REVOGOU OS BENEFÍCIOS PREVISTOS NOS PARÁGRAFOS DO ART. 117 DA LEI COMPLEMENTAR N. 53/90 – POLICIAL MILITAR QUE AINDA FAZIA PARTE DA CORPORAÇÃO À ÉPOCA DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA – AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO – RECURSO NÃO PROVIDO"* (TJMS, AC Ordinário n. 2008.021822-3, Dourados, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 7.10.2008, Unânime).

Ademais, a jurisprudência do Pretório Excelso é pacífica no sentido de que a concessão de benefícios previdenciários rege-se pela legislação vigente à época em que ocorre o preenchimento dos requisitos legalmente estabelecidos para tanto, sendo que, em face de eventual modificação de regime jurídico, não será aplicável a legislação anterior com base no direito adquirido.

Portanto, diante do contido no art. 4º da Lei Complementar Estadual n. 123/07, e não havendo, na esteira da firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, direito adquirido a regime jurídico, não há falar em incorporação ao patrimônio jurídico da apelante do direito à percepção do benefício previsto nos §§ do art. 117 da Lei Complementar Estadual n. 53/90 se, quando da revogação do dispositivo, o ex-policial ainda integrava os quadros da corporação, pelo que o improvimento do recurso é medida que se impõe.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 6 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.018296-6 - Coxim
Terceira Turma Cível
Relator Des. Ildeu de Souza Campos

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – NÃO CUMPRIMENTO PELA MUNICIPALIDADE DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS – EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CABIMENTO – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES E À LEI DE EXECUÇÃO FISCAL – AFASTADAS – DIREITO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL CONSTITUCIONALMENTE PREVISTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I- Prevê o artigo 225 da CF que "*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*".

II- Não havendo o Município cumprido Termo de Ajustamento de Conduta, celebrado com o Ministério Público Estadual, para prevenção de dano ambiental, correta é a sentença que julga improcedentes os embargos à execução opostos pela municipalidade.

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.

Campo Grande, 14 de setembro de 2009.

Des. Ildeu de Souza Campos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos

Município de Coxim, inconformado com a sentença prolatada nos autos dos Embargos à Execução, que o Ministério Público Estadual lhe move, dela recorre para este Sodalício, argumentando ser imperiosa a sua reforma, para que seja declarada a nulidade do Inquérito Civil n. 001/2006, que deu origem ao Termo de Ajustamento de Conduta – o qual embasa a ação de Execução n. 011.06.06.002985-5 – porque em desconformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Aduz, ainda, violar a sentença recorrida o princípio da independência dos poderes, por caber ao Poder Executivo local gerenciar a destinação dos resíduos sólidos do município, e não ao Poder Judiciário.

Em contrarrazões de recurso, bate-se o apelado por seu improvimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (Relator)

Pelo que consta, o Ministério Público apelado ajuizou ação de execução de Obrigação de Fazer, contra o Município apelante, embasando a referida execução no "Termo de Ajustamento de Conduta" (TAC), entre eles firmado, para solucionar problema ambiental, relacionado a resíduos sólidos existentes no Município apelante.

Embargando a execução, o Município pleiteou fosse declarada a nulidade do Inquérito Civil n. 001/2006, que deu origem ao referido Termo de Ajustamento de Conduta, porque em desconformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Sustentou, ainda, que só ao Poder Executivo local caberia decidir acerca da destinação dos resíduos sólidos do município, e não ao Poder Judiciário, por violar tal conduta o princípio da independência dos poderes.

A ação fora julgada improcedente, e é dela que recorre o apelante, aduzindo, em suas razões recursais, as mesmas pretensões elencadas na inicial.

Ressalte-se, em caráter preliminar, não haver o juiz singular submetido o julgamento a reexame necessário, embora tal exame impõe-se, nos precisos termos do art. 475 do CPC.

Insta acentuar que, embora o juiz de instância singela não tenha submetido o julgamento a reexame obrigatório, o Tribunal, verificando que a causa enquadra-se nas hipóteses do artigo 475 do CPC, pode, de ofício, reexaminar a sentença.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em julgamento semelhante:

> O tribunal ao apreciar a apelação, poderá de ofício reexaminar a sentença, nos casos do art. 475, independentemente de remessa expressa do magistrado de primeira instância (STJ, AR 31-MG, Primeira Seção, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, julgado em 26.9.1988, julgaram improcedente a ação, v.u., DJU 23.10.89, p. 16.186) **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 474).

Posto isto, passo a analisar o recurso voluntário e o reexame necessário, o que o faço simultaneamente.

Contudo, creio dever a sentença ser mantida em todo o seu teor, senão vejamos.

Pois bem. O artigo 5º, § 6º, da Lei n. 7.437/85 (Lei da Ação Civil Pública), prevê que o Ministério Público pode valer-se do Termo de Ajustamento de Conduta para assegurar a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de interesses difusos e coletivos, dando ao respectivo Termo natureza de título executivo extrajudicial.

Veja o teor do respectivo dispositivo legal:

> Art. 5º. [...]
>
> § 6º. Os órgãos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extajudicial.

Pelo que consta do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre as partes (f. 89-92), o Município, ora apelante, comprometeu-se a realizar política municipal, para o efeito de gerenciar a destinação e o tratamento de resíduos sólidos urbanos, existentes na cidade de Coxim/MS, tendo em vista não ter o depósito de lixo, daquela cidade, licenciamento ambiental, e os resíduos sólidos vinham sendo despejados no solo ou queimados, a céu aberto, comprometendo o meio ambiente e a saúde da população.

Acentua-se haver ficado estabelecido no referido Termo de Ajustamento, que o descumprimento das obrigações ocasionaria a cobrança de multa, ali prevista.

Ora, havendo o Termo de Ajustamento de Conduta sido voluntariamente celebrado entre o "Parquet" e a municipalidade, e tendo este natureza de título executivo extrajudicial, não há que se falar em ofensa ao princípio da independência dos poderes, como alega o apelante.

De igual maneira, não há que se falar em ofensa à Lei de Responsabilidade Fiscal, já que a proteção ao meio ambiente é direito constitucional, previsto no artigo 225, *caput*, que *"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."*

Nesse sentido, é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – OFENSA À DIALETICIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – MOTIVAÇÃO SUFICIENTE – NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – DECISÃO SUCINTA – PRELIMINARES REJEITADAS – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS – EXECUÇÃO DE MULTA DIÁRIA – CABIMENTO – REJEIÇÃO DOS EMBARGOS – SENTENÇA RATIFICADA – RECURSO IMPROVIDO. [...]**Tendo o Município descumprido o termo de ajustamento de conduta em que fora fixado dia certo para o cumprimento da obrigação, sob pena de multa diária, é de ser mantida a sentença que rejeitou os embargos opostos à execução**. (AC Execução n. 2007.017131-7, Itaporã, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 19.5.2009).

Nessa mesma esteira de entendimento, os seguintes julgados:

> Embargos à execução - Ação de execução de quantia certa contra devedor solvente - Meio ambiente - Termo de ajustamento de conduta (TAC) - Não cumprimento pela Municipalidade das obrigações assumidas - Incidência da multa diária pactuada - Obrigação de pagamento reconhecida - Embargos julgados improcedentes - Recurso não provido. (TJSP, AC n. 564.182-5/1-00, Câmara Especial do Meio Ambiente, Relª. Desª. Zélia Maria Antunes Alves, julgado em 28.6.2007).

> EMBARGOS À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. INSTALAÇÃO DE USINA/ATERRO SANITÁRIO NO MUNICÍPIO. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DO PLEITO MINISTERIAL. 1. Configurado o desinteresse do Município-embargante em resistir às providências que lhe foram impostas pelos órgãos competentes, é de rigor a improcedência dos embargos, para dar continuidade à execução em apenso, lastreada em um termo de ajustamento de conduta celebrado com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 2. Em reexame necessário, confirmar a r. sentença. (TJMG, AC n. 1.0476.04.911671-0/001, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Célio César Paduani, julgado em 3.2.2005).

Em assim considerando, hei por bem conhecer do recurso voluntário e do reexame necessário, mas negar-lhes provimento, mantendo-se a sentença recorrida em todo o seu teor.

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

Acompanho o relator

A determinação ao Executivo Municipal de observar o dever constitucional de preservação do meio ambiente não pode ser visto como violação da independência de poderes, pois se assim o fosse a Administração Pública poderia, ao seu livre arbítrio, violar quaisquer regras de direito sem sofrer nenhuma reprimenda ou fiscalização pelos outros Poderes ou pela sociedade.

Trata-se de um direito constitucional coletivo cuja importância extrapola as fronteiras do município, sendo dever deste o cumprimento e a exigência de observação de respeito à legislação ambiental e constitucional.

Em relação à Lei de Responsabilidade Fiscal, o *Parquet* asseverou que o Município já havia recebido verba do Ministério do Meio Ambiente para a construção do aterro sanitário, além de que existe considerável lapso temporal desde a formalização do TAC, pelo que o apelante já deveria ter previsto, em sua lei orçamentária, destinação de verba para a regularização do destino do lixo, além de poder empregar para tanto parte da verba reservada a contingência.

Posto isto, acompanho o relator pelo improvimento da apelação e do reexame necessário, conforme parecer da PGJ.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, Fernando Mauro Moreira Marinho e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 14 de setembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.019042-0 - Iguatemi
Terceira Turma Cível
Relator Des. Ildeu de Souza Campos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – INVASÃO DE LAVOURA POR GADO PROVENIENTE DE IMÓVEL VIZINHO – EROSÃO CAUSADA POR FAZENDA DE PROPRIEDADE DO VIZINHO/APELANTE, QUE NÃO POSSUI MEIOS DE RETER AS ÁGUAS DAS CHUVAS – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE – PRETENSÕES DA PARTE AUTORA DEMONSTRADAS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não havendo o réu apelante ilidido as provas produzidas nos autos, com o intuito de provar não haver causado dano ao autor apelado, não há como seu apelo ser provido, para eximi-lo do pagamento de danos provocados ao autor da ação indenizatória.

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, vencido o vogal, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 21 de setembro de 2009.

Des. Ildeu de Souza Campos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos

Beltran Nogueira, inconformado com a sentença prolatada nos autos da ação de indenização, que lhe move Gilmar Antônio Gazola, dela recorre para este Sodalício, argumentando ser imperiosa a sua reforma, por não haver nos autos elementos capazes de justificar a procedência da ação indenizatória, por não haver o apelado logrado demonstrar suas assertivas.

Em contrarrazões, bate-se o apelado pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 9.9.2009)

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (Relator)

Antes de adentrar ao mérito, faz-se necessária uma digressão dos fatos, para melhor apreciação.

Pelo que consta, o apelado ingressou com uma ação de indenização, perante o Juizado Especial Cível da comarca de Iguatemi, sustentando o seguinte: ser proprietário da Fazenda denominada "Alta Alegre", havendo seu vizinho – proprietário da Fazenda denominada "Cochilla Verde", ora apelante – causado-lhe sérios danos, em função da entrada de seus animais na propriedade do apelado, prejudicando, assim, sua plantação de soja. Alega, ainda, não ter o ora apelante, em sua propriedade, meios de conter a retenção das águas das chuvas, e em razão disso, as águas passaram a escoar para sua propriedade, provocando erosões.

A juíza singular, atuando, cumulativamente, como titular do Juizado Especial Adjunto e da Vara única da comarca de Iguatemi, declinou de sua competência para apreciar a matéria, ao argumento de não enquadrar-se a demanda às hipóteses autorizadoras para adoção do procedimento do Juizado Especial, remetendo-se os autos para a Vara única, retrocitada

Remetidos os autos e regularmente instruídos, a sentença julgou procedente a ação indenizatória, e é desta decisão que se recorre.

Sustenta o apelante não haver nos autos elementos capazes de justificar a procedência da ação indenizatória, não havendo o apelado logrado provar suas assertivas.

Pois bem. O cerne da questão gira em torno de se saber se os animais pertencentes ao apelante invadiram a propriedade do apelado (Fazenda Alto Alegre), causando danos a sua plantação de soja, e se as erosões causadas em sua propriedade foram provocadas pelas águas das chuvas que escoaram da fazenda do apelante (Fazenda Cochilla Verde).

O artigo 186, do Código Civil estabelece que, para que exista direito à reparação de danos, é necessária a concorrência de quatro elementos essenciais, quais sejam: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e dano.

Passo a reproduzir o artigo 186, supracitado:

> Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Pelos elementos colhidos nos autos, creio não merecer qualquer reforma a sentença recorrida, senão vejamos.

Com relação à invasão dos animais pertencentes ao apelante, à propriedade do apelado, a testemunha Agenor Marcante disse que (f. 26):

> [...] Que a fazenda foi invadida por gado e carneiro na colheita do ano passado. Que o depoente por mais de dez vezes avisou moradores da fazenda Cochilla Verde sobre a invasão dos animais na lavoura. [...] Que com a invasão do gado o plantio de soja e de aveia foram danificados.

Nesse mesmo sentido, a testemunha Antônio Marcante (f. 27): "*Que viu carneiro e gado andando pela lavoura. [...]Que pode perceber que a plantação de soja e aveia sofreram danos devido a invasão dos animais. [...]*"

Com relação às águas das chuvas, a testemunha Huelito dos Santos, mencionou que (f. 29): *"Que as águas de chuva vem da estrada, entra pela fazenda do Sr. Beltran e segue para as fazendas do Dr. Faissal e Alta Alegre. [...]"*

Como se não bastasse, o documento de f. 33 demonstra haver sido constatada a presença de animais pastoreando a propriedade do apelado, e que a fazenda do apelante não possui mecanismos de retenção de águas das chuvas, fato este que provocou a erosão na propriedade do apelado.

Dessa forma, da análise dos fatos trazidos aos autos, creio dever ser mantida a sentença recorrida, em todo o seu teor.

Nesse sentido, o seguintes julgado, *verbis:*

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – **REPARAÇÃO DE DANOS – INVASÃO DE LAVOURA POR GADO PROVENIENTE DE IMÓVEL VIZINHO** – PRETENSÃO DE DENUNCIAÇÃO DA LIDE DO PROPRIETÁRIO DESTE IMÓVEL A ALEGADO ARRENDATÁRIO – NÃO-VERIFICAÇÃO DAS HIPÓTESES AUTORIZADORAS – IMPOSSIBILIDADE – CULPA DA VÍTIMA – NÃO COMPROVADA – **DANOS – LAUDO PRODUZIDO PELO APELADO – NÃO INFIRMADO PELO APELANTE** – VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO – OUTRAS DESPESAS – NÃO-MANIFESTAÇÃO NA CONTESTAÇÃO – PRECLUSÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. [...] Não infirmado o laudo trazido pelo apelado com relação aos prejuízos sofridos em razão da invasão do gado na lavoura de arroz, ônus que competia ao apelante, é acertada a decisão que o condena a pagar a indenização no valor lá apontado.[...].(AC Ordinário n. 2004.005640-0, Rio Brilhante, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 8.6.2004).

Diante das razões expostas, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterados todos os termos da sentença proferida pelo magistrado singular.

O Sr. Fernando Mauro Moreira Marinho (Revisor)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário contra decisão proferida pelo juízo da Vara Única, da Comarca de Iguatemi, nos autos de Indenização, n. 035060007995.

Acompanho o Relator.

Faz-se devida a indenização ao apelado, uma vez que restou comprovada a ocorrência de prejuízos causados pelos animais pertencentes ao Apelante, que comeram parte de sua plantação, assim como pela erosão proveniente das águas advindas da propriedade do Recorrente.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL, DES. RUBENS B. BOSSAY. O RELATOR E O REVISOR NEGAVAM PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 21.9.2009)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Vogal)

Beltran Nogueira inconformado com a sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais que lhe move Gilmar Antonio Gazola interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

Na sentença, o pedido foi julgado procedente, condenando o réu a pagar ao autor os prejuízos sofridos por este, os quais deverão ser apurados em liquidação de sentença por arbitramento, nos termos do artigo 475-C, I e II do CPC.

O apelante alega que, em síntese, em nenhum momento restou comprovado nos autos os danos supostamente suportados pelo autor ou ainda, de que os animais invasores de sua propriedade seriam do apelante.

Peço vênia para divergir do e. Relator, e dar provimento ao recurso do apelante.

O artigo 333, I do CPC, estabelece que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Em análise detida dos autos, verifica-se que o autor não logrou êxito na comprovação dos fatos constitutivos do direito alegado, tendo em vista a fragilidade e insuficiência das provas produzidas.

Em relação à prova testemunhal, note-se que os depoimentos colhidos pelas testemunhas do autor e ré anulam-se, reciprocamente, impossibilitando um juízo de valoração entre eles.

Igualmente ocorre acerca dos laudos periciais acostados aos autos pelas partes. Enquanto o laudo do autor constata a alegada erosão decorrente das águas das chuvas vindas da fazenda do réu e invasão de animais de sua propriedade em sua lavoura como causa dos danos supostamente sofridos, o laudo apresentado pelo réu atesta o contrário.

Além do razoável lapso temporal existente entre os laudos elaborados pelas partes, cumpre salientar que não há qualquer registro de ocorrência acerca da suposta invasão dos animais de propriedade do réu na área de propriedade do autor, o que dificulta uma precisão a fim de se adotar qual laudo estaria mais próximo da realidade.

Não fosse isto, constata-se que embora o laudo apresentado pelo autor tenha sido elabora em 1º.9.2004, quando supostamente teriam ocorrido os fatos narrados, vê-se que, quando protocolado o termo de apresentação junto ao Juizado Especial em 14.9.2004, referido laudo não foi juntado aos autos, tendo sido acostado apenas, quando a demanda já havia sido remetida ao Juízo Comum em 18.8.2006, conforme consta do protocolo de f. 3 TJMS, fato este que, além de causar estranheza, reforça a fragilidade na produção de prova contida nos autos, referente às datas de elaboração dos laudos apresentados por ambas as partes.

Por sua vez, a realização de perícia judicial foi dispensada nos autos, não tendo as partes manifestado interesse em sua produção, o que a meu ver não seria de grande valia, mormente porque, pela análise dos autos, não é possível afirmar se os animais realmente invadiram a área e ainda, se causaram algum prejuízo.

Em sendo assim, não tendo o autor se desincumbido de provar os atos constitutivos de seu alegado direito, julga-se improcedente o pedido formulado na exordial.

Ante o exposto, conheço do recurso, e dou-lhe provimento para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido do autor.

Tendo em vista a reforma da sentença, inverta-se o ônus de sucumbência, cujo quantum arbitrado a título de verba honorária deve ser mantida nos termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, VENCIDO O VOGAL, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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, Fernando Mauro Moreira Marinho e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 21 de setembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.021415-3 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Ildeu de Souza Campos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, C/C RESSARCIMENTO DE VALORES – AUTORA QUE PRETENDE INDENIZAÇÃO SOB ARGUMENTO DE HAVER SOFRIDO DANOS EM RAZÃO DO TRATAMENTO INADEQUADO A QUE FOI SUBMETIDA – RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DA SAÚDE CONFIGURADO – PROVAS CONCLUSIVAS NOS AUTOS – RECURSO IMPROVIDO.

A responsabilidade dos ortodontistas, a par de contratual, é também obrigação de resultado, a qual, descumprida, acarreta o dever de indenizar do prestador pelo prejuízo eventualmente causado.

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.

Campo Grande, 28 de setembro de 2009.

Des. Ildeu de Souza Campos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos

Trata-se de apelação cível interposta por Paulo Dorsa, contra sentença prolatada às f. 305-317, cujo magistrado, nos autos da Ação de Indenização, c/c Ressarcimento de Valores, ajuizada por Ana Maria Marçal Alves, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, condenando o requerido/apelante, ao pagamento em favor da autora/apelada, da quantia de: a) R$ 800,00 (oitocentos reais), como indenização por danos materiais, pagos por ela pelo aparelho ortodôntico, b) R$ 1.830,00 (mil, oitocentos e trinta reais), referentes às mensalidades do tratamento dentário, c) R$ 9.450,00 (nove mil, quatrocentos e cinquenta reais), valor necessário para custear os implantes, próteses e tratamento reparador a que deverá ela submeter-se, mais, d) R$ 8.750,00 (oito mil, setecentos e cinquenta reais), como indenização por danos morais, e, e) pagamento de 3/4 das custas processuais e 3/4 de honorários advocatícios, fixados estes em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Ao que se colhe dos autos, a apelada ajuizou ação de indenização contra o apelante, alegando, em síntese, que contratou os serviços do requerido para a realização de tratamento ortodôntico, objetivando corrigir o desalinhamento de sua arcada dentária e problema de mordida cruzada, por ele diagnosticados, mas que, entretanto, não teria ele desenvolvido o serviço a contento, descumprindo o resultado prometido, além de extrair-lhe dois dentes sadios, cuja falta veio a lhe causar perda óssea na boca, ocasionando-lhe danos morais e materiais.

Em suas razões recursais, pretende o apelante a reforma da sentença, sob o argumento de haver ele agido dentro dos padrões que a profissão requer, e que os problemas advindos à autora, ela mesma os causou, por que não seguiu ela as instruções e recomendações que lhe foram feitas, além do fato de que não comparecia ela às consultas.

Alega que as conclusões e pareceres da perita nomeada são inseguros e controvertidos, e não afirmam com segurança a responsabilidade do apelante.

Aduz, ainda, ser a apelada respiradora bucal, o que causa anomalia nas arcadas dentárias, que não pode ser imputada ao requerido.

Sustenta que não cabe, no caso, qualquer indenização por danos materiais ou morais.

Por fim, ressalta que a responsabilidade dos ortodontistas é de meio e não de resultado, e que a eficácia do tratamento não depende somente do profissional da saúde, como também do paciente, o que não ocorreu no caso dos autos.

Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarrazões às f. 332-344, pugnando pelo não provimento do recurso.

VOTO (EM 14.9.2009)

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (Relator)

É de manter-se a sentença singular, por seus próprios fundamentos[1], razão porque transcreve-se a seguir, parte dela, para embasar este julgado. Assim vejamos:

> 01) Da responsabilidade do réu.
>
> Sustenta a autora, basicamente, que contratou os serviços do réu para a realização de um tratamento ortodôntico, visando corrigir o desalinhamento de sua arcada dentária e também um problema de mordida cruzada, diagnosticado pelo réu, mas que este não teria desenvolvido o serviço a contento, não cumprindo o resultado prometido, além de extrair-lhe dois dentes sadios, cuja falta lhe veio a causar perda óssea na boca. Em decorrência disso, afirma ter sofrido danos materiais e morais e pretende indenização.
>
> O dano moral, que "é o efeito não patrimonial da lesão de direito"1, é, como o dano material, elemento da responsabilidade civil, instituto, assim, sobre o qual se funda a pretensão da autora.
>
> Todavia, não se cuida de responsabilidade aquiliana, fundada na prática de ato ilícito, mas sim de responsabilidade contratual, haja vista a existência de contrato entre as partes e de ter o réu agido, supostamente, ferindo um dever positivo de adimplir o que foi objeto da avença, ou seja, a prestação regular dos serviços contratados, através da utilização dos meios apropriados e, especialmente, a consecução do resultado prometido à autora.

1 A propósito: "AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. É lícito ao Tribunal a quo adotar os fundamentos da sentença como suporte do acórdão que a confirme. [...]".(STJ, AgRg no Ag n. 517299, MT, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 29.5.2006, p. 230).

Isso porque a responsabilidade dos ortodontistas, a par de contratual como a dos médicos, impõe uma obrigação de resultado, como a dos cirurgiões plásticos, especialmente quando o tratamento se inicia por razões estéticas, como no caso da autora.

Uma vez descumpridas essas obrigações, está-se diante de verdadeiro inadimplemento contratual, acarretando a responsabilidade do prestador pelo prejuízo eventualmente causado, nos moldes do art. 389 do Código Civil.

Como esclarece CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "Quando há contrato, existe um dever positivo do contratante, dever específico relativamente à prestação, o que só por si lhe impõe a responsabilidade. Basta ao demandante trazer a prova da infração, para que se estabeleça o efeito, que é a responsabilidade do faltoso, uma vez que os demais extremos derivam do inadimplemento mesmo, pressupondo-se o dano e o nexo causal, a não ser que o acusado prove a razão jurídica de seu fato, ou a escusativa da responsabilidade".2

Daí decorre, também, que, ao contrário da responsabilidade aquiliana, em que o lesado deve provar a presença de todos os elementos etiológicos da responsabilidade civil (erro de conduta, nexo causal e dano), a responsabilidade contratual basta ao autor provar o descumprimento do contrato pelo réu, invertendo-se o onus probandi com relação aos demais requisitos, cuja presença é presumida.

Essa responsabilidade contratual é ainda qualificada, na espécie, pela relação de consumo existente entre as partes, fazendo incidir o disposto no art. 14 do CDC, que trata dos danos em razão de defeitos intrínsecos e extrínsecos da prestação de serviços, impondo a responsabilidade objetiva do prestador, independentemente da existência de culpa.

Ainda que essa regra seja mitigada, no caso do autor, pelo art. 14, § 4º, do CDC, cujo preceito estabelece que a responsabilidade do profissional liberal depende da verificação da culpa, o fato de se tratar de uma nítida relação de consumo faz inverter o ônus da prova, consoante já destacado na decisão de f. 92-93:

"Com efeito, não obstante o art. 14, § 4º, do DCD, estabeleça que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais não é objetiva, dependendo da verificação da culpa, isso não afasta a relação de consumo existente entre as partes. Por isso, como menciona ZELMO DENARI, '**Se o dispositivo comentado afastou, na espécie sujeita, a responsabilidade objetiva, não chegou a abolir a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Incumbe ao profissional provar, em juízo, que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade**' (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto,** vários autores, Forense, 7ª edição, pág. 176)" (destacamos).

Acresça-se que, em relações como as da espécie, é nítida a hipossuficiência do consumidor frente ao profissional de saúde, capaz de justificar a inversão do ônus probatório, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do CDC.

Senão pelo prisma econômico-financeiro, ao menos pela falta de conhecimento técnico sobre o objeto da relação de consumo, aspecto que também se encontra presente dentro do conceito legal de hipossuficiência.

Deveras, "o outro pressuposto que determina a inversão do ônus da prova a favor do consumidor, a hipossuficiência, não deve ser analisada somente quanto ao plano econômico

ou financeiro. A hipossuficiência também se verifica no campo cultural (lato sensu), v.g., a falta de conhecimento técnico sobre o objeto de uma relação de consumo (produto ou prestação de serviço)".3

Sucede que o réu, em sua contestação, não refuta que tenha realizado tratamento ortodôntico na autora, nem que lhe tenha extraído os dentes mencionados na inicial. Também não nega, expressamente, que o tratamento não obteve bons resultados. Simplesmente alega que a culpa foi da própria autora, que teria agido com negligência, deixando de comparecer às consultas regulares de manutenção e procurando sem necessidade outros profissionais.

Não o provou, entrementes, quando poderia perfeitamente fazê-lo, através da apresentação da ficha clínica da autora, da qual, presume-se, constariam as datas dos comparecimentos da paciente e os procedimentos realizados. Por outro lado, se essa ficha clínica é o documento de fls. 22/23 dos autos, juntado pela própria autora, cumpre registrar que embora dela se percebem algumas poucas faltas da autora a consultas, o réu não demonstrou em que, exatamente, possam ter prejudicado o tratamento ou, ainda, que tenham sido causa determinante dos problemas acontecidos.

Também não trouxe aos autos, consoante salientado pela Srª Perita Judicial às f. 296, a documentação inicial do tratamento, isto é, "rx panorâmico, telerradiografia lateral com traçado, modelos de estudo, fotos, etc.", prejudicando a avaliação sobre a conveniência, na ocasião, dos procedimentos escolhidos pelo réu.

Considerando que, conforme já ressaltado, era do réu o ônus de provar a correção de seu procedimento, a falta dessa documentação resulta, evidentemente, em prejuízo a ele próprio, conforme ensina CHIOVENDA:

"Se não se ministra a prova, ou não logra êxito, o efeito dessa falta de prova repercute sobre a parte que – segundo os princípios acima expendidos – tinha o encargo de produzi-la. Essa parte perderá a causa. [...]. Mesmo se a prova for insuficiente, deverá aplicar-se normalmente o mesmo princípio".4

Por fim, a única prova oral que produziu, consistente no depoimento do cirurgião-dentista Sílvio Augusto Franco, em nada lhe auxiliou, uma vez que a referida testemunha afirmou, logo de início, que nada sabia sobre o tratamento realizado pelo réu na autora, "exceto o que lhe foi relatado pelo próprio réu" (f. 196), não tendo sequer dado consulta à autora ou analisado, pessoalmente, seu caso.

Outrossim, o laudo pericial deixou assente, dentre outras coisas, que existe perda óssea na raiz dos dentes próximos aos excluídos (resposta ao quesito "C") e que esses dentes devem ser repostos, através de próteses ou implantes (resposta ao quesito "A") – f. 297.

O mesmo laudo ainda afirma que "conforme já comprovado através de exames apresentados no processo, a extração dos elementos n. 35 e 46 provocaram inclinação irregular na arcada inferior e, para correção ortodôntica, será necessário reimplantá-los".

Doutro vértice, a resposta aos quesitos apresentados pelo réu não são bastantes a mudar a sorte do decisum, porquanto conforme se infere do item 3, a ausência da documentação inicial impede a confirmação de que a perda óssea não esteja diretamente relacionada ao tratamento ministrado pelo réu na autora, conforme pretende o mesmo.

Assim, em que pese a discussão acerca de estar ou não a extração dos dentes da autora na origem das dores de cabeça que ela afirma sentir, a conclusão do laudo indica, suficientemente, que o tratamento escolhido pelo réu, além de não ter surtido o resultado esperado – o que o réu, frise-se novamente, não nega em sua contestação, aduzindo, apenas, mas sem o provar devidamente, que o insucesso se deu em razão da desídia da própria autora – foi equivocado e causou danos à autora, tanto é que os dentes extraídos terão que ser recolocados, através de próteses.

Como afirma AGUIAR DIAS, ao versar sobre a responsabilidade dos cirurgiões-dentistas, "os erros de tratamento podem consistir: a) **na escolha de tratamento** defeituoso ou **impróprio**; b) no tratamento mal orientado de cáries e canais; c) no emprego de instrumentos inadequados, nas intervenções, ou de materiais impróprios, nas obturações, restaurações e trabalhos de prótese; d) na má colocação destes ou na sua defeituosa confecção técnica; e) no emprego de remédios perigosos ou trocados; f) **na extração leviana, imprudente ou desnecessária**; g) na má interpretação de radiografias claras; h) **na imperícia no uso dos aparelhos** radiológicos e **fisioterápicos**; i) na omissão de providências, cautelas e conselhos que devem acompanhar o tratamento, nos fatos das coisas ou instrumentos utilizados e, em geral, nos fatos dos prepostos (enfermeiras, protéticos etc.) que de qualquer forma o auxiliam ou intervêm no tratamento".5

Deduz-se, também, dos mesmos elementos, que ainda que a obrigação do réu, como ortodontista, fosse de meios 6, teria ele faltado com o dever de cuidado e de emprego da técnica adequada, impondo igualmente sua responsabilidade.

Acrescente-se, por fim, que os depoimentos das testemunhas Ana Claudia de Oliveira (f. 194) e Hellen Fernandes Gondim (f. 195), que também foram pacientes do réu, indicam que a insatisfação com o trabalho do réu não é privilégio da autora e que o caso desta parece não ser isolado.

02) Dos danos materiais.

Presente, portanto, o descumprimento contratual nos moldes já mencionados, se deve averiguar o dano.

Conforme resulta da doutrina de JOSÉ AGUIAR DIAS, "o conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito"7. Os efeitos do ato ilícito praticado é que podem ser patrimoniais ou não, acarretando a divisão entre danos materiais e morais.

O dano material é aquele que atinge a vítima no conjunto das suas relações jurídicas apreciáveis em dinheiro. Por isso, o seu ressarcimento visa à recomposição do patrimônio lesado.

O critério para a sua indenização se encontra previsto no art. 402 do novo Código Civil, o qual praticamente repetiu o art. 1.059 do Código Civil de 1.916, dizendo que se incluem nas perdas e danos o que o credor efetivamente perdeu (danos emergentes) e o que ele razoavelmente deixou de lucrar (lucros cessantes).

A autora não pleiteia lucros cessantes, mas requer indenização pelo que despendeu com o tratamento danoso – típico dano emergente, posto que representa "a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois"8 – e o montante necessário para reparar suas conseqüências, o que também caracteriza dano emergente, como se dá, por exemplo, com as despesas com o conserto de um veículo acidentado. É o que emerge, aliás, do princípio do restitutio in integrum na responsabilidade civil, pelo qual o ofendido faz jus a tudo ao que gastou e gastará para repor a coisa danificada no statu quo ante.

O réu, em sua resposta à ação, embora refute, como antes ressaltado, que tenha agido com culpa e que tenha causado dano, não contesta, em nenhum momento, os valores apresentados pela autora, relativos ao gasto que esta teve com o tratamento e ao que terá para refazê-lo. Não se desincumbiu, assim, do seu ônus de impugnação específica, estabelecido no art. 302 do Código de Processo Civil.

Logo, esses valores devem ser aceitos como verdadeiros e precisos, cabendo ao réu satisfazê-los à autora, como indenização pelos danos materiais.

São eles, de acordo com a inicial: R$ 800,00 (oitocentos reais) pagos pelo aparelho em uma entrada e mais quatro parcelas, desembolsadas, respectivamente, em 14.11.1996, 6.12.1996, 26.12.1996, janeiro de 1997 e 18.01.1997, no valor cada uma de R$ 150,00 (cento e cinqüenta reais), com exceção da última, que foi de R$ 200,00 (duzentos reais); R$ 1.830,00 (mil, oitocentos e trinta reais) de mensalidades, pagas todo dia 15, de dezembro de 1996 a junho de 2002, no valor de R$ 30,00 (trinta reais) cada; e R$ 9.450,00 (nove mil, quatrocentos e cinqüenta reais) para custear os implantes, próteses e tratamento reparador.

03) Dos danos morais.

Quanto aos danos morais, estes abrangem todo sofrimento ou dor humanas, causados por ofensa a direito da personalidade da vítima e que não se revistam de um caráter de perda pecuniária, mas nasçam de "todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc".9

No dizer de YUSSEF SAID CAHALI, "Na realidade, multifacetário e ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral".10

Dentro, pois, da miríade de causas possíveis para o dano moral, é inquestionável que a conduta do réu – ao extrair desnecessariamente da autora dois dentes, possivelmente causando-lhe perda óssea na boca e outros problemas associados, além de submetê-la a um longo tratamento ortodôntico, sem resultados – ofendeu severamente direitos da personalidade da autora (direitos subjetivos que têm por objeto bens e valores essenciais da pessoa humana), concernentes a sua integridade e higidez física, causando-lhe sofrimento psíquico e moral, passível de reparação.

O dano moral, no caso, é presumido, decorrendo do simples fato da violação do direito da personalidade da autora (*danum in re ipsa*).

No tocante à sua liquidação, esta se faz por arbitramento, nos termos do art. 946 do Código Civil, c.c. o art. 606, II do CPC, devendo o juiz, através de critérios de prudência e equidade, encontrar valor que sirva de punição ao infrator e, embora não seja o pretium doloris, possa outorgar à vítima uma satisfação qualquer, mesmo que de cunho material.

Por outro lado, esse valor não pode ser tão baixo que seja irrelevante para o condenado e nem alto a ponto de ocasionar o enriquecimento sem causa do beneficiário.

No caso decidendo e considerando os critérios antes traçados, entendo como justa uma indenização equivalente a 25 (vinte) vezes o valor de um salário mínimo, perfazendo, nesta data, a quantia de R$ 8.750,00 (oito mil, setecentos e cinqüenta reais), razoavelmente suficiente para satisfazer a autora e punir o réu.

04) Dos "danos físicos".

Se faz jus a autora à indenização pelos danos materiais e morais mencionados, não o faz, porém, pelos alegados "danos físicos", cuja indenização estima, na inicial, em dez vezes o valor necessário para corrigir os problemas ocasionados pelo tratamento feito pelo réu.

É que não existe tal espécie de dano. Trata-se de uma criação da autora. O suposto "dano físico" mencionado, ou bem deve se subsumir em dano material, por eventualmente incapacitá-la para o trabalho, ou em dano moral.

Sua indenização, se cabível, se dará sempre sob a rubrica ou do dano patrimonial (material) ou do dano extrapatrimonial, que corresponde ao conceito genérico de dano moral.

Considerando que a autora não demonstrou que, em decorrência dos fatos, lhe tenha advindo incapacidade total ou parcial para o trabalho e tendo em vista que a ofensa à sua integridade física, já foi considerada na análise e liquidação do dano moral, incabível se faz o arbitramento de valor autônomo, para indenizá-la por esses supostos "danos físicos". Assim, o pedido, nesse particular, é improcedente.

Pelo exposto, **julgo procedente em parte os pedidos** formulados na inicial, para o fim de condenar o réu a pagar à autora os seguintes valores: a) como indenização por danos materiais, os R$ 800,00 (oitocentos reais) pagos pelo aparelho e os R$ 1.830,00 (mil, oitocentos e trinta reais) de mensalidades, corrigidos desde cada desembolso feito pela autora, conforme mencionado na fundamentação supra, bem como os R$ 9.450,00 (nove mil, quatrocentos e cinqüenta reais) necessários para custear os implantes, próteses e tratamento reparador, corrigidos desde a data do orçamento de fls. 31; b) como indenização por danos morais, a quantia de R$ 8.750,00 (oito mil, setecentos e cinqüenta reais), corrigida a partir da presente sentença. Os juros de mora contar-se-ão a partir da citação.

Havendo sucumbência recíproca e considerando que a autora decaiu de apenas um de seus quatro pedidos, condeno o réu ao pagamento de ¾ (três quartos) das custas processuais e de ¾ (três quartos) dos honorários advocatícios, fixando estes em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, atendendo aos critérios do art. 20, § 3º, c.c. o art. 21 do CPC. Condeno a autora ao pagamento das custas e dos honorários restantes, cuja cobrança, entrementes, fica condicionada à hipótese do art. 12 da Lei n. 1.060/50, eis que a autora é beneficiária da justiça gratuita". (f. 308/317)

Pois bem. O recorrente insurge-se contra o que restou decidido na sentença vergastada, alegando haver ele atuado dentro dos padrões que a profissão exige para o tratamento da agravada, não devendo ser responsabilizado pelos danos causados a ela, tendo em vista que foi a própria recorrida que não seguiu as instruções e recomendações que lhe foram feitas.

Em que pesem suas argumentações, tenho não merecerem elas respaldo. Isso porque, segundo doutrina Rui Stoco (in, "**Tratado de Responsabilidade Civil**". São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 7ª ed., 2007, p. 521), "quando a obrigação do cirurgião-dentista for apenas de meios, de sorte que se propõe a atuar com diligência, cuidado, atenção e melhor técnica, mas sem poder assegurar um resultado específico em razão da natureza da intervenção e da álea que o tratamento ou intervenção sugeria, sua responsabilidade contratual se escora na culpa, mas caberá a quem pretende reparação fazer prova dessa culpa. Quando, entretanto, cuidar-se de obrigação de resultado, posto que houve – "ad exemplum" – promessa de correção da arcada dentária mediante aparelho ortodôntico ou de implante, não há necessidade de o paciente comprovar o atuar culposo do profissional, pois presume-se a sua culpa e inverte-se o ônus da prova. Nesta hipótese, caberá ao profissional fazer prova de que não agiu com culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou que exsurgiu causa excludente da sua responsabilidade, sob pena de ter de reparar.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, já decidiu que, *verbis*:

> Indenização. Responsabilidade civil. Dentista. Execução insatisfatória dos serviços, obrigando o autor a refazê-los, bem como a pagá-los novamente a outro profissional. Condenação do réu na devolução da quantia recebida. Embargos rejeitados. (TJSP, EInfrs, Décima Sétima Câmara, Rel. Hermes Pinotti, julgado em 22.2.1994, JTJ, LEX 159/250)

> A incorreção de tratamento odontológico, realizado por profissional imperito, enseja a indenização por dano material. Dessa forma, os valores despendidos no serviço inadequado devem ser reembolsados, bem como devem ser pagas as despesas efetuadas com o novo tratamento protético que foi realizado por outro dentista especializado. (TJSP, AC n. 138.521-4/4, Quinta Câmara, Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, julgado em 5.6.2003, RT 818/199)

Nesse sentido, estando suficientemente provado, nos autos, haver nexo causal entre a conduta do apelante e os danos ocasionados na apelada, entendo não merecer reforma a sentença recorrida.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto por Paulo Dorsa, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença ora guerreada, por seus próprios fundamentos.

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

De acordo com o revisor.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL, DES. RUBENS B. BOSSAY. O RELATOR E O REVISOR NEGAVAM PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 28.9.2009)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Vogal)

Trata-se de apelação cível interposta por Paulo Dorsa, por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização que lhe move Ana Maria Marçal Alves, objetivando a reforma da sentença que julgou "procedente em parte os pedidos formulados na inicial, para condenar o réu a pagar à autora os seguintes valores: a) como indenização por danos materiais, os R$ 800,00 (oitocentos reais) pagos pelo aparelho e os R$ 1.830,00 (mil, oitocentos e trinta reais) de mensalidades, corrigidos desde cada desembolso feito pela autora, conforme mencionado na fundamentação supra, bem como os R$ 9.450,00 (nove mil, quatrocentos e cinquenta reais) necessários para custear os implantes, próteses e tratamento reparador, corrigidos desde a data do orçamento de f. 31; b) como indenização por danos morais, a quantia de R$ 8.750,00 (oito mil, setecentos e cinquenta reais), corrigida a partir da presente sentença. Os juros de mora contar-se-ão a partir da citação." (f. 316-317).

Segundo entendimento doutrinário, a responsabilidade do profissional de odontologia deve ser analisada em conformidade com a sua obrigação.

Quando a obrigação do cirurgião dentista for apenas de meio, atuando com diligência, cuidado, atenção e melhor técnica, mas sem poder assegurar um resultado específico em razão da natureza da intervenção e do tratamento, caberá a quem pretende a reparação fazer prova dessa culpa.

Porém, quando a obrigação for de resultado, o profissional se obriga a alcançar o fim e, com isto, basta ao lesado demonstrar, que não obteve o resultado prometido.

Por oportuno, trago à balia os ensinamentos doutrinários de Rui Stoco, in **Tratado de Responsabilidade Civil, doutrina e jurisprudência**, 7.ª ed. Ed. RT, pág. 169/170 e 521:

> Para Demongue, idealizador da teoria, a distinção está no estabelecer a quem incumbe o ônus da prova quando essa obrigação for de meio ou quando for de resultado.

> É o próprio Demogue quem nos esclarece sobre a matéria dizendo que há obrigação de meios, quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. Como exemplo cita os serviços profissionais do médico que se obriga a usar de todos os meios indispensáveis para alcançar a cura de todos os meios indispensáveis para alcançar a cura do doente, porém sem jamais assegurar o resultado, isto é, a própria cura.
>
> Esse tipo de obrigação é o que aparece em todos os contratos de prestação de serviços de médicos, advogados, publicitários etc., onde é a própria atividade do devedor que está sendo objeto de contrato. Esta atividade tem que ser desempenhada da melhor maneira possível, com a diligência necessária para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido.
>
> Na obrigação de resultado o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado, ou deve arcar com as consequências.[...]
>
> [...] Guimarães Menegale, citado por Aguiar Dias, observa com propriedade que o compromisso profissional do cirurgião-dentista envolve mais acentuadamente uma obrigação de resultados porque "a patologia das infecções dentárias corresponde etiologia específica e seus processos são mais regulares e restritos, sem embargo das relações que podem determinar com desordens patológicas gerais; consequentemente, a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito mais definidas e é mais fácil para o profissional comprometer-se a curar (responsabilidade profissional do cirurgião-dentista. RF 80/47; Aguiar Dias, ob. cit., p. 332, n. 121)

No caso em questão, denota-se pelos fatos narrados tanto na inicial como na contestação, que a autora realizou tratamento odontológico para corrigir o desalinhamento de sua arcada dentária e também um problema de "mordida cruzada", diagnósticada pelo ora apelante. Sendo que para tanto, teve que ser submetida a colocação de aparelho ortodôntico, porém, antes de tal procedimento, entendeu necessária a extração de 02 (dois) dentes.

Tanto que assim afirma o apelante em sua contestação:

> Com efeito, o profissional ora requerido laborou com competência e eficiência, respeitando todas as técnicas profissionais que o caso requeria. Diagnosticou a necessidade e extração de dois dentes, a fim de fixar o aparelho ortodôntico, empregado para a devida correção que o tratamento contratado demandava.
>
> O tratamento, de fato, resumia-se no seguinte:
>
> a) Tinha como principal objetivo a obtenção de uma oclusão ideal, tanto do ponto de vista estético e funcional, como das condições periodontais satisfatórias, e uma mastigação eficiente com estabilidade dos resultados alcançados.[...]. (f. 53)

Portanto, em razão da própria afirmação do apelante, verifica-se que sua obrigação era de resultado.

Por sua vez, ao analisar a prova pericial acostada aos autos, verifica-se que a apelada, em razão da extração de seus dentes, acabou sofrendo outras sequelas, *ex vi*:

> 4. Parecer
>
> Conforme explicação do item anterior, a avaliação precisa das consequências do tratamento ao qual foi submetida a periciada somente poderia ser feita através de

comparação da documentação inicial com a documentação final, que parte é encontrada nos autos do processo.

No entanto, conforme já comprovado através de exames apresentados no processo, a extração dos elementos n. 35 e 46 provocaram inclinação irregular na arcada inferior e, para correção ortodôntica, será necessário reimplantá-los.

Resposta aos quesitos formulados pela autora, conforme petição de fls. 95-96 dos autos:

A) É necessário o implante prótese nos dentes ausentes (35 e 46)? Em caso positivo. De que modo é realizado tal procedimento? Qual é o custo aproximado do procedimento?

R. É necessário a realização de implantes e ou próteses destes dentes e para isto é preciso a instalação do aparelho fixo superior e inferior para a abertura e preparo dos espaços. O custo aproximado das próteses e implantes é de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

B) Para a realização do implante ou prótese é necessário o uso de aparelho ortodôntico? Em caso positivo. Por quanto tempo aproximadamente.

R. Sim. Por um tempo aproximado de 30 meses.

C) Existe perda óssea na raiz de dentes próximos aos dentes ausentes? Qual a consequência que isto pode acarretar no paciente?

R. Sim. Poderá causar sensibilidade dentinária, por exposição excessiva da raiz do dente.

D) A ausência dos dentes 35 e 46 pode causar distúrbios na mastigação e na fala do paciente e ou problemas como enxaquecas e cefaléias?

R. Pode causar somente problemas como enxaquecas e cefaléia pelos contatos prematuros.

E) Há possibilidade de estabelecer a data em que foram extraídos os dentes 35 e 46?

R. Não

F) O exame emitido pela Master Clinica datado de 14.10.2003 indica a necessidade de tratamento? Em caso positivo qual o tratamento sugerido? Qual a consequência a curto e longo prazo para o paciente se este não realizar o tratamento?

R. Somente como o RX panorâmico não tem como estabelecer o plano ou a possível necessidade de tratamento.

Resposta aos quesitos formulados pelo réu, conforme petição de f. 124 dos autos:

[...]

> 5) O profissional agiu de acordo com as técnicas ortodônticas?
>
> R: O que podemos avaliar e verificar através das documentações e relatos do Dr. é a presença de má oclusão de classe III onde temos 2 tipos de tratamento a ser indicado: cirurgia ortognática ou tratamento por compensação dentária envolvendo ou não extrações dentárias. Neste caso, observa-se que foi executado o tratamento por compensação com extrações e que estes espaços não foram completamente fechados e os elementos vizinhos encontram-se inclinados para o local da extração fato este que ocorre por fechamento muito rápido do espaço e, além disso, pode ocorrer formação excessiva de tecido mole que, às vezes, pode impedir o fechamento adequado de um espaço ou provocar a reabertura do espaço de extração. Para confirmar se o caso da paciente em questão era com extração ou não necessitaríamos da documentação inicial para verificarmos o nível de discrepância relacionados à posição e inclinação dos incisivos inferiores. (f. 296-299).

Portanto, consoante vê-se do laudo pericial realizado, o tratamento escolhido pelo apelante além de não ter surtido o resultado esperado, foi equivocado, causando danos à apelada, uma vez que terá de reimplatar os dentes extraídos, através de próteses.

Pelo exposto, acompanho o Relator, para negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, Fernando Mauro Moreira Marinho e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 28 de setembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2006.011803-7 - Rio Negro
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – EXCLUSIVIDADE DE VENDA DE COMBUSTÍVEL – POSTO QUE INFRINGE AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS – ONEROSIDADE EXCESSIVA – AUSÊNCIA DE PROVAS – MULTA COMPENSATÓRIA INTEGRAL – POSSIBILIDADE, *PACTA SUNT SERVANDA* – PAGAMENTO DE ALUGUERES PELA UTILIZAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS DADOS EM COMODATO, SOMENTE APÓS O TRANSITO EM JULGADO – RESPONSABILIDADE POR EVENTUAL DANO AMBIENTAL – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

Incontroversa a quebra de avença de concessão para uso de nome, marcas e padrões, e comprovada a responsabilidade do auto posto que, sem qualquer razão jurídica, infringiu as cláusulas de exclusividade com a empresa concedente, utilizando combustível de terceiros, mas valendo-se da estrutura operacional fornecida pela credora, resta inequívoca a demonstração da conduta apta a configurar a culpa unilateral pelo desate da obrigação.

O contrato de compromisso de compra e venda mercantil celebrado entre pessoas jurídicas faz lei entre as partes, devendo o contratante que infringir arcar com o pagamento integral da multa compensatória, prevista na avença.

Conforme dispõe o contrato, o aluguel dos equipamentos incide a partir da rescisão do mesmo, não sendo suficiente o seu inadimplemento.

Não pode ser responsabilizada solidariamente a empresa que não contribui, para um possível dano ambiental.

Se a parte autora decai em parte mínima de seu pedido, a parte ré deve suportar integralmente os ônus da sucumbência.

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 da Petrobrás Distribuidora S.A. e improver os demais, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de novembro de 2009.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Petrobrás Distribuidora S.A. e Lucimar Cristina Gimenez Cano, na ação de rescisão de contrato[1] que a primeira apelante move em face de Auto Posto Vilela, Gilberto Vilela Carneiro, Cibele de Almeida Vilela Carneiro e Anderson de Almeida, interpõem recurso de apelação cível (f. 277-283) contra a sentença de procedência parcial dos pedidos formulados na inicial que declarou rescindido o contrato de promessa de compra e venda mercantil existente entre as partes e condenou os requeridos a pagarem multa rescisória equivalente a 20% (vinte por cento) do valor daquela pretendido na inicial e a reintegrarem na posse da autora, no prazo de 30 (trinta) dias, os instrumentos que receberam em comodato, a saber, 4 (quatro) bombas comerciais simples, 4 (quatro) tanques de 15 m^3 (quinze metros cúbicos) e 1 (um) poste letreiro emblema, sob pena de pagamento de aluguéis diários correspondentes a 500*l* (quinhentos litros) de gasolina, observado o preço vigente no dia do efetivo pagamento.

Aduzem, em suma, que: a) deve permanecer o pagamento integral da multa rescisória, uma vez que a rescisão contratual se deu por culpa exclusiva dos requeridos, que deixou de adquirir os produtos fornecidos pela recorrente; b) faz jus ao percebimento de alugueres dos equipamentos cedidos em comodato, pois os requeridos não cumpriram o contrato e mesmo assim utilizam-se dos equipamentos, sem qualquer contraprestação.

Requerem o conhecimento e o provimento do recurso, com a reforma da sentença, para que seja mantida a integralidade da multa rescisória, bem como para condenar os requeridos ao pagamento dos aluguéis dos equipamentos e ao pagamento das custas e honorários advocatícios. Caso mantida a sentença, requerem que os honorários devidos aos patronos dos requeridos sejam fixados em um único pagamento para ambos, pois se trata do mesmo escritório de advocacia, sendo inclusive irmãos os patronos dos requeridos.

Por sua vez, os requeridos também apelam (f. 292-310), alegando que a culpa pela rescisão do contrato é da autora, visto que, em razão de débitos existentes, esta deixou de fornecer seus produtos, e que não efetuaram a compra dos produtos porque a autora estava praticando preços elevados. Aduzem que o contrato está eivado de cláusulas nulas e onerosas. Concluem que não devem ser condenados a qualquer pagamento da multa rescisória.

Caso não seja acolhido o pedido anterior, requerem que seja minorada o valor da multa rescisória para o percentual de 2% (dois por cento) sobre o lucro que a apelada auferiria, descontados todos os seus gastos operacionais, atendendo aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa-fé. Caso não sejam devolvidos os equipamentos dentro do prazo, pleiteiam que o valor do aluguel dos mesmos seja reduzido a R$ 300,00 (trezentos reais) a cada 30 (trinta) dias, a partir do trânsito em julgado da sentença.

Ao final, requerem a responsabilidade solidária dos apelados e apelantes, em relação à possível dano ambiental, que porventura exista no local.

Pediu a reforma da sentença, para o fim de julgar totalmente improcedentes os pedidos da inicial.

Tanto os requeridos quanto a autora apresentaram contrarrazões, nas quais pugnam pelo improvimento dos respectivos recursos, mantendo-se a sentença.

1 Rescisão de Contrato n. 103/05, distribuída em 25.4.2005 à Vara Cível da Comarca de Rio Negro.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

1. Narrativa fática.

Consta dos autos que Petrobrás Distribuidora S.A. celebrou contrato de promessa de compra e venda mercantil com Auto Posto Vilela Ltda., em julho de 2001, com vigência de 5 anos, no qual o Posto obrigou-se a comprar, com exclusividade, produtos distribuídos pela Petrobrás, respeitando certas quantidades mínimas mensais de aquisição dos produtos tais como: combustíveis, lubrificantes e graxas. Em contraprestação à obrigação de adquirir os produtos, Petrobrás cedeu gratuitamente para o posto revendedor, em regime de comodato, os seguintes equipamentos: 4 bombas comerciais, 4 tanques de 15m³ e 1 poste letreiro emblema.

Ocorre que, no mês de março de 2002, o posto cessou a aquisição dos produtos.

Por isso, Petrobrás Distribuidora S.A., ajuizou a presente ação de rescisão de contrato contra Auto Posto Vilela Ltda. e seus fiadores, Gilberto Vilela Carneiro, Cibele de Almeida Vilela Carneiro e Anderson de Almeida, alegando que o requerido cessou a aquisição de seus produtos sem qualquer justificativa, assim, descumprindo o contrato celebrado. Acrescentou que, além de suspender a aquisição dos produtos da contratante, o Posto passou a comercializar produtos de outra procedência, entretanto, continuou a utilizar os equipamentos e a marca da Petrobrás.

Concluindo, requereu: a) a rescisão do contrato por culpa exclusiva da requerida; b) a reintegração na posse dos equipamentos cedidos em comodato; c) a condenação dos requeridos ao pagamento da multa contratual e dos alugueres dos equipamentos constantes do contrato.

Pleiteou a concessão da liminar de reintegração de posse dos equipamentos, mas o magistrado singular indeferiu tal pedido, decisão essa que foi discutida em agravo que restou improvido.

Ao contestarem, os requeridos confessaram que de fato deixaram de comprar produtos da autora. Aduziram que, todavia, o descumprimento do contrato teria ocorrido por culpa da autora, que deixou de vender-lhes os produtos, uma vez estes não adimpliram com as compras anteriores. Acrescentaram, também, que a autora teria praticado preços mais altos para com os requeridos.

Ao final, sustentaram a nulidade do contrato e a inexigibilidade da multa contratual e dos alugueres dos equipamentos.

Após regular processamento do feito, o juízo *a quo* decidiu pela parcial procedência dos pedidos formulados na inicial, para declarar rescindido o contrato de promessa de compra e venda mercantil existente entre as partes e condenou os requeridos a pagarem multa rescisória equivalente a 20% (vinte por cento) do valor daquela pretendida na inicial e a reintegrarem na posse da autora, no prazo de 30 (trinta) dias, os instrumentos que receberam em comodato, sob pena de pagamento de aluguéis diários correspondentes a 500*l* (quinhentos litros) de gasolina, observado o preço vigente no dia do efetivo pagamento. Distribuiu em 50% para cada parte os ônus da sucumbência, bem como fixou os honorários advocatícios devidos ao patrono da parte autora em R$ 2.000,00 (dois mil reais) e fixou os honorários advocatícios devidos aos procuradores dos requeridos em R$ 2.000,00 (dois mil reais) para cada um deles.

Feito esse breve relato dos fatos processuais, passo à análise dos recursos.

2. Recurso dos requeridos.

A apelação dos requeridos não merece provimento.

Os apelantes pugnam pela total improcedência dos pedidos, sustentando que realmente adquiriram combustível de outra empresa, pois teriam sofrido retaliações por parte da autora que deixou de fornecer combustível.

Entretanto, infere-se dos autos que, desde o início da vigência do contrato, o Posto comprou quantidade inferior à estipulada, o que já caracteriza desrespeito à avença. Além disso, a recusa da Distribuidora em fornecer os produtos decorreu da falta de pagamento, o que é natural. Mesmo assim, conforme esclareceu em audiência o Sr. Maurício Ottoni Braga, Assessor Comercial da autora, *"nos casos em que há débitos dos proprietários dos postos para com a distribuidora, esta continua a fornecer os derivados de petróleo desde que o pagamento se dê à vista"* (f. 253).

Registre-se que nenhuma prova foi produzida sobre disparidade de valores ou da onerosidade excessiva. Nenhum ponto que pudesse ser causa para a rescisão por culpa da autora foi provado pelos apelantes.

Deixaram de atender, assim, ao que dispõe o artigo 333, inciso II, do CPC, *in verbis*: *"Art. 333. O ônus da prova incumbe:*

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."

Infere-se, portanto, que a culpa pelo inadimplemento do contrato foi mesmo dos requeridos.

Ademais, se a Distribuidora fosse responsável pelo inadimplemento, incumbia ao Posto e a seus fiadores promoverem a cabível ação de rescisão contratual, ao invés de permanecerem utilizando os equipamentos e a marca da Petrobrás, embora comercializando produtos de outras procedências.

Essa conduta, além de moralmente reprovável diante dos consumidores que acreditam estar adquirindo combustíveis da Petrobrás, encontra óbice na Portaria n. 116, de 5 de junho de 2000, da Agência Nacional de Petróleo, que estabelece:

> Art. 11. O revendedor varejista deverá informar ao consumidor, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível automotivo comercializado.
>
> [...]
>
> § 2º Caso o revendedor varejista opte por exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, deverá vender somente combustíveis fornecidos pelo distribuidor detentor da marca comercial exibida. (f. 10).

Assim, não há que se falar em que a rescisão contratual se deu por culpa da autora.

Em caso semelhante, esta Corte de Justiça decidiu:

> AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – CONCESSÃO PARA USO DE NOME, MARCAS E PADRÕES – AUTO POSTO QUE INFRINGINDO AS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE COM A EMPRESA CONCEDENTE UTILIZA COMBUSTÍVEL DE TERCEIROS VALENDO-SE DA ESTRUTURA OPERACIONAL FORNECIDA PELA CREDORA – COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DA CONDUTA CULPOSA DA DEVEDORA ENSEJANDO O DESATE OBRIGACIONAL – AUSÊNCIA DE AMPARO JURÍDICO OU FORÇA MAIOR – REJEIÇÃO DAS TESES DE DEFESA MANTIDA.

Incontroversa a quebra de avença de concessão para uso de nome, marcas e padrões, e comprovada a responsabilidade do auto posto que, sem qualquer razão jurídica, infringiu as cláusulas de exclusividade com a empresa concedente, utilizando combustível de terceiros, mas valendo-se da estrutura operacional fornecida pela credora, resta inequívoca a demonstração da conduta apta a configurar a culpa unilateral pelo desate da obrigação, não havendo falar em excludente de força maior, elidida pela ingerência do devedor na eclosão da derrocada contratual.

RESCISÃO CONTRATUAL – RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR – CLÁUSULA PENAL – INEXIGIBILIDADE DE PROVA DO PREJUÍZO – SENTENÇA REFORMADA PARA DAR CUMPRIMENTO À PREFIXAÇÃO ESTIPULADA PELAS PARTES.

A função da cláusula penal é a de pré-liquidar perdas e danos, sendo que as partes antevêem possível situação de prejuízo, como o descumprimento do contrato, fixando de antemão a indenização. Comprovada a desobediência da avença por um dos obrigados, a imposição da multa afasta a necessidade de prova do prejuízo, tornando-se plenamente aplicável, independentemente de outras investigações. (TJMS, AC n. 2005.003818-3, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 19.7.2005).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO CONTRATUAL DE CONTRATO DE EXCLUSIVIDADE DE VENDA DE COMBUSTÍVEL – ONEROSIDADE EXCESSIVA – AUSÊNCIA DE PROVAS – RECURSO IMPROVIDO.

É certo que o contrato faz lei entre as partes, mas este princípio não se reveste de caráter absoluto, uma vez que fatos devidamente comprovados podem levar à rescisão contratual. Uma vez não provados, o processo será preservado." (TJMS, AC n. 2003.005827-3, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 21.6.2004).

Correta também a observação do juízo monocrático, de que os requeridos devem suportar as despesas com a remoção, bem como tomar as cautelas necessárias e responsabilizar-se pelos danos, inclusive ambientais, porventura causados pelos equipamentos.

Confira-se, a respeito, a respectiva cláusula contratual:

3.4 Por se tratar de empréstimo gratuito, nenhuma responsabilidade caberá à BR DISTRIBUIDORA pelo uso e gozo dos EQUIPAMENTOS ora emprestados, ficando a PROMISSÁRIA-COMPRADORA como única e exclusiva responsável:

[...]

3.4.3 por todos e quaisquer danos pessoais ou materiais causados a terceiros, decorrentes de vazamentos, infiltrações ou sinistros de qualquer natureza, ocorridos com os EQUIPAMENTOS ora emprestados. (f. 24)

Salvo prova em contrário, não pode ser responsabilizada solidariamente a empresa que não contribui, para um possível dano ambiental.

No caso em apreço, infere-se dos autos que o Posto deixou de adquirir os produtos da Distribuidora Petrobrás S.A. desde março de 2002, ou seja, apenas oito meses depois da celebração do contrato, quando passou a adquirir produtos de outra procedência.

Logo, não há motivo para que a Distribuidora seja responsabilizada por algo que não contribuiu, incumbindo aos requeridos responder por qualquer possível dano ambiental que porventura ocorra no local em decorrência da atividade que desempenha ou de seu encerramento.

Por tais razões, deve ser improvida a apelação dos requeridos.

3. Recurso da autora.

As questões ventiladas nas razões da apelação apresentada pela autora restringiram-se à condenação ao pagamento de multa pelo inadimplemento e de aluguéis pelo período em que permaneceram na posse dos bens entregues em comodato.

Entendo que o recurso merece parcial provimento.

3.1 A sentença consignou corretamente que os requeridos inadimpliram o contrato de promessa de compra e venda mercantil, dando causa à sua rescisão, por terem deixado de adquirir os produtos a que estavam obrigados.

No tocante à multa pelo descumprimento, o contrato firmado entre as partes, na cláusula 4.2, assim, prevê:

> 4.2 A rescisão deste contrato sujeitará a parte infratora ao pagamento a parte inocente de uma multa compensatória cobrável por inteiro, cuja importância monetária corresponderá, relativamente a cada produto disposto no item 1.1, à diferença entre as quantidades totais de produtos que a PROMISSÁRIA-COMPRADORA comprometeu-se a comprar e aquelas efetivamente adquiridas, multiplicadas pelo percentual correspondente à margem de venda praticada pela BR DISTRIBUIDORA para cada um dos produtos, na data de pagamento da multa, conforme a fórmula abaixo: (f. 26)

Assim, por disposição contratual, qualquer das partes se submete ao pagamento da multa, de sorte que, se a culpa pela rescisão do contrato fosse da Distribuidora, cabia aos requeridos demandarem judicialmente a extinção da avença e a correspondente cobrança da cláusula penal, que lhes seria favorável.

Todavia, como ficou evidenciado nos autos, quem deu causa à rescisão do contrato, foi o Posto requerido, que deixou de adquirir os produtos da Distribuidora. Por essa razão, deve arcar com a multa compensatória, nos termos pretendidos pela autora por força do contrato entabulado entre as partes.

De fato, a multa além de prevista no contrato entabulado pelas partes, é decorrência lógica do seu descumprimento. Tem caráter dúplice, ou seja, inibir os contratantes de rescindi-lo e, em ocorrendo o inadimplemento, reparar a parte prejudicada.

O juízo *a quo* considerou a cláusula penal extremamente injusta, por estabelecer pesado ônus aos requeridos, consagrando um desequilíbrio para as partes.

Contudo, além de não observar que qualquer das partes se sujeitaria à multa pela rescisão, não expôs como chegou a essa conclusão, nem o motivo pelo qual 20% do valor da multa seria mais adequado, o que torna a redução da penalidade um tanto arbitrária.

Com efeito, desde a petição inicial a autora postulou que o valor da multa compensatória, por medida de economia processual na fase de conhecimento, fosse aferido em liquidação de sentença, razão por que tal valor deixou de ser quantificado nos autos. A seu turno, os requeridos tampouco discutiram valores, limitando-se a afirmar que o percentual deveria ser reduzido a 2% (dois por cento), por afigurar-se mais razoável e dentro dos limites da lei.

A respeito da cláusula penal, não vislumbro nenhum vício de vontade no contrato, livremente celebrado entre as partes, ambas pessoas jurídicas, para o benefício de si mesmas.

Por fim, apenas situações excepcionais é que autorizam a revisão de cláusulas contratuais, como na relação de consumo, o que não é o caso dos autos.

Como visto, o cerne da questão posta à apreciação reside na relação contratual. 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 se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito, acontecimentos fáticos incontroláveis pela vontade do homem. Esta força obrigatória vai ser reconhecida pelo direito e vai impor-se por meio da tutela jurisdicional.

Isto significa dizer que prevalece a autonomia da vontade, intangibilidade e força obrigatória dos contratos, ou seja, o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda)*.

Por conseguinte, é imperativo condenar os requeridos ao pagamento integral da multa compensatória conforme avençada.

3.2 Quanto ao pedido de pagamento de aluguéis dos equipamentos cedidos em comodato, a decisão não merece reparos, eis que, por força do contrato, a incidência dos aluguéis diários somente tem cabimento quando, rescindido o contrato, os requeridos não restituírem os equipamentos nos 30 (trinta) dias que se seguirem à decisão, de acordo com as cláusulas 3.6 e 3.6.2, a saber:

> 3.6 Fica ainda convencionado que, na hipótese de findo ou rescindido o presente contrato, a PROMISSÁRIA-COMPRADORA se obriga a devolver à BR DISTRIBUIDORA, no local por esta indicado e no prazo máximo de 30 (trinta) dias a contar da rescisão, os bens e equipamentos cedidos em comodato, prazo este que a PROMISSÁRIA-COMPRADORA desde já reconhece ser suficiente para providenciar a retirada e devolução dos mesmos sem prejuízo de suas atividades.
>
> [...]
>
> 3.6.2 Caso a PROMISSÁRIA-COMPRADORA não cumpra a obrigação estabelecida no item 3.6 e optando a BR DISTRIBUIDORA pela reintegração na posse da totalidade dos bens cedidos em comodato, imediatamente após decorrido o prazo fixado no mesmo item 3.6 e até a efetiva devolução dos bens à BR DISTRIBUIDORA, a PROMISSÁRIA-COMPRADORA pagará àquela, a título de aluguel diário, a importância equivalente a 500 (quinhentos) litros de gasolina, observado o preço vigente no dia do efetivo pagamento." (f. 25. Destaquei.).

A inércia da autora, que permitiu aos requeridos permanecerem com os equipamentos ao longo do tempo, não autoriza a extensão, a todo o período do contrato, dos aluguéis previstos nas mencionadas cláusulas, os quais são devidos pela retenção dos bens além de trinta dias depois da rescisão do contrato.

Ademais, conforme a cláusula 3.4 anteriormente transcrita, os equipamentos foram emprestados gratuitamente ao Posto.

Conforme bem interpretou o magistrado *a quo*:

> [...] para a incidência da cláusula que prevê o pagamento dos aluguéis, não é suficiente o inadimplemento do contrato, senão a rescisão deste.

> Daí porque, malgrado contenha o contrato cláusula resolutória expressa, a rescisão só se operou com a prolação da presente sentença, não podendo, a incidência dos aluguéis, retroagir. (f. 272)

Assim, é evidente que não houve erro de interpretação, como quer fazer crer a autora, de modo que a sentença deve ser confirmada neste capítulo.

4. Conclusão.

Em razão do exposto, conheço de ambos os recurso, nego provimento à apelação dos requeridos e dou parcial provimento ao recurso da autora, para condenar os requeridos a efetuar o integral pagamento da multa moratória, nos termos da cláusula 4.2 do contrato de compromisso de compra e venda mercantil celebrado entre as partes.

Considerando que a autora decaiu de parte mínima de seu pedido, condeno os requeridos ao pagamento integral das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo 10% sobre o valor corrigido da condenação, o que faço com fulcro no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A E IMPROVERAM OS DEMAIS, 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, Divoncir Schreiner Maran e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 10 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2006.012790-2 - Maracaju
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OPERAÇÕES DE CRÉDITO RURAL – SECURITIZAÇÃO E ALONGAMENTO DA DÍVIDA – SENTENÇA QUE RECONHECE A SECURITIZAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO DO DEVEDOR – DEPÓSITO JUDICIAL DE PARCELAS DEVIDAS – RECONHECIDO O ESFORÇO DO APELADO EM REGULARIZAR SUAS OBRIGAÇÕES DENTRO DO PRAZO ESTABELECIDO EM LEI – DIREITO AOS DESCONTOS, À SECURITIZAÇÃO E AO ALONGAMENTO DAS DÍVIDAS, CONFORME LEI N. 9.138/95 E LEI N. 10.437/02 – DECLARAÇÃO DE ADIMPLÊNCIA EM SENTENÇA JÁ TRANSITADA EM JULGADO – TENTATIVA REITERADA DE REDISCUTIR MATÉRIA SOBRE A QUAL JÁ SE FEZ COISA JULGADA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CONFIGURADA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIRMADOS EM 10% DO VALOR DA CAUSA – RECURSO IMPROVIDO.

A Lei n. 10.437/2002 e Resolução n. 2963 asseguram alongamento das dívidas contraídas mediante cédula rural, constituindo em direito subjetivo dos devedores.

Estando adimplente o devedor, ou regularizando as parcelas em atraso até a data especificada em lei, imanente o direito aos descontos legais.

O depósito em juízo torna regular a prestação, pois se, ao final, a consignação for insuficiente, haverá determinação para que seja complementado o valor.

A litigância de má-fé configura-se na medida em que se utiliza argumento que já foi objeto de discussão em outro processo, cuja sentença transitou em julgado.

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, 29 de setembro de 2009.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Banco Bamerindus do Brasil S.A. interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 996-1000, que julgou procedente a ação de obrigação de fazer movida por Roberto Luiz Pereira de Souza, condenando-lhe,

solidariamente ao HSBC Bank Brasil, a firmar termo aditivo ao contrato de financiamento celebrado com o autor, confirmando a decisão concessiva de tutela antecipada inibitória e, ainda, à multa de 1% por litigância de má-fé e pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Sustenta não ter o apelado o direito à securitização por estar inadimplente, em afronta à Resolução n. 2566/98 do Bacen – o que poderia ter sido regularizado até 29.6.2002, conforme Resolução n. 2.238/96, com alterações introduzidas pela Resolução n. 2666/99. Além disso, assevera que a Lei n. 9138/95 condiciona a benesse à sua prévia aceitação – o que não ocorreu dado ao atraso nos pagamentos referentes a 2000 e 2001. Aponta violação ao §4º, art. 1º, da Resolução n. 2963 do Bacen, que dispõe que *"para que o mutuário de operações com parcelas vencidas em 1999 e 2000 habilite-se à renegociação admitida neste artigo, a regularização dessas parcelas deve ser efetivada pelos seus valores integrais"*, sendo que o depósito feito em juízo foi parcial, impedindo a obtenção do termo aditivo do contrato para alongamento da dívida.

Alega que, mesmo que haja coisa julgada quanto à parcela de 1998, as de 2000 e 2001 foram depositadas em juízo em valor menor do que o devido e não foram regularizadas a tempo, já que, conforme a Resolução n. 2963, a primeira parcela das dívidas repactuadas não poderia extrapolar a data de 31.10.2002, e a última, 31.10.2025.

Assevera, por fim, não se configurar a hipótese do art. 17, do CPC, não se podendo aplicar, portanto, multa por litigância de má-fé.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, com inversão do ônus da prova, exclusão da condenação à litigância de má-fé e pugna seja dado seguimento ao recurso especial interposto contra o acórdão proferido por este Tribunal.

O apelado apresentou contrarrazões, alegando intempestividade do recurso de apelação ante a inaplicabilidade do artigo 191, do CPC, em razão de haver substabelecimentos com reservas (às f. 582 e 693) de ambos os réus ao mesmo advogado e, ainda, pelo fato de não haver suspensão dos prazos no mês de julho de 2005, conforme teor da Emenda Constitucional n. 45. Requer, ainda, caso não se entenda pela intempestividade do recurso, seja mantida a sentença em todos os seus termos.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Banco Bamerindus do Brasil S.A. interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 996-1000, que julgou procedente a ação de obrigação de fazer movida por Roberto Luiz Pereira de Souza, condenando-lhe, solidariamente ao HSBC Bank Brasil, a firmar termo aditivo ao contrato de financiamento celebrado com o autor, confirmando a decisão concessiva de tutela antecipada inibitória e, ainda, condenando-lhe à multa de 1% por litigância de má-fé e pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Sustenta que, para que tivesse o alongamento do prazo para pagamento da dívida, nos termos da Resolução n. 2.566/1998 do Bacen, o apelado deveria preencher determinados requisitos, como estar em dia com o pagamento (integral) das parcelas anteriores, as quais deveria ter regularizado até 29.6.2002, conforme Resolução n. 2238/1996, com alterações introduzidas pela Resolução n. 2666/1999. Alega, também, que a Lei n. 9138/95 condiciona a benesse à sua prévia aceitação – o que não ocorreu dado ao atraso nas parcelas de 1999, 2000 e 2001 – e esclarece que há violação ao § 4º do art. 1º, da Resolução n. 2963 do Bacen, que dispõe que *"para que o mutuário de operações com parcelas vencidas em 1999 e 2000 habilite-se à renegociação admitida neste artigo, a regularização dessas parcelas deve ser efetivada pelos seus valores integrais"*, pois o depósito feito em juízo foi parcial, prejudicando a obtenção da securitização da dívida.

Argumenta que, ainda que se opere coisa julgada quanto à adimplência do apelado em 1998, as parcelas vencidas em 1999, 2000 e 2001 foram depositadas em juízo em valor inferior ao devido e sem recibo de quitação do Banco. Além disso, afirma o apelante que a Resolução n. 2963 institui que a primeira parcela das dívidas repactuadas não poderia extrapolar 31.10.2002, bem como, a última, 31.10.2025.

Assevera não se configurar a hipótese do art. 17, do CPC, não se podendo aplicar, portanto, a multa por litigância de má-fé.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, com a inversão do ônus da prova, exclusão da condenação à litigância de má-fé e pugna seja dado seguimento ao recurso especial interposto contra o acórdão proferido por este Tribunal.

O apelado apresentou contrarrazões, alegando intempestividade da apelação ante a inaplicabilidade do art. 191 do CPC, pois ambos os réus substabeleceram ao mesmo advogado (f. 582 e 693) e, ainda, por não estarem suspensos os prazos em julho de 2005, conforme teor da EC n. 45. Caso não se entenda pela intempestividade do recurso, pede a manutenção da sentença em todos os seus termos.

Passo ao julgamento da preliminar de intempestividade aventada em contrarrazões ao argumento de que foi interposta apelação no prazo do art. 191 do CPC, mas, no decorrer do processo, o primeiro réu, Banco Bamerindus, substabeleceu com reservas a Alessandre Vieira, OAB/MS 6486 (f. 582) e, posteriormente, o HSBC Bank Brasil substabeleceu, sem reservas, ao mesmo advogado (f. 693).

> Pois bem. Conforme entendimento do STJ, o fato de existir nos autos substabelecimento de duas partes para o mesmo advogado não impede a aplicação do art. 191, do CPC. É o que se denota da jurisprudência abaixo colacionada, *in verbis:*
>
> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. PROCURADORES DISTINTOS. CISÃO DE PATROCÍNIO NO DECORRER DO PROCESSO. SUBSTABELECIMENTO SEM RESERVAS. ART. 191 DO CPC. PRAZO EM DOBRO. INCIDÊNCIA.
>
> I - Tendo os litisconsortes procuradores distintos, aplica-se a regra benévola do art. 191, CPC, independentemente dos advogados serem do mesmo escritório e apresentarem a petição em conjunto, suscitando as mesmas razões.
>
> II - Conforme preceitua antigo brocardo jurídico, 'onde a lei não distingue, não o pode o intérprete distinguir'. (REsp n. 184.509/SP, relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 15.3.1999).
>
> Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp n. 844311/PR, REsp n. 2006/0098028-6, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 5.6.2007).

Assim, seja porque o substabelecimento com reservas não excluiu do processo o advogado a quem o Banco Bamerindus conferiu a procuração originária, seja porque o substabelecimento conferido pelo HSBC Bank Brasil ao mesmo advogado serviu somente para assinar a petição de interposição de agravo – ressaltando-se que o recurso em si fora assinado pelos advogados originários – persistem nos autos advogados diferentes, a ensejar o prazo em dobro conferido pela lei, por meio do art. 191, do CPC, não podendo o intérprete desconsiderá-lo ao seu livre alvedrio.

Superada a questão preliminar, passo ao julgamento do mérito.

Extrai-se dos autos que a questão posta em julgamento tem o propósito de compelir o banco a prolongar o prazo para pagamento da dívida oriunda de cédula de crédito rural, o que, a meu ver, é direito do apelado e não mera faculdade da instituição bancária, afinal, não teria o Banco Central se preocupado em criar instrumento normativo legal para regulamentar mera faculdade.

Alega o apelante estar o apelado inadimplente quanto às parcelas referentes a 1999, 2000 e 2001, cujos pagamentos foram feitos em juízo, em valor parcial e sem o respectivo recibo de quitação, sem o qual esta não se comprova.

Esclarece-se que, em razão da frustração da safra de 1998, o Banco Central editou a Resolução n. 2566/98 postergando as parcelas dos empréstimos desse ano, e ao apelado foi concedida a benesse, embora sem apresentação de documento escrito pelo Banco, o qual, no ano seguinte, não efetuou em o débito correspondente à parcela de 1999 – embora a conta tivesse saldo suficiente – ao fundamento de inadimplência em 1998. Somente muito depois efetuou tal débito.

Fato é que a presente ação redunda o direito à prorrogação do vencimento das parcelas relativas aos empréstimos realizados entre as partes, nos termos da Lei n. 10.437/2002 e Resolução n. 2963. Assim, tendo o banco negado-se também a receber as parcelas de 2000 e 2001, o apelado, no intuito de ser parcialmente anistiado pela nova resolução do Bacen, fez tais depósitos em consignação, considerando os descontos a que teria direito. Afinal, para ser beneficiário da securitização, o devedor não pode estar inadimplente.

Importante salientar que se os depósitos foram feitos em juízo em razão da negativa do apelante em receber o pagamento. Além disso, se os valores consignados não fossem suficientes, o apelado seria obrigado, ao final do litígio, a depositar o valor faltante, mas seria declarada inadimplência. Portanto, estando as referidas parcelas depositadas em juízo na data aprazada para a sua regularização, o banco estava, sim, obrigado a conceder a prorrogação do prazo do financiamento rural.

Tal é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrito, *in verbis:*

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - SFH - DEPÓSITOS INSUFICIENTES - QUITAÇÃO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO - AFASTAMENTO DA EXTINÇÃO DO FEITO - RECURSO IMPROVIDO.
>
> I - Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação até o montante da importância consignada, que poderá ser futuramente complementada.
>
> II - Recurso improvido. (AgRg no Ag n. 1041570/DF, AgRg no Ag n. 2008/0088551-8, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 16.9.2008).

Esclarece-se que transitou em julgado a sentença anteriormente proferida, onde foi declarada a adimplência quanto à parcela de 1998 – a qual deu origem à negativa do Banco em receber os pagamentos posteriores, ao argumento que aquela parcela estaria em atraso. Daí se dessume, naturalmente, que os pagamentos posteriores foram válidos, inclusive aqueles efetuados com os respectivos descontos.

Veja-se que assim se fundamentou a sentença proferida em sede de primeiro grau, para dar procedência à ação (f. 998-999):

> [...]

> Vale dizer, a questão do adimplemento do autor relativamente aos anos de 1.999 e 2.000 se encontra acobertada pela coisa julgada, ou seja, o direito declarado naquela decisão incorporou-se ao patrimônio do autor, por força da imutabilidade da decisão judicial. Daí falar-se em coisa julgada formal e material.
>
> [...]
>
> Cabe, pois, a ete Juízo assegurar ao autor proteção integral do direito declarado por sentença proferida, ainda que em outro processo, à medida em que não houve recurso quanto ao tópico agitado pela parte, em preliminar que, por tal, rejeito.
>
> [...]
>
> Aquela concluiu pela obrigatoriedade da securitização, por impositivas e compulsórias, às instituições financeiras, as normas complementares baixadas pelo Banco Central, por exemplo, a Resolução n. 2.566, CONTRA O QUE NÃO HOUVE RECURSO não se admitindo possa reabrir a discussão nestes autos, com intuito de prolongar a discussão, a fim de se eximir a obrigação à qual foi condenada naqueles e que gera, pela coisa julgada material, efeitos nestes autos, conforme já fundamentei.
>
> Reputo de má-fé ambos os réus, por haverem deduzido defesa contra fato incontroverso, a saber, aquele consistente no adimplemento reconhecido por decisão judicial proferida em autos de ação declaratória que tramitou perante a 2ª Vara, tópico contra o qual não se insurgira em recurso de qualquer natureza, o que faço com fulcro no no art. 17, I, do CPC.
>
> [...]
>
> Ante o exposto e, pelos fundamentos lançados por ocasião da concessão da tutela antecipada e inibitória, de f. 639-645, julgo procedente a pretensão e condeno o HSBC Bank Brasil S.A e Banco Bamerindus do Brasil S/A a firmarem o termo aditivo aos contratos de financiamentos celebrados pelo autor, em vinte dias e, via de conseqüência, confirmo a decisão concessiva de tutela antecipada e inibitória, extinguindo-se o processo, com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC[...]"

Conclui-se dos fatos que, se o apelado nada devia em relação a 1998 e, em 1999, havia saldo suficiente em sua conta para o débito correspondente ao pagamento da parcela daquele ano e o banco fê-lo com atraso, foi por negligência e abuso a que ele próprio dera causa.

Foi, então, em razão da negativa do banco em receber os pagamentos referentes às parcelas com vencimento em 2000 e 2001, que o apelado obteve liminar para consigná-los em juízo, no intuito de garantir a regularização de todos os débitos na data aprazada para a obtenção do desconto conferido por lei. Por isso, entendo que o apelado preencheu os requisitos apontados na Lei n. 10.437/2002 e na Resolução do Bacen, tendo direito à prorrogação dos prazos para pagamento do financiamento rural.

Impende, ainda, manifestar-me acerca da alegação de que a Lei conferia ao apelante a faculdade de conceder ou não o alongamento decorrente da securitização, o que faço com base na jurisprudência que vem se firmando no sentido de que se trata de direito subjetivo do devedor – preenchidos os requisitos estabelecidos em lei e comprovados os respectivos depósitos feitos em juízo, obrigatória a concessão do prazo pela securitização. Vejam-se as jurisprudências abaixo colacionadas:

AÇÃO DESTINADA A COMPELIR CREDOR A PROCEDER À SECURITIZAÇÃO - DÉBITO DECORRENTE DE CÉDULA DE CRÉDITO RURAL - LEI N. 9.138/95 - DIREITO DOS MUTUÁRIOS - DEFESA QUE NÃO NEGA PREENCHEREM OS DEVEDORES OS REQUISITOS LEGAIS PARA O ALONGAMENTO - FATO QUE PASSA A SER TIDO COMO VERDADEIRO (ART. 302, CPC) - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE ALONGAMENTO - RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. A securitização prevista na Lei n. 9.138/95 não é mera faculdade concedida às instituições financeiras, mas verdadeiro direito do devedor que preenche os requisitos da lei. 2. Se a instituição financeira não nega que os devedores preenchiam os requisitos legais para o alongamento pretendido, deixando precluir tal defesa, o fato passa a ser tido como verdadeiro (art. 302, CPC) e autoriza o acolhimento da pretensão inicial. (AC n. 2000.000537-1, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, julgado em 2.3.2004).

COMERCIAL. SECURITIZAÇÃO DE DÍVIDA RESULTANTE DE EMPRÉSTIMO RURAL. LEI N. 9.148/1995. COOPERATIVA. Enquanto instituição financeira, a cooperativa está sujeita aos ditames da Lei n. 9.148, de 1995, que obriga o alongamento dos prazos da dívida resultante de empréstimo rural. (REsp n. 537388/SP REsp n. 2003/0058768-0, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 15.5.2007).

CRÉDITO RURAL. SECURITIZAÇÃO. DIREITO DO DEVEDOR. REQUISITOS.

PREENCHIMENTO. SÚMULAS 5 E 7.

- É direito do devedor e não faculdade do credor o alongamento de dívidas originárias de crédito rural, desde que preenchidos os requisitos legais.

- A verificação de existência dos requisitos para concessão da securitização da dívida demanda revolvimento dos fatos e das provas dos autos (Súmulas 5 e 7).

- Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada. (AgRg nos EDcl no REsp n. 469343, AgRg nos EDcl no REsp n. 2002/0119119-2, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006).

Alongamento da dívida rural. Decretação posterior de insolvência. Precedentes da Corte.

1. É uniforme a jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Privado da Corte sobre a obrigatoriedade do deferimento do pedido de securitização da dívida rural, desde que preenchidos os requisitos legais.

2. Afirmando o Acórdão recorrido que o devedor preenche os requisitos legais para o gozo do benefício da Lei n. 9.138/95, a decretação da insolvência, posterior ao ajuizamento da ação, não interfere no direito do devedor ao alongamento.

> 3. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 336700/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Também não merece guarida o argumento de que o apelado deveria apresentar justificativa plausível para usufruir do alongamento da dívida, pois, conforme prevê o § 2º do art. 1º da Resolução n. 2566/98 do BACEN, é a instituição financeira quem deve apresentar as razões para denegá-la, o que não ocorreu no caso em apreço.

Outrossim, a condenação pela litigância de má-fé deve ser mantida, uma vez que procedeu o apelante no claro intento de ver obstados os trabalhos jurídicos ao negar-se reiteradamente a cumprir as ordens emanadas do Juízo de primeiro grau para elaborar o termo aditivo ao contrato de financiamento.

Não fosse só, persistiram na tentativa de furtar-se à aplicação da lei, utilizando-se de fundamento de inadimplência que já havia sido objeto de outra ação, com sentença transitada em julgado, fazendo coisa julgada material que não mais contemplava a possibilidade de novas discussões em sede da presente ação.

A tentativa reiterada de discutir questão já consagrada pelo fenômeno da coisa julgada – atinente à declaração de adimplência no ano de 1998 – a qual garantia ao apelado o direito ao pagamento de todas as outras parcelas com os descontos legais, na forma em que o fez, demonstra clara e evidente má-fé, justificando a condenação do apelante à multa de 1% sobre o valor da causa, o que vai ao encontro com o entendimento majoritário, senão, veja-se:

> PROCESSO CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ARTS. 17, II, E 18, § 2º, DO CPC. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANO MORAL. RECONVENÇÃO. CABIMENTO. SÚMULA N. 7/STJ.
>
> 1. Justifica-se a condenação por litigância de má-fé na hipótese em que a parte deduz pretensão contra fato tido por incontroverso.
>
> 2. O recurso especial não é via própria para o exame dos parâmetros utilizados para a fixação da indenização por dano moral, tampouco para o exame acerca da possibilidade de cabimento de peça reconvencional, se, para tanto, faz-se necessária a análise das circunstâncias fático-probatórias em que se desenvolveu a controvérsia. Inteligência da Súmula n. 7/STF.
>
> 3. A multa por litigância de má-fé não pode ultrapassar a 20% sobre o valor atualizado da causa.
>
> 4. Agravo regimental provido parcialmente. (AgRg no Ag n. 899782/SP, AgRg no Ag n. 2007/0084154-8, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 12.2.2008).

Desse modo, forçoso reconhecer o esforço do apelado por manter regularizada sua situação perante o apelante, a qual conseguiu manter mesmo diante de tanta resistência, razão pela qual outra medida não há, senão reconhecer o direito ao alongamento da dívida pela securitização.

Por todo o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença proferida pelo Juízo *a quo*, pelos seus próprios fundamentos.

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. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 29 de setembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.028582-2 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – PARCELA REFERENTE À COMPRA DE ARMAZÉM – CRÉDITO ADQUIRIDO PELO DEVEDOR JUNTO A PRECATÓRIO JUDICIAL – OPERAÇÃO REALIZADA POR DOIS ANOS ENTRE AS PARTES E – DAÇÃO EM PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA DO CREDOR – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO PARA OBRIGAR O CREDOR A ACEITAR A DAÇÃO EM PAGAMENTO.

Empresa que é devedora de Empresa Pública Estadual e credora do Estado de Mato Grosso do Sul, não apresentando a reciprocidade credor-devedor a ensejar a compensação.

A pretensão de pagar parcela de compra e venda de armazém mediante cessão de créditos precatórios obtidos representa dação em pagamento quando não há reciprocidade entre credor e devedor.

Impossível obrigar o credor a aceitar a dação em pagamento pela simples razão de que este já teria aceito a transação por duas vezes, em anos anteriores.

A dação em pagamento pode ser recusada pelo credor.

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, 10 de novembro de 2009.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

BR Sul Armazenagem de Cereais Ltda. interpõe recurso de Apelação em face sentença de f. 186-190 que, nos autos da ação declaratória que move em face de Agrosul Empresa de Serviços Agropecuários de Mato Grosso do Sul, indeferiu a inicial por entender ser o pedido juridicamente impossível e extinguiu o processo sem julgamento de mérito.

Aduz que adquiriu um armazém em Mundo Novo pelo valor de R$ 695.000,00, em 10 parcelas reajustáveis pela TR. Após o pagamento de duas parcelas, a região entrou em crise pela descoberta de um foco

da febre aftosa. Assim, formulou requerimento para pagar o referente ao ano de 2006 mediante compensação através de cessão de créditos adquiridos junto ao precatório judicial n. 2001.003717-6, em trâmite perante o TJMS, o que o Diretor-Presidente da apelada autorizou, após consulta junto à PGE/MS. Pelas mesmas razões, o requerimento foi feito novamente no ano seguinte e também foi autorizado.

Contudo, requerida a compensação para o ano de 2007, foi negada pelo então novo Diretor-Presidente da apelada e a ação cautelar foi proposta porque a apelante, ainda em razão da crise nos agronegócios, não tinha saldo suficiente para a parcela de mais de R$ 70.000,00, e precisava se resguardar dos efeitos da inadimplência – que implicaria na rescisão do contrato e na consequente devolução do armazém sem indenização pelas benfeitorias.

Intentada a principal, esta também foi indeferida liminarmente.

Afirma que a decisão proferida na ação cautelar adentrou o mérito da principal, também indeferida liminarmente, ao argumento de que não havia relação de crédito-débito entre as partes e de impossibilidade jurídica do pedido.

Assevera que a ação trata do direito de compensação e os julgados discorrem sobre não ter havido novação e se há reciprocidade de débito e crédito, o que só poderia ser atentado depois de formada a lide, pois é discussão de mérito.

Assim, alega que poderia até haver improcedência, mas não indeferimento de plano por ausência de condição da ação e que o pedido só seria juridicamente impossível caso existisse expressa vedação legal, mas a pretensão à compensação é possível e não poderia o magistrado tolher o direito à instrução probatória, onde poderia provar que houve novação a permitir a compensação.

Requer, ao final, seja afastado o indeferimento da inicial para ser dado regular processamento ao feito.

Não tendo sido formada a lide nos autos principais, onde houve o indeferimento de plano da inicial, não há contrarrazões da outra parte.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de Apelação Cível interposta por BR Sul Armazenagem de Cereais Ltda. em face da sentença de f. 186-190 que, nos autos da ação declaratória que promove em face de Agrosul Empresa de Serviços Agropecuários de Mato Grosso do Sul, extinguiu o processo, ao fundamento de que a pretensão representa pedido juridicamente impossível.

Aduz que adquiriu um armazém em Mundo Novo por R$ 695.000,00 e, após o pagamento de duas parcelas, iniciou-se uma crise na região pela descoberta de um foco da febre aftosa, pelo que, formulou requerimento para pagar a 3ª parcela mediante compensação através de cessão de créditos adquiridos junto ao precatório judicial n. 2001.003717-6, o que o Diretor-Presidente da apelada autorizou, após consulta junto à PGE/MS, assim como também o fez no ano seguinte.

Conquanto tenha sido autorizada a compensação por dois anos seguidos, em 2007, idêntico requerimento foi negado pelo então novo Diretor-Presidente da apelada, aos seguintes argumentos:

> Considerando que os recursos financeiros da Agrosul são constituídos, em sua integralidade, pela receita decorrente da venda de seus armazéns e, no presente caso, o valor da parcela que se pretende compensar com precatório representa quase 1/3 de seu orçamento para 2008, INDEFIRO a presente solicitação, sob pena da Agrosul não ter liquidez financeira para cumprir com suas obrigações.

Inconformada, a apelante propôs ação cautelar porque não tinha saldo suficiente para o pagamento da parcela de 2007, ainda em razão da crise nos agronegócios, e precisava se resguardar dos efeitos da inadimplência: rescisão do contrato e devolução do armazém sem indenização pelas benfeitorias. Foi indeferida liminarmente, assim como a principal, intentada posteriormente.

Assim se pronunciou o Juízo de primeiro grau para extinguir o feito ao fundamento de que o pedido é juridicamente impossível. Veja-se:

> É esta a segunda oportunidade em que examino a pretensão, pois já indeferi igual pedido na cautelar processada sob o n. 001.07.144301-1.
>
> Naquela oportunidade, de maneira singela, justifiquei o indeferimento por impossibilidade jurídica do pedido anotando apenas que o pedido de 'compensação' traz na verdade um expediente visando impor a dação em pagamento.[...]
>
> Não há como se cogitar do instituto da 'compensação' se a requerida não é devedora-credora e também a autora não é credora-devedora. A autora, segundo se tem notícias, é credora do Estado de Mato Grosso do Sul e devedora da requerida que embora uma empresa pública estadual, escapa da reciprocidade reclamada no instituto.
>
> Assim, por apego à brevidade, adoto como razão de decidir, com a ampliação acima, a mesma justificação lançada na cautelar antes mencionada, que passo a transcrever.
>
> 'A autora insiste que sua tese tem como fundamentos a 'invalidade da negativa' da ré em aceitar a compensação, uma vez que isso estaria violando o 'princípio da segurança jurídica' que impede o administrado de ser surpreendido pela Administração'. Não é assim, o essencial do pedido desta cautelar e da demanda principal é que a 'segurança' estaria na subordinação da ré ao parecer da Procuradoria-Geral do Estado, quando afirmou ser possível a compensação e autorizou que assim fosse feito.[...]
>
> O inconformismo da autora é com a 'quebra da expectativa criada no administrado' porque em duas oportunidades anteriores – ano de 2005 e 2006 – obteve a autorização para compensação e desta feita a resposta foi negativa. [...]
>
> De pronto fica o sublinhamento de que nada nos autos informa alteração dos tópicos do edital, vale dizer, novação ou qualquer modificação na forma de pagamento. Tudo continua como na época em que foi lavrada a escritura, o que significa ter ocorrido a anuência, para aqueles casos específicos das parcelas vencidas em 2006 e 2007, quanto a dação em pagamento.
>
> A segunda anotação é quanto a inexistência de parecer da Procuradoria-Geral para o pedido relacionado à parcela com vencimento em janeiro de 2008. O pedido foi rejeitado pelo Diretor-Presidente (liquidante), sem qualquer consulta.

> Feitos os dois sublinhamentos acima, ressai claro que a autora quer que prepondere como direito seu, a não recusa aos pedidos de compensação ou outro que não traduza prejuízos aos cofres públicos, tudo porque em duas oportunidades anteriores, a Administração concordou com a dação em pagamento. A quebra na seqüência das concordâncias, no entender da autora, afronta princípio de regência aos atos da Administração, porque significaria exigir da autora que cumprisse aquilo a que se obrigou.
>
> É a dação em pagamento o obstáculo intransponível e determinador da impossibilidade jurídica da pretensão por vir no feito principal. É juridicamente impossível pretender declarar a nulidade da decisão do liquidante ao recusar a dação em pagamento e também não é menos juridicamente impossível, pretender que a sentença obrigue a ré em aceitar a dação em pagamento.[...]
>
> Ora, se assim é, o crédito precatório implica em dação em pagamento, porque não é ordem de pagamento, mas requisição.
>
> Chega-se com isso ao âmago da questão que é pretender que o juízo pronuncie sentença invalidando a recusa do liquidante e impondo à ré a obrigação de aceitar como pagamento formas diversas daquela estabelecida na escritura que retrata as condições fixadas no edital.
>
> O indispensável na dação em pagamento – art. 356 e ss do CC – é a aceitação do credor. Recusada, o pagamento por aquela forma se torna juridicamente impossível [...]'.
>
> Assim, indefiro a inicial pelo fundamento do art. 295, I e parágrafo único III, do CPC e como consequência decreto a extinção do feito pela previsão do art. 267, I, do Código de Processo Civil [...] (p. 187-190).

Em primeiro lugar, é preciso salientar que, inobstante o inconformismo da apelante com a negativa da Administração em conceder-lhe pela terceira vez o direito à compensação, tal negativa não encontra óbice algum e o fato de ter aceitado por duas vezes a compensação não a obriga ou vincula a modificar a forma de pagamento pactuada no contrato e aceitar outra modalidade de prestação.

Além disso, resta claro que a pretensão da apelante, como bem demonstrado na sentença, não é bem a compensação do débito, mas dar seu crédito precatório em pagamento à parcela devida, ao invés de pagar o valor cuja prestação foi pactuada no contrato, o que, de fato, implica em dação em pagamento.

Esclarece-se que não há confusão alguma na sentença entre condições da ação e julgamento de mérito. De fato, ausente a possibilidade de impor a dação em pagamento ao apelado se no edital consta especificamente outra forma, daí a impossibilidade jurídica do pedido, evidente no caso em tela – pois o pleito pretende obrigar o credor a aceitar a dação em pagamento a que não está obrigado.

Portanto, acolho os fundamentos da sentença e entendo que a verdadeira pretensão da apelante não é a compensação, mas sim, a dação em pagamento, que não se opera sem a aceitação do credor.

Outro julgamento relacionado à mesma questão já foi proferido nessa 1ª Turma Cível, sob a relatoria do Desembargador Sérgio Fernandes Martins, conforme abaixo se transcreve *in verbis:*

> E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS – INDICAÇÃO DE TÍTULO DA DÍVIDA PÚBLICA PARA DAÇÃO EM PAGAMENTO DE DÉBITO EXISTENTE COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – IMPOSSIBILIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA DO BANCO E FALTA DE LIQUIDEZ DO TÍTULO – RECURSO NÃO PROVIDO. (AC n. 2004.001175-0, Campo Grande, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 25.3.2008).

Entendo que o credor não fica obrigado a receber crédito precatório como pagamento em substituição às parcelas devidas, pelo fato de tê-lo aceitado em duas outras oportunidades. Em verdade, o benefício antes concedido não altera as cláusulas contratuais por ter supostamente criado uma expectativa para o Administrado. Tanto é, que a apelante não fez um requerimento, mas três, ano a ano.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é claro no sentido de que até mesmo a modificação da penhora deve ser conveniente ao credor, que pode aceitá-la ou não. Veja-se a jurisprudência abaixo colacionada:

> PENHORA. SUBSTITUIÇÃO DO BEM PENHORADO POR TÍTULO DA DÍVIDA PÚBLICA (PRECATÓRIO). DISCORDÂNCIA DO CREDOR. ART. 668 DO CPC.
>
> - Pode o devedor requerer a substituição do bem penhorado exclusivamente por dinheiro. É admissível a substituição por outro bem que não seja dinheiro, desde que assim se mostre conveniente ao credor (EDcl no REsp n. 279.513-TO).
>
> Recurso especial não conhecido. (REsp n. 208813/ES, REsp n. 1999/0025881-9, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 9.3.2004).

Desse modo, há que se considerar que o credor pode ou não aceitar a modificação da forma de pagamento, quando este foi previamente definido no edital, cuja licitação foi ganha pelo apelante. O fato de ter deferido o requerimento anteriormente representam tão somente mera tratativa, referente exclusivamente àqueles dois anos, não havendo menção que dali para frente todas as demais parcelas seriam pagas mediante cessão de créditos adquiridos junto a precatório judicial. Não há como impor à apelada a aceitação dos títulos para por fim ao conflito.

Assim, imperiosa a manutenção da sentença que deixou de acolher o pleito inicial que pretendia obrigar a apelada a aceitar a dação em pagamento de crédito precatório para pagar parcela referente à compra e venda de imóvel, cujas cláusulas estão previamente pactuadas e não apresentam qualquer possibilidade de alteração.

Em face de tudo que foi dito, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se a sentença em seus ulteriores termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 10 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2007.008015-7 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CESSÃO DE CRÉDITO – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR – ART. 290 DO CÓDIGO CIVIL – INEFICÁCIA DA CESSÃO – PROCESSO EXTINTO – CARÊNCIA DE AÇÃO – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – PODER DO JUIZ DE AGIR DE OFÍCIO – ART. 267, § 3º, DO CPC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A cessão de crédito é um negócio jurídico que pode ser realizado independentemente da concordância do devedor, exigindo-se, contudo, sua notificação para que tenha eficácia, consoante determina o art. 290 do Código Civil.

Sendo a possibilidade jurídica do pedido uma das condições da ação, matéria de ordem pública, portanto, é possível ao magistrado conhecê-la de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3º, CPC), independente de manifestação das partes.

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, 6 de outubro de 2009.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Luiz Carlos de Castro, inconformado com a sentença que reconheceu a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, e extinguiu a *ação de cobrança* que promove contra Wilson Abud, aos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, interpõe recurso de apelação.

Sustenta o apelante que houve julgamento *extra petita* e cerceamento de defesa, uma vez que em momento algum o apelado alegou a falta de ciência quanto à cessão de créditos, limitando-se a fazer acusações contra o recorrente, e em momento algum questionou a oponibilidade da cessão realizada.

Alega ainda que não poderia a magistrada extinguir o processo, sem resolução de mérito, da forma como fez, uma vez que não houve alegação do apelado sobre a inoponibilidade da cessão de crédito. Ademais, não se trata de matéria de ordem pública, não podendo o julgador agir de ofício.

Pugna pelo recebimento, conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às f.164-168.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Luiz Carlos de Castro, em face da sentença que, reconhecendo a carência, por impossibilidade jurídica do pedido, julgou extinta a presente ação de cobrança que promove contra Wilson Abud.

Tenho que não assiste razão ao recorrente.

O Código Civil de 1916 conceituava a cessão de crédito como sendo um negócio jurídico pelo qual o credor transfere a um terceiro o seu direito, *"se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor"*. (art. 1.065)

Previa ainda a antiga legislação no art. 1.069:

> A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

Por sua vez, o art. 290 do Código Civil de 2002, repetindo a norma do dispositivo acima citado, dispõe:

> A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho destacam que:

> [...] A cessão de crédito consiste em um negócio jurídico por meio do qual o credor (cedente) transmite total ou parcialmente o seu crédito a um terceiro (cessionário), mantendo-se a relação obrigacional primitiva como o mesmo devedor (cedido). [...]
>
> Vale destacar que é desnecessário o consentimento prévio do devedor para que ocorra a cessão, ou seja, o sujeito passivo não tem o direito de impedir a transmissão do crédito, muito embora a sua notificação seja exigida para que o negócio produza os efeitos desejados [...] (**Novo Curso de Direito Civil**, Obrigações, Ed. Saraiva, II volume, p.265).

Da análise do acima disposto, conclui-se que a cessão de crédito é um negócio jurídico que pode ser realizado independentemente da concordância ou não do devedor, exigindo-se apenas a sua notificação, exceto nos casos onde constar expressamente no contrato firmado entre as partes, a impossibilidade de realização da cessão do crédito.

Ressalte-se que o Código Civil de 1916 estabelecia em seu art. 1.069 que a cessão de crédito não valia em relação ao devedor, senão depois da sua notificação.

Nesse sentido, mais uma vez, de grande valia os ensinamentos dos mestres Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

> [...] Conforme já explicitamos, o devedor não precisa autorizar a cessão.
>
> Isso não quer dizer, todavia, que não deva ser notificado a respeito do ato, até para saber que, a partir daquela comunicação, não pagará mais a dívida ao credor primitivo (cedente), mas sim ao novo (cessionário). (Obra citada, p. 269).

O professor Sílvio Rodrigues com proficiência também tratou do tema:

> A notificação feita ao devedor constitui maneira veemente e induvidável de dar-lhe ciência da transmissão do crédito, bem como de vinculá-lo à nova relação jurídica. Antes dela o ajuste entre o cedente e o cessionário não lhe diz respeito e a própria lei proclama que a cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada (CC, art. 290, 1ª parte). Por conseguinte, tal ato, embora não seja elementar na cessão, representa meio indispensável para que o negócio, originalmente ligando cedente e cessionário, passe a prender também o cedido. Procura-se, dessa maneira, dar ciência oficial ao cedido de que o crédito, objeto da cessão, tem novo titular. (**Direito Civil**, volume 2, Parte Geral das obrigações, 30ª ed., 2002, p.96).

No caso vertente, não obstante a inexistência de elementos proibitivos da cessão de crédito, o autor-apelante não comprovou a ciência do apelado (devedor) acerca de tal transação, o que impede o prosseguimento do feito, em observância ao art. 290 do Código Civil.

Não é outro o entendimento jurisprudencial:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CESSÃO DE CRÉDITOS – AUSÊNCIA DA PROVA DA NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – PEDIDO FORMULADO EM CONTRA-RAZÕES – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARCIAL. A cessão de crédito é um negócio jurídico que pode ser realizado independentemente da concordância ou não do devedor, exigindo-se apenas a sua notificação, consoante determina o art. 290 do Código Civil. [...] (TJMS, AC n. 2007.033207-0, Primeira Turma, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 15.1.2008).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CESSÃO DE CRÉDITO CELEBRADA ENTRE A CONSTRUTORA E O APELANTE – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR PREVISTA PELO ART. 290 DO CÓDIGO CIVIL – DOCUMENTO TRAZIDO AO RECURSO NÃO CARACTERIZADO COMO NOVO, PORTANTO DESCONSIDERADO – ILEGITIMIDADE DA PARTE CESSIONÁRIA PARA COBRAR O DEVEDOR. Sem a notificação exigida pelo art. 290 do Código Civil, o cessionário faz-se ilegítimo para cobrar as dívidas do devedor. [...] (TJMS, AC n. 2003.009517-9, Primeira Turma, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 19.2.2008).
>
> Direito processual civil. Recurso especial. Ação de execução. Cessão de crédito. Substituição de partes. Ausência de notificação. Conhecimento pelo devedor. Anuência desnecessária. - A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a ele notificada, contudo, a manifestação de conhecimento pelo devedor sobre a existência da cessão supre a necessidade de prévia notificação. Precedentes desta Turma. [...] (STJ, REsp n. 588.321/MS, Tereira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4.8.2005).

Assim, vislumbrando-se a impossibilidade jurídica do pedido de cobrança postulado na presente ação, porquanto a legislação exige a notificação do devedor acerca da cessão de crédito (arts. 288 e 290 do CC), por se tratar de uma das condições da ação, é possível o conhecimento *ex officio*, eis que matéria de ordem pública.

Por tal razão não merece acolhimento a alegação do apelante de que não se trata de matéria de ordem pública, e que por isso, não poderia a magistrada suscitar de ofício.

Em se tratando de condições da ação (possibilidade jurídica, legitimidade de partes e interesse processual), é óbvio que está a se tratar de matéria de ordem pública, podendo (devendo) o magistrado agir de ofício, quando não houver manifestação de qualquer das partes.

Nesse sentido prescreve o § 3º, do art. 267, do CPC: *"O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos n. IV, V e VI [...]".*

Tanto não preencheu as condições necessárias a presente ação que, se não fosse pela impossibilidade jurídica do pedido, como reconheceu a magistrada da causa, a demanda poderia ser extinta por ilegitimidade de parte, que até entendo mais correto, tal como consta na jurisprudência acima citada (AC n. 2003.009517-9, de relatoria do Des. Sérgio Martins), considerando que sem a notificação exigida pelo art. 290 do Código Civil, não seria o apelante parte legítima para cobrar o apelado.

Por tais considerações, entendo que o recurso não comporta provimento, devendo ser prestigiada a sentença recorrida.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Luiz Carlos de Castro, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 6 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2007.036750-9 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – CHEQUE PRESCRITO – PRESCRIÇÃO TRIENAL – CONTAGEM A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

O prazo prescricional de ação baseada em cheque prescrito é trienal, conforme previsto no art. 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil, contados a partir da entrada em vigor do referido diploma (11.1.2003), tendo em vista não ter transcorrido mais da metade do prazo vintenário fixado pelo Código Civil de 1916.

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, 6 de outubro de 2009.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Associação Beneficente de Campo Grande – Santa Casa, inconformada com a decisão que indeferiu a inicial, com fulcro nos artigos 295, IV e 219, § 5º do CPC, julgando extinto o processo, com resolução do mérito para reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 269, IV, do mesmo *codex*, interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

Afirma que a própria sentença conclui que o prazo para a propositura da monitória pelo Código Civil de 1916, era de 20 anos. Logo, somente poderia ser considerado como aplicável o artigo 206, § 3º, IV, do CPC, se no referido *codex* existisse expressa referência à pretensão de enriquecimento sem causa.

Entende que o dispositivo do Novo Código Civil que se aplica ao caso é o artigo 205 que prevê: *"A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor"*.

Outrossim, não sendo este o entendimento deste Tribunal, é de se interpretar como prazo prescricional o de 5 anos previsto no artigo 206, §5º, I, do CC de 2002, que trata da pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.

Por fim, aduz que o legislador, ao estabelecer regras para prescrição, não quis beneficiar o devedor inadimplente, devendo, portanto, ser considerado o prazo prescricional de 10 ou mesmo 5 anos para a propositura da ação monitória.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Associação Beneficente de Campo Grande – Santa Casa, contra decisão que extinguiu com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, IV, do CPC, a ação monitória ajuizada em face de Leny Carmo de Sousa.

Consta nos autos que a apelante, em 25.5.2007, ajuizou ação monitória em face do apelado em razão de crédito no valor de R$ 425,00 (quatrocentos e vinte e cinco reais), representado por uma lâmina de cheque emitida pelo apelado em 19.8.2002. Ocorre que, quando da apresentação, o cheque foi devolvido sem a devida compensação.

O magistrado singular com fundamento no artigo 295, inciso IV e 219, § 5º, ambos do Código de Processo Civil, indeferiu a petição inicial, julgando extinto o processo, com resolução de mérito, para reconhecer a ocorrência da prescrição nos termos no artigo 269, IV, do mesmo *codex*.

Pois bem. Tenho que não assiste razão ao apelante.

O cheque prescrito não pode ser considerado como uma dívida líquida constante em instrumento particular ou público, consoante o disposto no § 5º, I, do art. 206, do CC, cujo prazo prescricional é de 5 (cinco) anos.

Trata-se, o presente caso, de ação monitória fundada em cheque prescrito; portanto não se exige do autor a declinação da *causa debendi*, pois é suficiente a juntada do próprio cheque, cabendo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito.

No entanto, resta evidente que o título de crédito em apreço fora devolvido por insuficiência de saldo (motivo 11 – f. 8) o que ocasiona o enriquecimento sem causa do apelado.

Assim, o prazo prescricional aplicável ao caso, ao contrário do alegado, é o trienal, nos termos da alínea IV do artigo 206 do Código Civil, que prevê o prazo de três anos para *"a pretensão de ressarcimento de enriquecimento ilícito."*

Deste modo, considerando que o título de crédito fora emitido em 19.8.2002, ou seja, durante a vigência do Código Civil de 1916, ao caso seria aplicável o prazo prescricional de 20 (vinte) anos, previsto nos artigo 177 primeira parte.

Ocorre que com o advento do Novo Código Civil, o prazo de prescrição para o caso em comento foi reduzido para 3 (três) anos, conforme estabelece o art. 206, § 3º, inciso IV, o que faz incidir a regra do art. 2.028, segundo o qual *"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"*.

Portanto, tendo em vista que até o advento do Código Civil de 2002 não havia transcorrido mais da metade do prazo vintenário, o prazo prescricional passou a ser o previsto no novo ordenamento jurídico, ou seja, de 3 (três) anos, contados a partir da data da entrada em vigor do novo *codex*, 11.1.2003.

Nesses termos, considerando que o ajuizamento da demanda ocorreu 25.7.2007, conclui-se que a pretensão autoral encontra-se fulminada pela ocorrência da prescrição, ocorrida exatamente em 11.1.2006.

Nesse sentido, aliás, é o posicionamento adotado por este Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM CHEQUE SEM FORÇA EXECUTIVA – PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL – CONTAGEM A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA – RECURSO PROVIDO.
>
> É de três anos o prazo de prescrição da ação monitória fundada em cheque sem força executiva, consoante estabelece o art. 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil, contados a partir da entrada em vigor do referido diploma, ou seja, 11.1.2003, tendo em vista a não-ocorrência de mais da metade do prazo vintenário fixado pelo Código Civil de 1916 (art. 177 c/c 179). (AC n. 2008.010637-8, Rel. Des. Pachoal Carmello Leandro, julgado em 18.8.2009).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM CHEQUE PRESCRITO – PRAZO TRIENAL – CONTAGEM A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (AC n. 2008.002123-5, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, julgado em 16.7.2009).

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre a questão:

> CIVIL - PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO MONITÓRIA - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - PRAZO - NOVO CÓDIGO CIVIL - VIGÊNCIA - TERMO INICIAL. 1 - À luz do novo Código Civil os prazos prescricionais foram reduzidos, estabelecendo o art. 206, § 3º, IV, que prescreve em três anos a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa. Já o art. 2.028 assenta 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". Infere-se, portanto, que tão-somente os prazos em curso que ainda não tenham atingido a metade do prazo da lei anterior (menos de dez anos) estão submetidos ao regime do Código vigente, ou seja, 3 (três) anos. Entretanto, consoante nossa melhor doutrina, atenta aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da irretroatividade legal, esses três anos devem ser contados a partir da vigência do novo Código, ou seja, 11 de janeiro de 2003, e não da data da constituição da dívida. 2 - Conclui-se, assim, que, no caso em questão, a pretensão da ora recorrida não se encontra prescrita, pois o ajuizamento da ação ocorreu em 13.2.2003, antes, portanto, do decurso do prazo prescricional de três anos previsto na vigente legislação civil. 3 - Recurso não conhecido. (REsp n. 813.293/RN, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 9.5.2006, DJ 29.5.2006, p. 265).

Por tais razões, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 6 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.024457-5 - Aquidauana
Primeira Turma Cível
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO E PARTILHA – AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL – NÃO OCORRÊNCIA – LEI N. 11.441/07 – ART. 982 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – REALIZAÇÃO PELA VIA EXTRAJUDICIAL – MERA FACULDADE DAS PARTES – SENTENÇA CASSADA – RECURSO PROVIDO.

O inventário e partilha pela via extrajudicial prevista no art. 982 do Código de Processo Civil, com a modificação trazida pela Lei n. 11.441/07, é mera faculdade atribuída às partes, sendo-lhes plenamente possível, caso prefiram, recorrer ao Judiciário.

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, 6 de outubro de 2009.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Adair Maria Rosa, Péricles Furlan e Percival Furlan Júnior interpõem recurso de apelação cível contra a sentença que, nos autos da ação de arrolamento dos bens deixados por Percival Furlan, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI do Código de Processo Civil.

Ao fundamento de que a Lei n. 11.441/07 criou uma mera faculdade, e não uma obrigação para que as partes realizem, na esfera extrajudicial, o inventário e partilha nos casos em que preenchidos os requisitos legais, pugnam os recorrentes pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a decisão recorrida.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por Adair Maria Rosa, Péricles Furlan e Percival Furlan Júnior contra a sentença que, nos autos da ação de arrolamento dos bens deixados por Percival Furlan, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI do Código de Processo Civil.

Em que pese o entendimento esposado pelo i. julgador *a quo*, vislumbro que o presente apelo deve ser provido.

Na espécie, verifica-se que os recorrentes fizeram uso da via judicial para promover a partilha dos bens deixados pelo *de cujus*, faculdade que lhes é atribuída pelo *caput* do art. 982 do Código de Processo Civil, com a nova redação dada pela Lei n. 11.447/07, *in vebis*:

> Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário (grifo não original).

Como se vê, tanto é uma faculdade que o próprio dispositivo legal utiliza a expressão "poderá" e não "deverá", pois somente neste último caso poderia se concluir pela existência de um comando imperativo da norma.

De acrescer que o Conselho Nacional de Justiça, no intuito de regulamentar a aplicação da legislação em exame no âmbito do foro extrajudicial, estabeleceu, por meio do art. 2º da Resolução n. 35, de 24 de abril de 2007, que:

> Art. 2° É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial, podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial (grifo não original).

Sendo assim, não há falar em ausência de interesse processual dos apelantes, conforme, aliás, vem decidindo reiteradamente esta Corte de Justiça e os demais tribunais pátrios:

> APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – PRESENÇA DE INTERESSE DE AGIR – HERDEIROS CAPAZES E CONCORDES – VIA EXTRAJUDICIAL – FACULDADE DOS INTERESSADOS – LEI N. 11.441/07 – RECURSO PROVIDO. Não há falar em ausência de interesse de agir quando os herdeiros interessados, capazes e concordes, optam pela utilização da via judicial para o trâmite de inventário ou partilha, sendo que a Lei n. 11.441/07 apenas faculta a utilização do procedimento extrajudicial, sem impor-lhe sua obrigatoriedade (TJMS, AC Proc. Especiais n. 2008.003199-9, Coxim, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 15.4.2008).

> Agravo de Instrumento - Decisão que, com fundamento na Lei n. 11.441/07, indeferiu o processamento de inventário - Faculdade das partes a escolha da via extrajudicial – Recurso provido. (TJSP, Ag. n. 496 169-4/9-00, Primeira Câmara 'A' de Direito Privado, Rel. Des. Laerte Nordi, julgado em 27.3.2007).

> ARROLAMENTO/INVENTÁRIO DE BENS - HERDEIROS CAPAZES E CONCORDES - VIA ADMINISTRATIVA - OPÇÃO DA PARTE - INTELIGÊNCIA DO ART. 982 DO CPC, COM A NOVA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.441/07 - EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - CASSAÇÃO DA SENTENÇA. O art. 982 do CPC, com a nova redação conferida pela Lei n. 11.441/07, dispõe, expressamente, que a via administrativa é uma opção/faculdade da parte interessada, e não uma obrigação. Assim, se a parte autora optou pelo trâmite do inventário em juízo é porque assim o quis, não podendo o Juiz extinguir o feito por inexistência de interesse processual (TJMG, AC n. 1.0686.07.192112-2/001, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Geraldo Augusto, julgado em 22.5.2007).

Em face do exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para cassar a sentença recorrida, determinando-se o regular processamento do feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 6 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2006.004088-2 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONTRATO DE LOCAÇÃO – DESPEJO DO LOCATÁRIO – AÇÃO ENTRE LOCADOR E TERCEIRO – AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO LOCATÁRIO – OFENSA À BOA-FÉ OBJETIVA – DEVER ANEXO DE INFORMAÇÃO – RESPONSABILIDADE DA IMOBILIÁRIA E DO LOCADOR – PEDIDO INICIAL PROCEDENTE – RECURSO NÃO-PROVIDO.

"O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5°, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança", consoante o Superior Tribunal de Justiça. Assim, o despejo inusitado e repentino do locatário – sem sua comunicação prévia – em razão de ação movida contra o locador gera responsabilidade civil, mormente porque o dever anexo de informação é violado.

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, 12 de novembro de 2009.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Gerson Luiz Martins, nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais (feito de n. 001.04.064997-1, da Primeira Vara Cível da Comarca de Campo Grande, Mato Grosso do Sul) que lhe move Jussara Maria da Costa, inconformado com a sentença de procedência do pedido constante da inicial, interpôs esta Apelação Cível.

Afirmou que o pleito é improcedente, pois a autora tinha ciência do despejo.

Anotou que tal fato é comprovado pela breve ausência de cobrança do aluguel.

Ainda, pediu a inversão do ônus da sucumbência.

Nas contrarrazões (f. 172-174), a autora pugnou pelo não-provimento.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Jussara Maria da Costa ajuizou Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais (feito de n. 001.04.064997-1, da Primeira Vara Cível da Comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul) contra a Casa Branca Imóveis Ltda. e Gerson Luiz Martins, com a alegação de que foi despejada do imóvel que locara sem sua prévia cientificação.

O magistrado da causa proferiu sentença (f. 151):

> Dessa forma, o nexo causal restou demonstrado pela imprudência e negligência dos requeridos, ao não efetuarem a notificação da autora sobre a discussão da posse do bem e da possibilidade da ocorrência do despejo (ação ou omissão), e o constrangimento, dor, sofrimento e aborrecimento por que passou a autora (dano moral), causados por culpa dos primeiros, consistente na falha cometida por eles, acima aludida (dolo ou culpa)[...] Posto isso, com base nas provas contidas no processo, julgo procedente o pedido da autora e condeno os requeridos ao pagamento, a título de indenização por danos materiais, o valor de R$ 567,61 (quinhentos e sessenta e sete reais e sessenta e um centavos), com incidência de correção monetária pelo IGPM da data do desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Condeno os requeridos, ainda, ao pagamento de R$ 690,00 (seiscentos e noventa reais) referente a multa contratual prevista na cláusula décima sexta do contrato de locação e ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), com incidência da correção monetária pelo IGPM a partir da data da sentença, e juros de mora de 1% a partir da citação. Arcarão os requeridos com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em R$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, § 4º do CPC, sendo cada parte responsável pelo pagamento de R$ 500,00 (quinhentos reais). Observadas as formalidades legais, arquive-se. Publique-se. Registre-se. I. C.

O réu recorrente apela e afirma que o pedido constante da inicial é improcedente, pois a autora tinha ciência quanto ao despejo em questão. Anota que tal fato é comprovado pela ausência de cobrança do aluguel desde 28-4-2003. Aduz que não deve arcar com o pagamento das custas processuais e dos respectivos honorários advocatícios.

É incontroverso que a autora firmou instrumento de contrato de locação de um imóvel residencial com os réus, onde passou a morar com a mãe, já que essa genitora padecia de doença neurológica e necessitava de tratamentos médicos. Essa realidade fática decorre da análise dos autos, o que não restou impugnado especificamente por nenhum dos réus.

É incontroverso também que, em 26.6.2003, a autora locatária e sua genitora foram despejadas do aludido bem imóvel em razão de um Mandado de Despejo oriundo dos autos da Carta Precatória de n. 001.01.012686-3 expedida no feito de Execução Hipotecária de n. 24.048/1997, que tramitou na Terceira Vara Cível da Comarca de Brasília, Distrito Federal.

Na petição inicial, a autora recorrida alega que teve de morar com uma parenta em razão da ausência de notificação prévia por parte dos réus – locador e imobiliária. Adverte que esse despejo inusitado e repentino gerou-lhe vários danos materiais e morais, mormente porque sofreu constrangimentos perante toda a vizinhança do lugar onde residiam.

Assim, a única questão controvertida cinge-se em saber se o locador e a imobiliária (réus) comunicaram ou não a possibilidade de a autora e sua mãe serem despejadas. Ou seja, é preciso saber se os réus, no desempenho de suas funções contratuais, envidaram ou não esforços para que a autora fosse informada antecipadamente quanto à possibilidade de despejo.

Em que pesem os argumentos cadentes da imobiliária e do locador, é certo que os autos não contêm provas de que eles cientificaram ou acautelaram a locatária autora quanto à eventual possibilidade da existência de despejo. Aliás, essa inércia contratual por parte dos réus violou o dever anexo de informação, o qual deriva do Princípio da Boa-fé Objetiva.

É importante consignar que tanto a omissão contratual dos réus quanto o aviso do Oficial de Justiça acerca do iminente despejo causaram extremo constrangimento e perturbação intensa na autora, conforme atestado no depoimento colhido da testemunha Melissa Escobar de Carvalho, a qual foi advertida e compromissada nos termos da lei (f. 113).

É de se frisar que a eventual concessão de prazo pelo meirinho detentor do Mandado de Despejo não tem o condão de eliminar ou excluir a responsabilidade civil contratual da imobiliária e do locador, sobretudo porque tal prazo – existente entre a data de emissão do mandado e a data do seu cabal cumprimento – não foi qualificado como suficiente para a autora.

A respeito da Boa-fé Objetiva, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho ensinam:

> Compreendendo o Princípio da Boa-fé Objetiva. Assim, em uma relação jurídica, presente o imperativo dessa espécie, as partes devem guardar entre si a lealdade e o respeito que se esperam do homem comum... Mas, a boa-fé objetiva tem também a importante função criadora de deveres anexos ou de proteção[...] Dever de informação[...] Trata-se de uma imposição moral e jurídica a obrigação de comunicar à outra parte todas as características e circunstâncias do negócio e, bem assim, do bem jurídico, que é seu objeto, por ser imperativo de lealdade entre os contratantes. (**Novo Curso de Direito Civil**. Contratos. Tomo 1. Volume IV. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 73).

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou:

> ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA. DIREITO À INFORMAÇÃO... O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5°, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança. (STJ, REsp n. 586.316, MG, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 17.4.2007).

Posto isso, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 12 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.003070-8 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DEMOLITÓRIA – OCUPAÇÃO DE LOGRADOURO PÚBLICO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Impossível a indenização por benfeitorias, decorrentes de invasão de logradouro público, sem prévia autorização.

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, 22 de outubro de 2009.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Município de Campo Grande-MS propôs Ação Demolitória contra Kedma Paola dos Santos Marques, Jocelei Nunes dos Santos, Albertina Rosa, Eliete Rodrigues da Silva e Marlene dos Santos Fonseca, alegando que, as requeridas edificaram suas casas em logradouro público sem qualquer autorização, impedindo o acesso de outras pessoas na travessa ocupada, caracterizando invasão de área pública. Pleiteou, portanto, autorização para efetuar a demolição das obras construídas irregularmente, considerando o fato de que as requeridas não atenderam as providências administrativas adotadas.

Às f. 92-96, o requerente manifestou quanto à revelia de Marlene dos Santos Fonseca que, mesmo citada, deixou de apresentar contestação, presumindo como verdadeiras as alegações iniciais e pediu pelo recebimento da petição como impugnação às outras contestações apresentadas. Quanto à requerida Eliete Rodrigues da Silva, ficou certificado pelo Oficial de Justiça que a mesma mudou-se do local, tendo o processo sido extinto contra a mesma.

Advindo sentença, o juiz *a quo,* julgou procedente o pedido inicial, autorizando o Município a demolir as edificações irregulares. Com relação à Marlene dos Santos Fonseca, condenou ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 300,00, bem como as despesas com a demolição do imóvel. Quanto às requeridas, Albertina Rosa, Jocelei Nunes dos Santos e Kedma Paola dos Santos Marques, deixou de condenar ao pagamento das custas e demais despesas face ao benefício da justiça gratuita concedido. Facultou ainda, o prazo de 30 dias para a desocupação voluntária dos imóveis.

Inconformadas com a sentença, Kedma Paola dos Santos Marques, Jocelei Nunes dos Santos e Albertina Rosa interpuseram Recurso de Apelação, pedindo por sua reforma no sentido de que seja determinada a desocupação, porém, com pagamento de indenização justa pelas benfeitorias existentes no local, que deverão ser avaliadas, alegando não haver provas nos autos quanto à invasão da área.

Às f. 125-127, o juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos, juntou cópia da sentença proferida nos autos n. 001.07.050840-3, em trâmite naquela vara, de forma idêntica, configurando litispendência, onde julgou extinto o processo em razão da sentença proferida nos presentes autos.

Contrarrazões aforadas em f. 132-135.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Kedma Paola dos Santos Marques, Jocelei Nunes dos Santos e Albertina Rosa, inconformadas com a sentença prolatada pela 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos, interpuseram Recurso de Apelação, pedindo por sua reforma no sentido de que seja determinada a desocupação, porém, com pagamento de indenização justa pelas benfeitorias existentes no local, que deverão ser avaliadas, alegando não haver provas nos autos quanto à invasão da área.

Quanto à alegação de direito à indenização pelas benfeitorias existentes no local, razão não assiste às apelantes, senão vejamos.

Primeiramente, deve-se analisar a regularidade da ocupação. Compulsando os autos, ficou claramente demonstrado, inclusive por documentos, que as edificações foram construídas em logradouro público sem prévia autorização, ou seja, local de uso comum do povo. É sabido que a ocupação de local público, de uso comum a todos, caracteriza ato lesivo à comunidade em geral.

Dessa forma, fica provado que a posse das apelantes não é uma posse de boa-fé e quando não se trata de uma posse justa ou de boa-fé, não há como se falar em indenização por benfeitorias, pois, ao edificar suas residências em área pública, sem autorização, assumiram o risco de perder o que foi investido.

Nesse sentido, entende o E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> ADMINISTRATIVO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - PROPRIEDADE PÚBLICA - TÍTULO PRECÁRIO - ESBULHO CONFIGURADO - RETENÇÃO DE BENFEITORIAS - MÁ-FÉ - INDENIZAÇÃO INCABÍVEL. 1. Não logrando êxito em demonstrar que se encontra autorizada, por uma das formas legalmente previstas, a ocupar e explorar a área reclamada pelo Município, é de se acolher o pedido de reintegração de posse, uma vez que a posse ““in casu”“ se presume em favor do ente público, salvo quando da existência de justo título, o que não se pode atribuir a qualquer título verbal, em face de sua discrepância com os princípios inerentes à Administração Pública. 2. Estando a posse eivada de má-fé, devido às circunstâncias demonstradas nos autos, indevida se torna a indenização por eventuais benfeitorias realizadas na propriedade. 3. Negar provimento. (TJ/MG, Proc. n. 1.0000.00.304062-3/000(2), Sexta Câmara Cível, Des. Célio César Paduani, Belo Horizonte, 15.6.2004).

Ressalta-se ainda, que a ocupação de área pública, sem autorização legal, não gera posse justa ou de boa-fé e, ao particular, é vedada a ocupação de área pública sem prévia autorização.

É pacífico o entendimento do E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

> EMENTA. REIVINDICATÓRIA. BEM PÚBLICO. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. DESCABIMENTO. 1. A ocupação de área pública pelas rés é insuscetível de produzir efeitos da posse, inclusive no que respeita à indenização por acessões. 2. Apelação improvida. (TJ/DFT, AC n. 19980110216239, Quarta Turma Cível, Relª. Desª. Vera Andrighi, julgado em 31.5.2004, DJ 12.8.2004, p. 80).

> EMENTA. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. IMÓVEL PÚBLICO. OCUPAÇÃO IRREGULAR. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA. INCABÍVEL A INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. 1. A posse exercida por particulares sobre bem público constitui ato de mera tolerância. Atos de mera permissão ou tolerância não geram posse (art. 497, CC)2.Não cabe indenização por eventuais benfeitorias, mesmo porque entendo não se caracterizarem benfeitorias as construções feitas no imóvel. 3. Recurso Improvido. (TJ/DFT, AC n. 20030111053815, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves, julgado em 8.11.2004, DJ 16.12.2004, p. 50).

Destaco ainda, o reconhecimento por parte das apelantes quanto à ocupação da área pública, onde pedem em fase recursal por indenização de benfeitorias, ora, se reconhecem que estão localizadas em área de domínio público, estão cientes de que não cabe indenização, considerando a ausência de autorização para referida ocupação tornar-se de boa-fé.

> INDENIZAÇÃO - ACESSÃO EM BEM PÚBLICO - MÁ-FÉ CARACTERIZADA - DEMOLIÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL - IMPOSSIBILIDADE. Age de má-fé aquele que exerce posse sobre bem público e nele edifica acessões, tornando impossível a indenização por dano material e moral decorrentes de sua demolição. Recurso a que se nega provimento. (TJ/MG, Proc. n. 1.0000.00.257995-1/000(1), Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Kildare Carvalho, Belo Horizonte, 19.12.2002)

Dessa forma, ante o exposto, conheço do recurso, mas **nego-lhe provimento**, mantendo incólume a sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 22 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.026839-3 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – ALIENAÇÃO DE VEÍCULO – ARREMATAÇÃO EM LEILÃO – NÃO OCORRÊNCIA DE VENDA A PREÇO VIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

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, 15 de outubro de 2009.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Gustavo Martins Cantero inconformado com a sentença que, nos autos da ação de reparação de danos, ajuizada contra BV Financeira S.A., julgou improcedentes os pedidos, interpõe recurso de apelação, f. 111-113, objetivando sua reforma.

Extrai-se dos autos que as partes celebraram contrato de alienação fiduciária para aquisição de veículo, avaliado em R$ 14.800,00, f.09, efetuada entrada de R$ 7.800,00 e dividido o restante em 48 parcelas. O autor pagou 1 (uma) parcela, levando o réu ao ajuizamento da busca e apreensão, que foi concretizada em 20.7.2006, f. 34, e em 30.11.2006 o bem foi vendido extrajudicialmente por R$ 7.980,00 f.10. Assim, à época o débito remanescente após a venda foi aferido em R$ 4.129,01.

O apelante alega que o valor de venda foi vil, pois conforme a tabela FIPE, f. 12, o valor é de R$ 13.951,00 e não o valor de R$ 7.600,00; logo, afirma que houve dilapidação de seu patrimônio, bem como entende que ocorreu dano moral com a inclusão de seu nome no SERASA por débito não comprovado.

Sustenta também que é devida a prévia avaliação do bem apreendido conforme o art. 51, IV e §1º, II, III do CDC.

Por fim, requer a reforma da sentença para que seja declarado a inexistência de débito, à indenização em danos morais, à compensação e a devolução do crédito, no valor de R$ 3.670,99, e excluir o seu nome da Serasa e SPC, bem como a condenação do apelado em custas processuais e honorários advocatícios.

Contrarrazões aforadas às f. 122-140.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Gustavo Martins Cantero inconformado com a sentença que, nos autos da ação de reparação de danos, ajuizada contra BV Financeira S.A., julgou improcedentes os pedidos.

O apelante alega que o valor de venda foi vil, pois conforme a tabela FIPE, f. 12, o valor é de R$ 13.951,00 e não o valor de R$ 7.980,00; logo, afirma que houve dilapidação de seu patrimônio, bem como ocorreu dano moral com a inclusão de seu nome no SERASA por débito não comprovado.

A questão cingir-se-á em verificar se o valor do veículo foi corretamente aferido, e em sendo positiva a resposta leva há existência de débito, mas não em crédito em favor do apelante.

Primeiramente colaciono o art. 2º do Decreto-Lei n. 911/69 que vislumbra sobre a venda extrajudicial, *in verbis:*

> Art 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

Nesse sentido o TJMS já se manifestou favorável a venda extrajudicial:

> Nas ações de busca e apreensão, caso o pedido seja julgado procedente, não há como privar o direito de o credor fiduciário realizar a venda extrajudicial do bem dado em garantia fiduciária, uma vez que o art 3º, § 5º, do Decreto-Lei n. 911/69, dispõe que da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo. (TJMS, AC n. 2007.000879-1, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 22.5.2007).

Nesse diapasão, também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *inverbis*:

> No contrato de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, o que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, e o devedor tem o direito de receber o saldo apurado, mas não a restituição integral do preço pago. Precedentes. (STJ, REsp n. 401702/DF, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 29.8.2005).

Pois bem, a tabela FIPE apresentada pelo apelante data à época de 18.2.2008, como sendo o valor do veículo em R$ 13.951,00.

Com efeito deve-se observar conforme consta do auto de busca e apreensão, f. 34, *"1 veículo Ford/Fiesta cor cinza Placas HRN – 0265 ano/modelo 99/99* ***com motor em mal estado de uso e conservação****"*. (grifei e negritei).

Dessa forma, o valor que consta na tabela FIPE é para veículos em condições normais, o que não é o caso, bem como a alienação ocorreu mais de um ano depois da apreensão.

No caso em tela, levando-se em consideração a tabela FIPE apresentada, que reitero ser para veículos em condições normais, o que não é o caso, com o valor de venda extrajudicial, a clara percepção de que o valor obtido com a venda não é inferior a 57% (cinquenta e sete por cento) ao da avaliação, assim não constituindo preço vil.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ARREMATAÇÃO. VALOR INFERIOR A 50% DA AVALIAÇÃO DO BEM. PREÇO VIL.
>
> 1. O STJ entende que está caracterizado o preço vil quando o valor da arrematação for inferior a 50% da avaliação do bem.
>
> 2. Hipótese em que os bens foram arrematados por quantum correspondente a 33,3% do montante avaliado.
>
> 3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp n. 996.388/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23.6.2009, DJ 27.8.2009).

Destarte, o preço de venda não deve ser considerado como vil; logo, a venda foi legítima e em não havendo quitação de todo débito há possibilidade de inscrição do nome do devedor, ora apelante, nos órgãos de proteção, se notificado não pagou o débito. Por consequência o pedido de danos morais resta prejudicado.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento mantendo inalterada a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 15 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.021049-2 - São Gabriel do Oeste
Segunda Turma Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE SEGURO – SINISTRO QUE CAUSOU PERDA TOTAL – INDENIZAÇÃO PAGA SOBRE VALOR DE MERCADO REFERENCIADO – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVÊ SER O MONTANTE CORRESPONDENTE AO VEÍCULO NOVO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS INTERMEDIÁRIAS À CELEBRAÇÃO DO CONTRATO – SICREDI E CORSECOOP – TEORIA DA APARÊNCIA – RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

A renovação de contrato de seguro não descaracteriza os prazos iniciados naquele renovado.

O valor da cobertura do seguro, no caso de perda total, será o de um veículo novo, se o bem possuir essa característica no momento da celebração do contrato, obedecendo-se aos requisitos exigidos no Manual do Segurado e Cláusulas Gerais.

As empresas intermediárias da celebração do contrato de seguro respondem solidariamente com a Seguradora pelos prejuízos causados ao segurado por omissão de informações, por força da teoria da aparência e da própria condição de representantes da contratada.

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, afastar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Georgina de Fatima Lopes Caldeira interpõe Apelação Cível - Ordinário contra sentença (f. 267-275) que, na ação de cobrança c.c reparação de danos materiais e morais movida em face de Cooperativa de Crédito Rural Centro Norte do MS - SICREDI, Corretora de Seguros Sicredi Ltda. – CORSECOOP e Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A., julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Sustenta, em síntese que: I) a apólice de seguro prevê que para os veículos que sofrem perda total no prazo de 180 dias após a contratação do seguro concede-se a indenização como veículo novo; II) a cláusula contratual que estabelece a indenização pelo valor de mercado do veículo de acordo com a tabela FIPE é exorbitante e abusiva;

III) a multa contratual no importe de 20% sobre o valor da obrigação é devida em razão do seu descumprimento, nos termos do art. 389 CC; IV) faz jus à indenização por dano moral pela humilhação e constrangimento sofridos e decorrentes da negligência e desídia da seguradora ao recusar o pagamento do seguro.

Ao final, pede o provimento do recurso para condenar as recorridas ao pagamento da diferença obtida entre o valor de cobertura do seguro pago e o valor de um veículo zero quilômetro (R$ 5.120,00), na multa por descumprimento do contrato na ordem de 20% e no dano moral, com a inversão do ônus de sucumbência.

Contrarrazões da CORSECOOP às f. 300-9 e da SICREDI às f. 310-9, em que alegam preliminares de ilegitimidade para figurarem no polo passivo.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Georgina de Fatima Lopes Caldeira interpõe Apelação Cível - Ordinário contra sentença (f. 267-275) que, na ação de cobrança c.c reparação de danos materiais e morais movida em face de Cooperativa de Crédito Rural Centro Norte do MS - SICREDI, Corretora de Seguros Sicredi Ltda. – CORSECOOP e Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A., julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Sustenta, em síntese que: I) a apólice de seguro prevê que para os veículos que sofrem perda total no prazo de 180 dias após a contratação do seguro concede-se a indenização como veículo novo; II) a cláusula contratual que estabelece a indenização pelo valor de mercado do veículo de acordo com a tabela FIPE é exorbitante e abusiva; III) a multa contratual no importe de 20% sobre o valor da obrigação é devida em razão do seu descumprimento, nos termos do art. 389 CC; IV) faz jus à indenização por dano moral pela humilhação e constrangimento sofridos decorrentes da negligência e desídia da seguradora ao recusar ao pagamento do seguro.

Ao final, pede o provimento do recurso para condenar as recorridas no pagamento da diferença obtida entre a cobertura de seguro paga e o valor de um veículo zero quilômetro (R$ 5.120,00), na multa por descumprimento do contrato na ordem de 20% e no dano moral, com a inversão do ônus de sucumbência.

Da preliminar de ilegitimidade passiva arguida nas contrarrazões

Consabido, o contrato de seguro está sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, donde a responsabilidade solidária objetiva é integral, tanto da seguradora como da corretora por danos provocados ao segurado: *"Art. 34. O fornecedor de produtos ou serviços é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos."*

Como se constata no presente caso, ambas são intermediárias da seguradora Mapfre, visto que a Corsecoop informa em suas contrarrazões (f. 305) que faz a ligação das vendas de seguros entre os clientes da Sicredi e a Seguradora, como qualquer outra corretora, seja a varejo ou atacado. Quanto à Sicredi, basta verificar o manual do segurado (f. 17) que traz estampado na capa "SICREDI SEGURO AUTO", não deixando dúvidas acerca de sua participação na celebração do contrato de seguro.

Portanto, se houve omissão de informações na celebração do contrato de seguro que ensejou na recusa ao pagamento do valor devido à apelante, essa responsabilidade não só atinge a seguradora, mas também os seus representantes, porque em seu nome é que houve o desenrolar da avença.

Destarte, tendo atuado a Sicredi e Corsecoop como intermediária da seguradora Mapfre na formalização da venda do seguro, a responsabilidade calcada no dever de indenizar se estende solidariamente, diante da teoria da aparência.

Assim tem decidido este Sodalício:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO SUMÁRIA DE INDENIZAÇÃO – CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVEL – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – DETERMINAÇÃO PARA PARTE REQUERIDA COMPROVAR QUE NÃO HOUVE CONTRATAÇÃO DO SEGURO AFIRMADA PELO AUTOR E DE QUE NÃO HOUVE O PAGAMENTO DAS PARCELAS DO SEGURO – QUESTÕES JÁ ANALISADAS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRECLUSÃO – NÃO CONHECIMENTO – MORA – NÃO CONFIGURADA – CORRETORA CREDENCIADA PELA SEGURADORA – PROPOSTA DE SEGURO DEVIDAMENTE FORMALIZADA COM PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES AVENÇADAS – TEORIA DA APARÊNCIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APLICAÇÃO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – DEVER DE INDENIZAR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> [...].
>
> Agindo o corretor de seguros, atuando como preposto, credenciado e/ou representante da seguradora, com culpa pela omissão e desídia, em retardar ou adiar ato que lhe impunha no exercício de sua função, estende essa responsabilidade solidariamente à Seguradora em face da teoria da aparência e da própria condição de representante da contratada que em seu nome contratou. (AC, n. 2007.013445-0, Naviraí, Quarta Turma, julgado 18.3.2008, Rel. Des. Rêmolo Letteriello). (destacado).

Da apelação de Georgina de Fátima Lopes Caldeira

Da cobertura do seguro

A questão cinge-se em analisar se a cobertura do seguro incide sobre o valor de carro novo ou usado.

Diante dos elementos constantes dos autos, conclui-se ser positiva a resposta para veículo zero quilômetro, senão veja-se:

A recorrente celebrou contrato de seguro tendo como prazo de vigência 3.2.2004 a 3.2.2005 (f. 13-4). Em 30.12.2004 negociou com a seguradora a substituição do referido seguro (f. 182-4) para um veículo novo que havia adquirido (f. 111). Com o vencimento do contrato, renovou-o em 1.2.2005(f. 186-8) para o período de 3.2.2005 a 3.2.2006.

O contrato prevê como cobertura do seguro, em caso de colisão, incêndio e roubo, o valor de mercado referenciado (f. 186). No entanto, em se tratando de veículo novo, o Manual do Segurado e Condições Gerais (f. 17) prevê que a cobertura terá como parâmetro o valor de veículo nas mesmas condições desde que obedecidos alguns requisitos. Confira:

> 2.1.3. Nos veículos zero-quilômetro, para a determinação do valor da indenização, tomar-se-á o Valor de Novo de um veículo de idênticas características, desde que obedecidas cumulativamente as seguintes condições:
>
> a) O seguro tenha sido contratado dentro das primeiras 72 (setenta e duas) horas contadas da data de saída do veículo da Concessionária, data esta expressa na Nota Fiscal de

> Compra;
>
> b) O dano total por roubo, furto ou incêndio tenha ocorrido dentro do prazo máximo de 90 dias, contados da data de saída do veículo da Concessionária, data esta expressa na Nota Fiscal de Compra;
>
> c) O Dano Total por colisão tenha ocorrido dentro do prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de saída do veículo da Concessionária, data esta expressa na Nota Fiscal de Compra;
>
> d) Seja o primeiro sinistro com o veículo. (destaquei)

Nesse passo, tem-se que a cobertura deve ser de acordo com o valor de veículo zero quilômetro na data do sinistro, nas mesmas características do segurado, conforme estabelecido pelas partes.

A uma, porque o bem foi adquirido em 29.12.2004 (NF 21747 – f. 111) e a substituição do seguro ocorreu no dia 30.12.2004 (f. 184), ou seja, 24 horas após a saída do veículo da concessionária.

A duas, porque o sinistro se deu em 22.2.2005 (f. 128), dentro do prazo de 180 dias previsto nas cláusulas gerais.

A três, porque não houve interrupção do seguro, mas apenas sua renovação, e por isso não se desconsideram os prazos iniciados na vigência do contrato anterior.

A quatro, porque, consoante as provas dos autos, foi o primeiro sinistro do veículo.

Da multa contratual

Sustenta-se que o descumprimento da obrigação contratada enseja aplicação de multa em 20% nos termos do art. 389 do NCC.

Sem exito esta pretensão, porquanto não há previsão de sua incidência no contrato ou qualquer decisão judicial autorizando sua aplicação.

Dos danos morais

Também não procede este pedido.

É que, consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, o descumprimento de cláusula contratual não enseja dano moral por se caracterizar mero aborrecimento a que todos estão sujeitos pela própria vida em sociedade.

Confira arestos a respeito:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGURO-VIAGEM. DANOS MORAIS. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. INOCORRÊNCIA EM REGRA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. RECURSO DESACOLHIDO.
>
> I - Como anotado em precedente (REsp n. 202.504-SP, DJ 1.10.2001), "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.
>
> II - Não verificadas as omissões apontadas, a mera divergência da parte com o entendimento e a conclusão contidos no acórdão não constituem embasamento a embargos declaratórios. Outrossim, não se pode pretender, por via oblíqua, a reforma da decisão com revisão de questões de fato e de direito. (REsp n. 338.162/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 20.11.2001, DJ 18.2.2002, p. 459).
>
> AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. IMPONTUALIDADE NA ENTREGA DA OBRA. DANOS MORAIS.
>
> 1. O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível.
>
> 2. Conforme entendimento pacífico do STJ, a correção monetária tem como marco inicial a data da prolação da sentença que fixa o quantum indenizatório.
>
> 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp n. 876.527/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 1º.4.2008, DJ 28.4.2008, p. 1).

Acresça-se que a humilhação sofrida em decorrência do atendimento do funcionário do banco não foi comprovada nos autos e o documento de atendimento médico não é suficiente para sustentar a indenização. Aliás, a recorrente desistiu de produzir outras provas (f. 253).

O fato de a seguradora ter efetuado o pagamento da cobertura do seguro em valor menor, enseja tão somente o direito a ser reembolsada pelo valor correspondente à diferença, o que lhe está sendo assegurado neste voto.

Conclusão

Ante o exposto, voto por se dar parcial provimento à apelação a fim de condenar as recorridas ao pagamento do valor de R$ 5.120,00 (cinco mil, cento e vinte reais), corrigido pelo IGPM-FGV desde o ajuizamento da ação, mais juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Por consequência, diante da sucumbência recíproca (art. 21, *caput*, CPC), as partes arcarão com 50% cada uma em relação as custas e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da causa, compensados nos termos da Súmula 306 do STJ, ficando sobrestada sua exigibilidade com relação à apelante, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50 (f. 295).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

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, Luiz Carlos Santini e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.018255-0 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – MULTA PELO NÃO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA DESIGNADA PELO PROCON – LEGALIDADE DO ATO – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Se o Procon, na defesa do consumidor, aplica multa à Administradora de Consórcios com base em procedimento administrativo desprovido de ilegalidade ou de abuso de poder por parte da autoridade competente para cominar a sanção, impõe-se a manutenção da sentença que denegou a segurança.

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 e com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de novembro de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

CNF - Administradora de Consórcio Nacional Ltda. interpõe Apelação Cível - Lei Especial (f. 151-163) contra sentença (f. 135-145) que, no Mandado de Segurança impetrado contra ato do Sr. Superintendente para Orientação e Defesa do Consumidor, denegou a segurança pleiteada.

Sustenta que a multa aplicada pelo não comparecimento à audiência no Procon é descabida, uma vez que não praticou ilegalidade ou crime de desobediência de forma a ensejar a penalidade. Alega que havia enviado correspondência justificando a sua ausência. Reclama que a inclusão do seu nome na dívida ativa do Estado e no Cadastro Estadual e Nacional de Reclamações Fundamentadas prejudica sua atividade laboral. Ao final, aduz que nenhuma razão assiste ao consorciado que apresentou reclamação, pois não é devida a restituição imediata do valor das parcelas.

Contrarrazões às f. 182-8.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não-provimento do recurso (f. 199-206).

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, CNF - Administradora de Consórcio Nacional Ltda. interpõe Apelação Cível - Lei Especial (f. 151-163) contra sentença (f. 135-145) que, no Mandado de Segurança impetrado contra ato do Sr. Superintendente para Orientação e Defesa do Consumidor, denegou a segurança pleiteada.

Sustenta que a multa aplicada pelo não comparecimento à audiência no Procon é descabida, uma vez que não praticou ilegalidade ou crime de desobediência de forma a ensejar a penalidade. Alega que havia enviado correspondência justificando a sua ausência. Reclama que a inclusão do seu nome na dívida ativa do Estado e no Cadastro Estadual e Nacional de Reclamações Fundamentadas prejudica sua atividade laboral. Ao final, aduz que nenhuma razão assiste ao consorciado que apresentou reclamação, pois não é devida a restituição imediata do valor das parcelas.

Consta dos autos que a recorrente impetrou mandado de segurança visando obter ordem para anular a multa aplicada pelo Procon na reclamação n. 6.404/03/02, proposta pelo consumidor Anilton José de Oliveira.

O magistrado de primeiro grau denegou a segurança.

A Lei n. 1.533/51, vigente à época da propositura do *mandamus*, dispunha:

> Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas corpus', sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer a violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte da autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Segundo Hely Lopes Meirelles, "*Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido e certo, para fins de segurança*".(**Mandado de Segurança**, 30ª ed., ed. Malheiros, p. 38).

No caso, a autoridade impetrada, o Superintendente para Orientação e Defesa do Consumidor, aplicou a multa porque a recorrente, devidamente notificada, deixou de comparecer à audiência de tentativa de conciliação designada.

Não há qualquer ilegalidade na aplicação da penalidade, pois o Código de Defesa do Consumidor estabelece:

> Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.
>
> [...]
>
> [1]§ 4° Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial.

1 Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto n. 861, de 9.7.1993, e dá outras providências

O Decreto n. 2.181/97, por sua vez, dispõe:

> Art. 18. A inobservância das normas contidas na Lei n. 8078 de 1990, e das demais normas de defesa do consumidor constituirá prática infrativa e sujeitará o fornecedor às seguintes penalidades, que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, inclusive de forma cautelar, antecedente ou incidente no processo administrativo, sem prejuízo das de natureza cível, penal e das definidas em normas específicas
>
> [...]
>
> Art. 33. As práticas infrativas às normas de proteção e defesa do consumidor serão apuradas em processo administrativo, que terá início mediante
>
> [...]
>
> § 2º A recusa à prestação das informações ou o desrespeito às determinações e convocações dos órgãos do SNDC caracterizam desobediência, na forma do art. 330 do Código Penal, ficando a autoridade administrativa com poderes para determinar a imediata cessação da prática, além da imposição das sanções administrativas e civis cabíveis.

A apelante alega que havia enviado correspondência justificando sua ausência à audiência.Todavia, tal argumento não prospera porque, conforme consta da notificação n. 319/08 (f. 33), a autoridade coatora informou o teor da reclamação do consumidor e propôs a conciliação para o dia 17.4.2002. Contudo, além de não comparecer, elaborou documento, datado de 16.4.2002, postado da cidade de São Paulo – SP, apenas insurgindo-se contra a audiência por entender que a reclamação era improcedente (f. 83).

Nesse contexto, verifica-se não haver qualquer ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade impetrada na aplicação da sanção.

Ademais, consoante ressaltou a sentença, "*Não se pode olvidar, que refoge à análise destes autos, a procedência ou não das alegações do impetrante quanto ao mérito do pedido do consumidor, se pode ou não receber imediatamente as prestações adimplidas no contrato de seguro, ou se deve esperar o fim de grupo, sendo tal fato totalmente descabido para desobedecer chamado de autoridade investida de competência firmada pela lei, deixar de prestar informações ou não comparecer ao órgão para tentativa de conciliação.*".

Finalmente, quanto aos prejuízos alegados, não são mais do que a consequência da conduta da recorrente que infringiu a norma legal e redundou na aplicação da sanção administrativa.

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita modificar a conclusão do magistrado de primeiro grau.

Conclusão

Eis por que, em consonância com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, voto por negar provimento, mantendo-se a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO.

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, 24 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.026121-0 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS – DANOS MORAIS DEVIDAMENTE COMPROVADOS – DEVER DE INDENIZAR – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO REDUZIDO – FIXAÇÃO AUFERIDA EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se o corte de energia elétrica deu-se de forma indevida, sem motivo plausível ou notificação prévia do consumidor, resta configurado o dever da concessionária de energia de indenizar os danos morais por ele suportados.

Se o *quantum* indenizatório não atendeu aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser reduzido.

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, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de novembro de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Enersul - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. interpõe apelação contra sentença (f. 61-5) que, na ação de indenização por danos morais que lhe move Maria Neide de Souza, julgou procedente o pedido inicial para condená-la ao pagamento da quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais e, ainda, custas processuais e honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação.

Aduz, em síntese, que sem a comprovação do dano é inadmissível a pretensão indenizatória, sendo certo que a suspensão no fornecimento de energia elétrica não passa de mero incômodo, incapaz de gerar ofensa à moral.

Pondera que caso mantida a condenação deve ser levado em conta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de modo que a indenização não dê ensejo ao enriquecimento sem causa da apelada, que é pobre nos termos da lei.

Requer o provimento do apelo ou, subsidiariamente, a redução do *quantum* arbitrado.

Contrarrazões às f. 84-91.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Enersul - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. interpõe *apelação* contra sentença (f. 61-5) que, na *ação de indenização por danos morais* que lhe move Maria Neide de Souza, julgou procedente o pedido inicial para condená-la ao pagamento da quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais e, ainda, custas processuais e honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação.

Aduz, em síntese, que sem a comprovação do dano é inadmissível a pretensão indenizatória, sendo certo que a suspensão no fornecimento de energia elétrica não passa de mero incômodo, incapaz de gerar ofensa à moral.

Pondera que caso mantida a condenação deve ser levado em conta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de modo que a indenização não dê ensejo ao enriquecimento sem causa da apelada, que é pobre nos termos da lei.

Requer o provimento do apelo ou, subsidiariamente, a redução do *quantum* arbitrado.

A sentença deve ser parcialmente reformada.

Ao que se colhe, a recorrente ajuizou ação de indenização por danos morais em decorrência da interrupção indevida de energia elétrica em sua residência, por suposta inadimplência de fatura devidamente quitada.

Nesse passo, evidente a ofensa ao bom nome e a boa fama da consumidora, além de inúmeros transtornos evidenciados com a ausência de energia elétrica em sua residência, conduta que enseja inequivocamente responsabilidade civil.

O fornecimento de luz é um serviço público essencial, devendo ser prestado de forma adequada, eficiente e contínua, só podendo ser interrompido nos termos previstos na legislação e em caso de inadimplência, após aviso prévio.

Outrossim, nos contratos sob a égide da legislação consumerista, a responsabilidade do fornecedor, em regra, é objetiva, sendo despicienda a discussão sobre a existência da culpa na aferição do dever de indenizar.

O dano neste caso é considerado *in re ipsa,* gozando de presunção relativa e evidenciado pelas circunstâncias fáticas. Nesse sentido, o julgados desta 2ª Turma e da 3ª Turma Cível deste Tribunal de Justiça, respectivamente:

> AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – CORTE INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA – DANOS MORAIS – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO – RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO DESCONSTITUEM A REFORMA DO JULGADO – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Se o corte de energia elétrica se deu de forma indevida, visto que o consumidor não se encontrava inadimplente, resta configurado o dever da concessionária de energia de indenizar os danos morais e materiais por ele suportados.

> Não havendo razões que justifiquem a reforma do julgado, deve ser mantida a decisão agravada regimentalmente. (AgRg em AC n. 2007.033009-0- Segunda Turma, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 9.9.2008).
>
> APELAÇÕES RECÍPROCAS – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CORTE INDEVIDO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS – DANOS MORAIS DEVIDAMENTE COMPROVADOS – DEVER DE INDENIZAR – QUANTUM INDENIZATÓRIO – MANTIDO – FIXAÇÃO AUFERIDA EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.
>
> Se o corte de energia elétrica deu-se de forma indevida, sem motivo plausível, sem a notificação prévia do consumidor e sem a existência de débitos, resta configurado o dever da concessionária de energia de indenizar os danos morais e materiais suportados pelo consumidor.
>
> O CDC estabelece a responsabilidade objetiva do prestador de serviço, de modo que a sua culpa só pode ser elidida se comprovar as excludentes insertas no § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.
>
> Para a fixação do quantum da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atento sempre ao princípio da razoabilidade (AC n. 2009.009801-9, Terceira Turma, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 1.7.2009).

No que tange à irresignação da apelante ao valor fixado a título de danos morais, merece reparos a decisão apelada.

A quantificação do dano moral tem caráter subjetivo, não havendo critérios pré-estabelecidos para o seu arbitramento. Assim, cabe ao juiz, por seu prudente arbítrio e tendo sempre em mente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estimar, no caso concreto, um valor justo a título de indenização.

No caso em exame, o valor fixado na sentença singular deve ser reduzido para R$. 5.000,00 (cinco mil reais), que se mostram suficientes para atender os princípios acima indicados, representando, ao mesmo tempo, uma justa reparação dos dissabores experimentados em razão do corte indevido de energia, e também servindo como forma de desestímulo a que o causador do dano volte a praticar ações desse tipo, sendo que o critério ora adotado evita a configuração do enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar recurso especial que objetivava alterar o valor da indenização por dano moral decorrente do corte indevido de energia elétrica, decidiu que *"[...] não se afere exorbitância ou irrisoriedade no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), por danos morais decorrentes de interrupção no fornecimento de energia elétrica por erro da Concessionária. [...]"* (AgRg no Ag n. 805.248/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 16.9.2008).

Em caso semelhante, este Sodalício reduziu o valor do dano moral para R$ 5.000,00, *verbis:*

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – FALTA DE AVISO PRÉVIO DE CORTE – DANO CONFIGURADO – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

> Pela sistemática adotada por nosso ordenamento jurídico, a prova do dano moral puro é satisfeita demonstrando-se a ocorrência do ato que originou o dano. Configura ato ilícito, passível de indenização por dano moral, a suspensão do fornecimento de energia elétrica, caso o usuário não seja previamente notificado da aludida suspensão. Se o valor arbitrado a título de indenização mostra-se excessivo, deixando de cumprir sua função compensatória, ele deve ser minorado até o limite de indenizar o ofendido e funcionar como punição ao ofensor. Destacado (AC n. 2007.014236-1, Quinta Turma, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 19.2.2009).

Conclusão

Por todo o exposto, voto por se dar parcial provimento ao apelo, a fim de reduzir o valor arbitrado a título de danos morais para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigidos monetariamente a partir da data da sentença e acrescidos de juros da mora de 1% ao mês desde a citação, mantendo, no mais, a decisão tal como prolatada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

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, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 24 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.010801-1 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

E M E N T A – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE DIREITO DE AÇÃO E ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – AFASTADAS – TERCEIRIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM – AUSÊNCIA DE QUADRO DE SERVIDORES – INCOMPETÊNCIA PARA CRIAÇÃO DE QUADRO DE FUNCIONÁRIOS – PROVIDOS.

É perfeitamente admissível o ajuizamento da ação civil pública para proteção do erário público.

O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.

A competência para prover cargos públicos estaduais é do Chefe do Executivo Estadual, conforme dispõe o art. 89, inciso X, da Constituição Estadual.

Não se vislumbra ilegalidade em contratação de empresa para realização de atividade-fim da entidade quando não há quadro de servidores públicos.

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 e conforme o parecer, rejeitar as preliminares e, quanto ao mérito, contrariando o parecer, dar provimento aos recursos para julgar improcedente a ação civil pública.

Campo Grande, 10 de novembro de 2009.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Onofre Mandetta e Ubirajara Gonçalves de Lima, irresignados com a sentença de f. 1896-1929 proferida na Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa que lhes move o Ministério Público Estadual, interpõem recurso de apelação.

Onofre Mandetta argui preliminar de carência do direito de ação invocado pelo autor, ante a manifesta ausência de possibilidade jurídica dos pedidos contra ele deduzidos pela via processual inadequadamente eleita.

Ainda em sede de preliminar, alega a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para propor a ação.

No mérito, afirma que o magistrado *a quo*, após reconhecer a prescrição quinquenal em relação aos crimes previstos na Lei n. 8.492/92, deixou de apreciar o mérito das possíveis infrações, tidas como atos de improbidade supostamente praticadas pelo apelante enquanto ocupava a direção do DIOSUL.

Afirma que o magistrado, sem ao menos ter analisado o mérito das imputações de improbidade, entendeu que houve dano ao erário.

Argui que, em observância ao princípio da legalidade, buscou cumprir seu papel social de administrador público e, aquilatando a oportunidade e a conveniência, realizou a terceirização de serviço porque o departamento não possuía quadro de pessoal destinado a prestação dos serviços de imprensa.

Alega que não praticou qualquer afronta aos princípios administrativos da legalidade, moralidade, pessoalidade, ou, ainda, ao da investidura em cargo por concurso público.

Argumenta que a competência para dar investidura em cargo a servidor público é do Chefe do Executivo Estadual e não do diretor da autarquia, logo, não há que se falar em ofensa a esse princípio constitucional.

Declara que agiu com proporcionalidade e razoabilidade, não havendo, por sua parte, a prática de qualquer ato irregular ou contrário ao interesse público.

Expõe que se cercou de cautelas visando justamente atender ao interesse maior, não podendo isso ser objeto de punição.

Aduz que o serviço foi devidamente prestado e o preço pago. Assim sendo, em caso de ressarcimento ao erário nos termos da sentença prolatada, a Administração estaria recebendo novamente pelo serviço feito a seu favor e a favor de toda coletividade, o que é inaceitável.

Pugna, primordialmente, pelo reconhecimento da carência do direito de ação invocado pelo autor, pedindo, ante a manifesta ausência de possibilidade jurídica dos pedidos deduzidos contra o apelante pela via processual inadequadamente eleita e a ilegitimidade ativa *ad causem*, seja a sentença reformada em relação ao apelante, determinando-se a extinção do feito sem julgamento de mérito.

Em não sendo esse o entendimento, requer seja a sentença reformada, julgando improcedente a ação, afastando a condenação ao ressarcimento ao erário e pagamento do ônus de sucumbência (f. 1934-65).

Ubirajara Gonçalves de Lima, igualmente irresignado com a sentença proferida, interpôs recurso de apelação (f. 1967-94).

Relata que não consta nos autos qualquer elemento que indique que a terceirização em relevo tenha se operado *contra legem*, mesmo porque o órgão não possuía quadro de servidores para realização da atividade de imprensa oficial e a legislação estadual possibilitava a execução terceirizada de serviços.

Esclarece que a criação e transformação de cargos, bem como a definição e estrutura das carreiras do Executivo são prerrogativas do Governador do Estado.

Justifica que a contratação de empresa para realização da atividade-fim do órgão se deu em razão da impossibilidade de interrupção dos trabalhos gráficos da AGIOSUL; não se deu por ato deliberado do apelante e atendeu as exigências da Lei de Licitações.

Afirma que, não havendo quadro de pessoal para realização do serviço, tanto a contratação de mão-de-obra, quanto a prorrogação do contrato, não configuraram violação aos princípios constitucionais da Administração Pública, em especial os princípios da impessoalidade e da moralidade.

Argumenta que as sanções da Lei de Improbidade só podem ser aplicadas em casos de comprovado dolo, má-fé ou desonestidade capaz de fazer caracterizar a improbidade administrativa e prejuízo ao erário.

Aduz que a declaração de nulidade dos contratos firmados não traz a efetiva demonstração de lesão ao erário público, pois houve comutividade nos serviços prestados sem acarretar oneração pública; que se manteve a equação econômica pois apesar da não realização de concurso público, a autarquia obteve a prestação da mão-de-obra.

Salienta que em momento algum ficou demonstrado nos autos que o contrato de terceirização trouxe prejuízos ao erário público.

Argui que não restou constatada conduta ilícita capaz de causar lesão material a direitos difusos, não havendo que se falar, portanto, em indenização por dano material.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, julgando improcedente a Ação Civil Pública proposta.

Em parecer de f. 213-233, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não acolhimento das preliminares arguidas, opinando, quanto ao mérito, pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Onofre Mandetta e Ubirajara Gonçalves de Lima, irresignados com a sentença de f. 1896-1929 proferida na Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa que lhes move o Ministério Público Estadual, interpõem recurso de apelação.

Da preliminar de carência do direito de ação.

Onofre Mandetta argui preliminar de carência do direito de ação invocado pelo autor, ante a manifesta ausência de possibilidade jurídica dos pedidos contra ele deduzidos pela via processual inadequadamente eleita.

Segundo se observa na inicial a ação foi proposta para reparação de dano ao patrimônio público, em razão da existência de terceirização da atividade-fim da entidade.

Sobre o assunto essa Corte já decidiu:

> E M E N T A–AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO – APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS – ARTIGOS 1º E 2º DA LEI N. 8.429/92 – JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 2138/DF PELO STF – EFEITOS DA DECISÃO INTER PARS – DIVISÃO DE POSICIONAMENTO DOS MINISTROS – RECURSO IMPROVIDO.

> Aplica-se a lei n. 8.429/92 aos agentes ou ex-agentes políticos em face do ato supostamente ímprobo, conforme o disposto nos artigos 1º e 2º, que abrangem toda pessoa que, mantendo relação com a administração pública, tenha praticado ato de improbidade administrativa. O julgamento da reclamação 2138/DF, que resultou na não inaplicabilidade da lei de improbidade aos agentes políticos, não foi dotada de efeito vinculante ou *erga omnes*. (AgRg em Ag n. 2009.019193-7/0001.00, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, publicado no DJ n. 2.046 em 16.9.2009)
>
> E M E N T A–APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDOR PÚBLICO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – IRRELEVÂNCIA PARA FINS DE APLICAÇÃO DAS PENAS PREVISTAS NO ART. 12 DA LEI N. 8.429/92 – JUSTIÇA E EXACERBAÇÃO DE PENAS – MATÉRIA ESTRANHA À ATUAÇÃO JURISDICIONAL – ACOLHIMENTO INTEGRAL DA PRETENSÃO INICIAL – PROVIDO.
>
> Para o reconhecimento do ato de improbidade administrativa e aplicação das penas cominadas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 é dispensável a ocorrência de dano ao erário.
>
> Verificada a robusta prova da alegada contratação irregular de servidor público, matéria incontroversa, aliás, forçoso reconhecer a improbidade administrativa e aplicação as sanções cabíveis.
>
> Não cabe ao Poder Judiciário apreciar a justiça ou exagero de penas previstas em lei, mas apenas e isto sim cumprir e fazer cumprir as leis, limitando-se ao controle de constitucionalidade e legalidade de normas.
>
> Não se aplica aos crimes contra a administração pública o princípio da insignificância, e menos ainda, por analogia, aos atos de improbidade administrativa. (AC n. 2006.001114-2, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, publicado no DJ n. 2.021 em 6.8.2009)

De notar que é completamente possível o ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Assim, afasta-se a preliminar arguida.

Da preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*.

Ainda em sede de preliminar, Onofre alega a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para propor a ação.

A Constituição Federal em seu art. 129, III, é muito clara a dispor que são funções institucionais do Ministério Público:"*III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;*

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) em seu art. 25 estabelece que incumbe ao MP:

> IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
>
> [...]
>
> b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento através da Súmula 329 nos seguintes termos: *"O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público."*

A questão, cumpre esclarecer, já foi devidamente analisada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE. SÚMULA 329/STJ.
>
> 1. O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública objetivando tutelar o patrimônio público, inclusive o Erário, bem como apurar eventual ato de improbidade administrativa cometido por prefeito de município.
>
> 2. Precedentes desta Corte.
>
> 3. Agravo regimental não provido. (AgRg em Ag n. 1.056.555, SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, publicado no DJ em 16.9.2009).

Diante do acima exposto, vê-se que é totalmente descabida a alegação do apelante de que não há previsão legal que ampare a atuação do Ministério Público no presente feito, razão pela qual afasto a preliminar.

Do mérito.

Da análise dos autos verifica-se que o Ministério Público Estadual, após a realização de inquérito civil, teve por bem ajuizar Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa contra Onofre Mandetta e Ubirajara Gonçalves de Lima pela contratação de empresa para realização de atividade-fim da entidade.

Onofre Mandetta, então Diretor do DIOSUL – Departamento de Imprensa Oficial de Mato Grosso do Sul, em 1º.10.1996, após realização de processo licitatório, firmou contrato de n. 17/96 (f. 687-97) para alocação de mão-de-obra especializada em serviços gráficos pelo prazo de 24 meses.

Decorridos os dois anos, em 1º.10.1998, Onofre prorrogou o prazo de vigência do contrato por mais 24 meses, através do termo aditivo n. 2/98 (f. 696-97).

Ubirajara Gonçalves de Lima, então Diretor da AGIOSUL – Agência Estadual de Imprensa Oficial de Mato Grosso do Sul, em 1º.12.2000, após realização de processo licitatório, firmou contrato de n. 17/00 (f. 507-14) para alocação de mão-de-obra especializada em serviços gráficos pelo prazo de 12 meses.

Decorrido o prazo, em 3.12.2001, Ubirajara prorrogou o prazo de vigência do contrato por mais 12 meses, através do termo aditivo n. 01/01 (f. 698-9).

O Ministério Público Estadual pediu a condenação dos ex-diretores pelos atos de improbidade definidos nos art. 10, incisos VIII e XII, e art. 11, inciso I, ambos da Lei n. 8.492/92.

Pelos documentos acostados aos autos, o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente a ação ajuizada, reconhecendo a prescrição da improbidade administrativa em relação ao apelante Onofre e condenando ambos os ex-diretores a ressarcir o erário pelos danos causados.

Os condenados, irresignados, interpuseram recursos de apelação (f. 1934-65 e 1967-94).

As alegações trazidas pelos apelantes são similares, portanto, analisarei conjuntamente os recursos apresentados.

Pela análise de toda legislação referente a entidade responsável pelos serviços de imprensa oficial do estado, constata-se que, à época da celebração dos contratos de locação de mão-de-obra especializada em serviços gráficos, não havia quadro de pessoal destinado à realização dos serviços gráficos.

Como esclareceram os apelantes, a competência para prover cargos públicos estaduais é do Chefe do Executivo Estadual, conforme dispõe o art. 89, inciso X, da Constituição Estadual.

Não há como imputar aos apelantes a obrigação de comprovar que informaram ao Governador do Estado que a autarquia não possuía quadro de funcionários.

A Agiosul e a Diosul eram autarquias ligadas à Secretária Estadual de Administração, à qual competia a definição de políticas e diretrizes relativas à classificação de cargos e organização de carreiras das autarquias.

A possibilidade de terceirização de serviços, trazida pela Constituição Federal, deve ser aplicada restritivamente.

Todavia, no presente caso, como não havia quadro de servidores destinados a realização de serviços gráficos, não se vislumbra a ilegalidade da medida adotada pelos ex-diretores, mesmo porque não lhes competia a criação do quadro de servidores da autarquia.

Pelos documentos acostados aos autos, afere-se que o processo licitatório foi devidamente realizado, atendendo às exigências da Lei Federal n. 8.666/93.

Assim, não há como prevalecer as condenações por improbidade administrativa, nem a restituição ao erário.

Pelo exposto, dou provimento aos recursos, para julgar improcedente a ação civil pública de improbidade administrativa movida em face dos apelantes Onofre Mandetta e Ubirajara Gonçalves de Lima.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE E CONFORME O PARECER, REJEITOU AS PRELIMINARES E, QUANTO AO MÉRITO, CONTRARIANDO O PARECER, DEU PROVIMENTO AOS RECURSOS PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

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, 10 de novembro de 2009.

***

Mandado de Segurança n. 2009.022247-6 - Capital
Terceira Seção Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO SUBSTITUTO – EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXERCÍCIO DE TRÊS ANOS DE PRÁTICA JURÍDICA – ADMISSÃO DE ESTÁGIO ACADÊMICO REALIZADO NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO CÔMPUTO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE – TRATAMENTO DISTINTO A SITUAÇÕES IGUAIS – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Ofende aos princípios da isonomia e da proporcionalidade o acolhimento de estágio anterior à graduação, para fins de comprovação de prática jurídica, somente dos candidatos que exerceram atividades em órgãos da Defensoria Pública Estadual, pois criam situação de desigualdade entre os candidatos, em detrimento dos demais estágios jurídicos.

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, conceder a segurança. Ausente, por férias, o 3º vogal.

Campo Grande, 16 de novembro de 2009.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

João Filho de Almeida Portela impetrou mandado de segurança, com pedido liminar em face de ato coator da Defensora Pública Geral do Estado de Mato Grosso do Sul que só considerou os estágios realizados nas Defensorias Públicas como prática profissional no período que antecedeu a graduação.

Narra que foi aprovado em 3º lugar no concurso público para ingresso na carreira de Defensor Público do Estado de Mato Grosso do Sul, logrando êxito em todas as fases anteriores à comprovação da prática de atividade profissional.

Aduz que encaminhou diversos documentos comprobatórios da prática profissional, no entanto, teve indeferida sua posse, uma vez que a impetrada só considerou como prática profissional, no período que antecedeu a graduação, os estágios realizados nas Defensorias Públicas.

Esclarece que prestou serviço de assessoria jurídica junto ao Poder Judiciário de Mato Grosso, por mais de seis anos; estagiou no Ministério Público de Mato Grosso por um ano e quatorze dias perante a 1ª Promotoria Cível de Rondonópolis-MT (16.6.2005 a 1º.7.2006); foi monitor na disciplina de Direito Processual Civil nos anos de 2005 e 2006; realizou estágio perante o NUPRAJU – Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade do Sul de Mato Grosso durante todo ano de 2007; lecionou na Faculdade do Sul de Mato Grosso durante um mês e dois dias (25.2.2008 a 27.3.2008); e cursou Pós-Graduação na área das grandes transformações do processo, por um ano, um mês e cinco dias (23.2.2008 a 31.3.2009), totalizando mais de 11 (onze) anos de prática forense.

Argumenta que as Defensorias do Brasil aceitam quaisquer estágios para comprovação da prática profissional; e que a Constituição Federal e a Estadual não exigem o período de atividade jurídica, para o ingresso na carreira da Defensoria Pública; após a EC n. 45/2004 é que se passou a exigir atividade jurídica para o ingresso nas carreiras da magistratura e do Ministério Público, essas sim, só contadas após a graduação.

Pondera que a postura adotada pela autoridade coatora ao só considerar, antes da graduação, estágio na Defensoria Pública, fulmina princípios constitucionais, notadamente da isonomia e razoabilidade; enfatizando que ainda que só se considerasse as atividades do impetrante após o término da faculdade, assessoria jurídica, magistério superior e especialização, os três anos de prática seriam alcançados já no início do mês de setembro, posto que devem ser consideradas as atividades até a data da posse.

Cita que quando o art. 59, § 6º da Lei Complementar n. 111/2005 alude a assessoria em atividade eminentemente jurídica não pressupõe que o operador do direito tenha nível superior, fosse assim, não haveria necessidade do advérbio eminentemente, demais disso, se presumisse a graduação para considerar como tempo de prática, estaria excluído o estágio na defensoria e a expressão eminentemente seria inútil.

Sustenta que o art. 26, § 1º da LC n. 80/94 não faz qualquer exigência de que o candidato seja graduado; destaca que logrou a melhor nota na fase oral, o que demonstra que possui a prática forense reclamada.

Afirma que há incompatibilidade vertical, pois a norma constitucional não exige atividade jurídica de três anos; ademais, a Lei Complementar Federal n. 80/94 só exige a prática forense de dois anos, ocorre que contrariando o princípio da razoabilidade, o art. 59, § 5º, I da Lei Complementar Estadual reclama três anos.

Requereu o deferimento da liminar, para o fim de assegurar ao impetrante a nomeação e posse no cargo de Defensor Público Substituto; para realização dos exames médicos; bem assim, para escolher a comarca.

Ao final, pugna pela confirmação da liminar com a concessão da segurança em definitivo, no sentido de serem considerados suficientes os documentos apresentados para comprovação da prática forense.

A liminar foi parcialmente deferida às f. 600, apenas para o impetrante ser convocado para o exame médico pericial, e atos ulteriores necessários à nomeação e posse, assegurando-lhe a classificação alcançada.

Irresignada, a autoridade coatora interpôs agravo regimental contra a concessão da liminar, e embora a liminar tenha sido deferida apenas para autorizar a realização dos exames médicos pelos impetrantes, houve retratação parcial desta decisão, para suspender a nomeação e posse dos mesmos. (f. 609-610).

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 611-626, sustentando a sua legitimidade passiva para integrar a lide, uma vez que suportará os ônus de eventual condenação, e no mérito alegou que a Administração Pública deve ser pautar pelos princípios da reserva legal e da legalidade, e nesse diapasão, a regra editalícia prevista no item 19 do Edital n. 001/2008 tem amparo no disposto no art. 59, § 5º, I e § 6º da Lei Complementar n. 111/2005.

Ressaltou que não há ilegalidade no ato impugnado, mas descumprimento da norma prevista no edital pelos impetrantes, ou seja, que não houve comprovação da prática jurídica exercida em nível superior, interpretação que é extraída do §1º, do art. 26, da Lei Complementar n. 80/94, que regulamenta a organização da Defensoria Pública da União e dos Estados, bem como da orientação do Supremo Tribunal Federal.

Ao final, requereu a denegação da segurança, nos termos alinhados em suas razões.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou às f. 631-640, pelo conhecimento do *mandamus*, e pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de mandado de segurança que João Filho de Almeida Portela impetrou em face de ato coator da Defensora Pública Geral do Estado de Mato Grosso do Sul que só considerou os estágios realizados nas Defensorias Públicas como prática profissional no período que antecedeu a graduação.

Pugna pela confirmação da liminar com a concessão da segurança em definitivo, no sentido de serem considerados suficientes os documentos apresentados para comprovação da prática forense.

A liminar foi parcialmente deferida à f. 600, apenas para o impetrante ser convocado para o exame médico pericial, e atos ulteriores necessários à nomeação e posse, assegurando-lhe a classificação alcançada.

Irresignada, a autoridade coatora interpôs agravo regimental contra a concessão da liminar, e embora a liminar tenha sido deferida apenas para autorizar a realização dos exames médicos pelos impetrantes, houve retratação parcial desta decisão, para suspender a nomeação e posse dos mesmos (f. 609-610).

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 611-626, alegou que a Administração Pública deve ser pautar pelos princípios da reserva legal e da legalidade, e nesse diapasão, a regra editalícia prevista no item 19 do Edital n. 001/2008 tem amparo no disposto no art. 59, § 5º, I e § 6º da Lei Complementar n. 111/2005, requerendo ao final, a denegação da segurança.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou às f. 631-640, pelo conhecimento do *mandamus*, e pela concessão da segurança.

Eis o breve relatório. Decido.

A segurança deve ser concedida.

Pois bem. O documento acostado aos autos às f. 429-432 demonstra que o impetrante foi considerado inapto à investidura do cargo de Defensor Público Substituto ao argumento de que os estágios acadêmicos realizados pelo mesmo nos gabinetes do Juízo da Comarca de Rondonópolis/MT e Diamantino/MT, prestando serviços de assessoria jurídica; Ministério Público; Nupraju; monitoria de Direito Processual Civil e conclusão de pós graduação não se enquadram como prática profissional, *"eis que não contemplado nas hipóteses previstas no §1º do artigo 26 da Lei Complementar Federal n. 80/94, bem como nas disposições do §6º, do artigo 59 da Lei Complementar Estadual n. 111, de 17 de outubro de 2005"* (*sic*).

Segundo a Lei Complementar Federal n. 80/1994, em seu artigo 26, § 1º prescreve que:

> Considera-se como prática forense o exercício profissional de consultoria, assessoria, o cumprimento de estágio nas Defensorias Públicas e o desempenho de cargo, emprego ou função, de nível superior, de atividades eminentemente jurídicas.

Por sua vez, a Lei Complementar Estadual n. 111/2005, dispõe, em seu art. 59, § 6º, *in verbis*:

> Para os fins do disposto no inciso I do § 5º, considera-se como prática profissional o desempenho de função de nível superior, o exercício da advocacia, de consultoria ou assessoria em atividades eminentemente jurídicas.

Ressalte-se que a norma federal acima transcrita é mais abrangente que a norma estadual, e considera como prática forense anterior a graduação somente os estágios acadêmicos realizados no âmbito da Defensoria Pública. E com fundamento neste dispositivo, consoante se constata do documento colacionado às f. 211-213 nos autos do Mandado de Segurança n. 2009.022509-4, os impetrados consideraram o candidato Olavo Colli Júnior apto a ocupar o cargo pleiteado pelos impetrantes, em total afronta ao princípio da isonomia, fundamentando:

> Da análise dos documentos apresentados, infere-se que o candidato não comprovou o tempo mínimo exigido de prática no exercício da advocacia. Pelos documentos juntados, infere-se que sua atuação como advogado iniciou-se em 6.11.2006, perfazendo, até a presente data, 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de efetivo exercício profissional.
>
> Entretanto, é de se considerar no presente caso, o período em que o candidato estagiou na assistência judiciária junto à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, inicialmente como estagiário voluntário no período de 25.10.2002, e como estagiário credenciado, na mesma instituição, no período de 17.5.2004 a 17.5.2006, perfazendo um total de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 22 (vinte e dois dias).
>
> Com efeito, tendo em vista que até meados do ano de 2006 o Estado de São Paulo não contava com uma Defensoria Pública devidamente implantada, nos moldes preconizados pela Constituição Federal, a instituição encarregada pela defesa dos interesses dos hipossuficientes na esfera jurídica, naquele Estado, era a Procuradoria Geral do Estado, através de seus órgãos de atuação.
>
> Assim, reconheço como válido o estágio do candidato, na área de assistência judiciária, junto à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – PROCURADORIA REGIONAL DE ARAÇATUBA/SP, para o fim de comprovação de prática profissional.

Nota-se que tanto a norma estadual, quanto a norma federal ofendem ao princípio da isonomia, pois criam situação de desigualdade entre os candidatos, ao considerar apenas o exercício de estágio acadêmico na Defensoria Pública como atividade jurídica, em detrimento dos demais estágios jurídicos.

Ora, indaga-se: quais atribuições que o estagiário da Defensoria Pública, e no caso, da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, exercem que se diferenciam do estágio acadêmico em gabinetes do Juízo das Comarcas de Rondonópolis-MT e Diamantino-MT, Ministério Público, Nupraju?

É certo que o critério diferenciador não é o exercício de atividade funcional após o bacharelado como defendido pelos impetrados, pois se assim o fosse, não poderia ser considerado qualquer tipo de estágio acadêmico.

In casu, restou demonstrado nos autos que os impetrados consideraram prática profissional o estágio realizado na Defensoria Pública, desacolhendo os demais estágios acadêmicos em áreas jurídicas, sendo forçoso reconhecer o direito líquido e certo dos impetrantes.

Como se nota, todos os comprovantes de estágio juntados pelo impetrante foram feitos em áreas eminentemente jurídicas, diga-se Juízo das Comarcas de Rondonópolis-MT e Diamantino-MT, Ministério Público, Nupraju, os quais proporcionam larga experiência, além de um amplo conhecimento, tanto material, quanto processual, fundamental ao exercício de qualquer atividade profissional.

Ainda que se considere que o estágio no âmbito da Defensoria Pública possua correlação com o cargo efetivo a ser exercido, temos que considerar também que a capacidade e o conhecimento dos candidatos foram testados e aprovados nas fases anteriores à apresentação da prática jurídica, inclusive, com melhores colocações do que aqueles que completaram os três anos exigidos no certame, uma vez que seu nome figura em 3º lugar, com média final de 8,36, cabendo destacar que obteve a melhor nota na prova oral, alcançando a pontuação de 9,5, conforme documento de f. 425.

O ato praticado pelos impetrados ofende aos princípios da isonomia e da razoabilidade, porquanto o primeiro exige que seja deferido tratamento equânime àqueles que se encontrem em situação de igualdade, e o segundo, impõe certa limitação na atuação da Administração, no exercício de seu poder discricionário, de forma que tal ato seja pertinente e sensato ao interesse social.

A intervenção do judiciário no presente caso é impositiva, pois restou comprovado que foram utilizados critérios de admissão distintos para situações iguais, sem que houvesse qualquer justificativa legal, razoável, e coerente.

Outras considerações devem ser observadas acerca da possibilidade de reconhecimento de qualquer estágio acadêmico como prática jurídica, na carreira da Defensoria Pública:

Primeiro, a ausência de previsão constitucional de prazo de prática profissional em atividades eminentemente jurídicas, de nível superior, para a investidura em cargo da carreira da Defensoria Pública.

Segundo, existência de norma federal reconhecendo como atividade jurídica o exercício em estágio na Defensoria Pública.

Terceiro, a edição da Lei Complementar Federal n. 132, de 7 de outubro de 2009, que deu nova redação ao § 1º do art. 26, da Lei Complementar Federal n. 80, de 1994, norma que regulamenta as regras gerais da Defensoria Pública Estadual, admitindo qualquer estágio jurídico, como atividade jurídica, demonstrando a real intenção do legislador, conforme se verifica *in verbis*:

> Art. 26. (VETADO)
>
> § 1º Considera-se como atividade jurídica o exercício da advocacia, o cumprimento de estágio de Direito reconhecido por lei e o desempenho de cargo, emprego ou função, de nível superior, de atividades eminentemente jurídicas. [...]

Registre-se, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça já mantinha entendimento no sentido de dar sentido amplo ao conceito do termo "atividade jurídica", como aponta a decisão do Recurso Especial n. 23.528-RJ, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, *in verbis*:

> Afirmada não somente a legitimidade e a legalidade, mas também a constitucionalidade da exigência de experiência jurídica, não é menos certo, todavia, que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça se firmou no sentido de que o conceito de atividade jurídica deve ser

interpretado de forma ampla, não se restringindo apenas ao exercício de cargo no Ministério Público, magistratura ou em cargo privativo de bacharel em Direito, bem como ao exercício da advocacia, compreendo também atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância e até estágios nas faculdades de Direito, doadoras de experiência jurídica.

A propósito, confiram-se os seguintes precedentes da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça:

'MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA ASSISTENTE JURÍDICO - 2ª CATEGORIA. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. PRÁTICA FORENSE. EXIGÊNCIA LEGAL. CONCEITO AMPLO. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. A jurisprudência é pacífica quanto à constitucionalidade da exigência, em editais de concurso, de um período mínimo de prática forense, desde que prevista em lei e interpretada da forma mais razoável possível, fazendo abranger todas as atividades ligadas a noções experimentais de práticas desempenhadas na vida forense, trazendo ao indivíduo informações que possibilitem o seu desenvolvimento na área específica do Direito. [...]' (MS n. 6.867/DF, Rel. Min. Edson Vidigal, in DJ 18.9.2000).

'ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ASSISTENTE JURÍDICO DE 2ª CATEGORIA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. PRÁTICA FORENSE. CONCEITO.

A atividade de prática forense não se restringe apenas ao exercício de cargo no Ministério Público, magistratura, ou ao exercício da advocacia. Engloba também atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância e até os estágios nas faculdades. Precedentes.

Segurança concedida.' (MS n. 6.815/DF, Rel. Min. Felix Fischer, in DJ 29.5.2000).

MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NO CONCURSO PARA O CARGO DE PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. PRÁTICA FORENSE. ART. 21, § 2º, LC n. 73/93. EDITAL DO CONCURSO. CONCEITO LIMITATIVO.

Conforme inúmeros precedentes deste Tribunal, o conceito de 'prática forense', como delimitado no Edital de tais concursos, é restritivo, limitativo, devendo abranger, também, aquelas outras atividades ligadas ao exercício laboral dos funcionários da Justiça, dos estágios das faculdades, das assessorias etc.

Mandado de segurança conhecido e deferido.' (MS n. 6.216/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 14.6.1999).

Sendo assim, considerando que o impetrante também atuou em áreas jurídicas como estagiário, a regra que foi aplicada ao candidato Olavo Colli Júnior deve alcançá-lo, sob pena de violar os princípios da isonomia e da razoabilidade, posto que restou devidamente comprovado o exercício de atividade jurídica em estágio acadêmico, desde o ano de 2003 até a presente data, prestando serviço de assessoria jurídica junto ao Poder Judiciário de Mato Grosso, por mais de seis anos; e neste intervalo, também estagiou no Ministério Público de Mato Grosso por um ano e quatorze dias perante a 1ª Promotoria Cível de Rondonópolis/MT (16.6.2005 a 1º.7.2006); foi monitor na disciplina de Direito Processual Civil nos anos de 2005 e 2006; realizou estágio perante o NUPRAJU – Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade do Sul de Mato Grosso durante todo ano

de 2007; lecionou na Faculdade do Sul de Mato Grosso durante um mês e dois dias (25.2.2008 a 27.3.2008); e cursou Pós-Graduação na área das grandes transformações do processo, por um ano, um mês e cinco dias (23.2.2008 a 31.3.2009), superando os três anos de prática forense exigidos no edital.

Por todo o exposto e fundamentado, concedo a segurança, para o fim de determinar que sejam considerados válidos os documentos juntados pelo impetrante, relativo aos estágios anteriores a graduação, para fins de comprovação de prática jurídica, e por conseguinte, proceder a nomeação e posse do candidato João Filho de Almeida Portela, ao cargo de Defensor Público Substituto do Estado de Mato Grosso do Sul, assegurando-lhe a classificação (3ª posição) alcançada no concurso, com efeitos retroativos a nomeação e posse dos demais candidatos, somente para efeitos de tempo de serviço.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 3º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Atapoã da Costa Feliz, João Maria Lós, Julizar Barbosa Trindade e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 16 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.025644-6 – Chapadão do Sul
Segunda Turma Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OPOSIÇÃO À AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO – VENDA DE VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE – AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA DO ALIEANTE – CONTRATO QUITADO LOGO APÓS A TRANSAÇÃO E ANTES DO AJUIIZAMENTO DA RESCISÃO – RECURSO PROVIDO.

Embora no ato da assinatura do Certificado de Registro do Veículo sobre a camionete ainda pesasse gravame de alienação fiduciária, se houve quitação imediata do financiamento e, consequentemente, nenhum prejuízo à financeira, tanto que essa comunicou a quitação do débito, não há razão para se rescindir o contrato, baseando-se em um fato ocorrido e resolvido sem dano ao interessado, bem antes do ingresso da ação rescisória e ainda com prejuízo à compradora, que, pelo que consta dos autos, nenhuma culpa tem nos acontecimentos.

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, dar provimento ao recurso interposto por Paula Cristina para julgar procedentes as ações de oposição e rescisão.

Campo Grande, 10 de novembro de 2009.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Paula Cristina Martins Silva inconformada com a sentença de f. 65-74 que julgou improcedente a oposição oposta na ação de rescisão de contrato que Eleidimar Severino de Souza Dominguez move em face de Vilmar Rodrigues de Queiroz, interpõe recurso de apelação (f. 78-84).

Em síntese alega:

Trata-se de venda de coisa móvel, que de acordo com a lei, ocorre com a tradição, além do que Eleidimar compareceu em cartório e firmou o recibo da venda do veículo à apelante, sendo que o simples fato de não ter sido transferido no Detran não é motivo para rescisão do contrato.

Em 7.6.2006 Eleidimar assinou o recibo de transferência do veículo à apelante e somente em fevereiro de 2008 veio a juízo pedir a rescisão do contrato, sob a alegação de que não recebeu parte do pagamento de Vilmar, porém, nenhum documento juntou nesse sentido.

Não há prova da existência do alegado contrato e de seu descumprimento.

O negócio jurídico está revestido de todas as formalidades legais e o magistrado não analisou os documentos juntados à oposição, se limitando a fundamentar sua decisão apenas na ação de rescisão e por isso a sentença há que ser anulada.

Pede o provimento do recurso e a reforma da sentença para se julgar procedente a ação de oposição no sentido de se reconhecer o direito da opoente sobre o veículo descrito na inicial, condenando-se os opostos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios e, alternativamente, pede a nulidade da sentença por falta de fundamentação.

Contrarrazões às f. 90-2 pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por Paula Cristina Martins Silva contra a sentença de f. 65-74 que julgou improcedente a oposição oposta na ação de rescisão de contrato que Eleidimar Severino de Souza Dominguez move em face de Vilmar Rodrigues de Queiroz.

Para melhor compreensão da matéria, mister se faz um breve relato dos fatos.

Consta destes autos e dos processos apensos que Eleidimar Severino de Souza Dominguez, proprietária da Camionete/Cabine dupla, diesel, marca Toyota Hilux 4CD SR5, ano e modelo 1997, placas HVJ 3937/SP, em junho de 2005 vendeu referido veículo a Vilmar Rodrigues de Queiroz pelo preço de R$ 35.000.00 (f. 2 do processo 046.08.000153-5, de rescisão de contrato anexo).

Vilmar Rodrigues de Queiroz que é proprietário de uma revenda de automóveis usados, por sua vez revendeu o mencionado veículo à apelante Paula (f. 3 do processo 046.08.100980-7, de busca e apreensão anexo).

Alegando que Vilmar teria pago somente a quantia de R$ 15.000.00, em 6.2.2008 Eleidimar ingressou com a ação de rescisão de contrato já mencionada, pedindo liminar de reintegração de posse. Vilmar, apesar de citado, não contestou a ação, ocasião em que Paula Cristina protocolou a Oposição.

O veículo foi apreendido por transitar sem documentos e Eleidimar o resgatou no Detran, sendo ela, com documentos originais que ainda estão em seu poder (f. 29 do processo de rescisão do contrato). Em vista disso Paula Cristina ajuizou a ação de busca e apreensão em face de Eleidimar, processo 046.08.100980-7.

O exame detalhado dos processos leva à conclusão de que o recurso merece provimento.

Na sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na oposição e na busca e apreensão e procedentes os pedidos da inicial da ação de rescisão de contrato, existe a seguinte fundamentação:

> Conforme autorizada doutrina, estamos, então, diante de caso de rescisão contratual, já que o contrato firmado é viciado na sua origem (f. 70).
>
> A relação jurídica negocial de alienação fiduciária de veículo, ao que consta nos autos, foi firmada entre Eleidimar e a BV Financeira em 28.10.2004, consoante ofício de f. 60, sendo esta a proprietária do bem para fins legais. No entanto, o veículo foi passado para terceiro, no caso, a Vilmar Rodrigues de Queiroz, através de contratação verbal, que restou incontroversa.

> A ilicitude verificada nos autos consiste justamente nesta transação realizada por Eleidimar e Vilmar, sem que tenha vindo aos autos a anuência da instituição financeira, real proprietária do bem "alienado". Assim, as partes excederam os limites da boa-fé contratual, na medida em que foi efetuada a venda de coisa alheia, sem que aquela tivesse realmente adquirido.
>
> […]
>
> Nos autos, todavia, não houve ratificação da financeira do ato praticado pelas partes, que foi firmado por pessoa que não era legítima, já que não possuía poderes para tanto (f. 71).

Ora, manter incólume a sentença seria beneficiar a torpeza da apelada Eleidimar. Veja-se.

Na inicial da rescisão de contrato Eleidimar relata que em junho de 2005 vendeu o veículo a Vilmar pela quantia de R$ 35.000.00, porém, este lhe teria pago tão somente o valor de R$ 15.000.00. Nenhuma prova trouxe dessa alegação.

Na inicial da referida ação, datada de 4.2.2008 afirmou:

> A autora soube que o requerido já teria negociado com terceiro e está em vias de promover sua transferência no Detran. Isso faz com que os prejuízos da autora sejam potencializados, podendo tornar-se irreparáveis. Além do preço combinado, ainda existe o financiamento do veículo e as taxas e impostos devidos ao Detran, que podem ser exigidos da autora (f. 3 da ação de rescisão de contrato, processo anexo, sublinhou-se).

Porém, desde 7.6.2006, ou seja, mais de dois anos antes Eleidimar já havia assinado o documento de transferência do veículo a Paula Cristina, o qual teve o reconhecimento de firma como verdadeira (f. 7 dos autos de busca e apreensão, apensos), o que significa que a vendedora foi ao Cartório de Tabelionato e assinou o documento na presença do cartorário, siatuação que afasta a possibilidade de entendimento de que Eleidimar poderia ter assinado o documento sem saber.

Ademais, desde 21.6.2006 o financiamento em nome de Eleidimar já estava quitado (f. 47).

Veja-se que situação surpreendente, para não dizer inexplicável! Segundo alegações de Eleidimar, esta em junho de 2005 vende a camionete a Vilmar (proprietário de uma loja de revenda de automóveis) pela quantia de R$ 35.000.00; recebe R$ 15.000.00, com a promessa de o valor restante, R$ 20.000.00 lhe ser pago em seis meses, ou seja, até dezembro de 2005.

Exatamente um ano após a venda e seis meses de inadimplência de Vilmar, Eleidimar comparece em cartório para assinar o documento de transferência do veículo que Vilmar havia revendido a Paula Cristina.

Diante dessa situação, afigura-se incompreensível o fato de, mesmo não tendo recebido os R$ 20.000.00 de Vilmar Eleidimar ter assinado a transferência do domínio do veículo a Paula.

Também é de se estranhar a atitude de Eleidimar quando da apreensão e recolhimento do veículo ao Detran, uma vez que àquele órgão se dirigiu, pagou a multa e levou a camionete consigo.

Ora! Embora no Detran tal veículo ainda estivesse em seu nome, esse não mais lhe pertencia, tanto que já havia assinado o Certificado de Registro de Veículo em nome de Paula e se realmente ainda não tivesse recebido o valor restante da venda do carro, cabia a ela Eleidimar acionar Vilmar para o qual vendeu a camionete!

Entendeu o magistrado que o contrato de compra e venda deveria ser rescindido, eis que ausente a anuência da financiadora para a transação, em virtude da alienação fiduciária à BV Financeira.

Contudo, embora no ato da assinatura do Certificado de Registro do Veículo, ocorrida em 7.6.2006 (f. 7 dos autos de busca e apreensão), sobre a camionete ainda pesasse o gravame, conforme ofício n. 1172/2008, de 2.2.2009, da BV Financeira, em 21.6.2006 houve a liquidação integral do financiamento, com baixa do gravame sobre o veículo em 3.7.2006 (f. 47).

Consta ainda à f. 48 o ofício do Banco BMC S.A. no qual aquela instituição comunica a existência de um contrato em nome da apelante, realizado em 21.6.2006, com previsão de encerramento em junho/2009, fato que confirma a alegação de Paula Cristina de que pagou o preço combinado, quitou o financiamento em nome de Eleidimar e fez outro em seu nome.

Não se nega que Eleidimar não poderia ter vendido o automóvel alienado sobre a anuência da financiadora.

Porém, há que se destacar que logo em seguida tal contrato foi quitado, ou seja, muito antes do ajuizamento da ação de rescisão do contrato (f. 47 e 60) e, portanto, equivocado o entendimento da sentença de que em razão do carro ser alienado fiduciariamente e ter sido vendido sem anuência do alienante, há que ser feita a rescisão do contrato por vício.

Destaca-se que se houve quitação imediata do financiamento e, consequentemente, nenhum prejuízo à financeira, tanto que essa comunicou a quitação do débito, não há razão para rescindir o contrato, baseando-se em um fato ocorrido e resolvido sem dano ao interessado e bem antes do ingresso da ação e ainda com prejuízo à compradora, que pelo que consta dos autos, nenhuma culpa tem nos acontecimentos.

Desta forma, a reforma da sentença é medida que se impõe.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso interposto por Paula Cristina Martins Silva para julgar procedentes a oposição ajuizada na ação de rescisão de rescisão de contrato (processo n. 046.08.100403-1) e a ação de busca e apreensão (feito n. 046.08.100980-7) e improcedente a ação de rescisão de contrato (autos n. 046.08.000153-5). Inverte-se os ônus da sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO POR PAULA CRISTINA PARA JULGAR PROCEDENTES AS AÇÕES DE OPOSIÇÃO E RESCISÃO.

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, 10 de novembro de 2009

***

Apelação Cível n. 2007.004914-4 - Jardim
Quinta Turma Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – DÍVIDA *PROPTER REM* – CONSTRIÇÃO – IMÓVEL – ARREMATAÇÃO EM HASTA PÚBLICA PELO CREDOR, CONFORME AVENÇA DE GARANTIA EM CONFISSÃO DE DÍVIDA – PREÇO SEM ABATIMENTO DO CRÉDITO PRIVILEGIADO – RECURSO IMPROVIDO.

A transmissão do imóvel arrematado em hasta pública desprovida de ônus para o arrematante implica ser aquela originária, ou seja, quando não for de um sujeito para outro. Quando há instrumento de confissão de dívida em que o imóvel é dado em garantia, evidentemente que a transmissão é derivada, inaplicando-se *in casu* a exceção do parágrafo único do art. 130 do CTN.

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 novembro de 2009.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Não se conformando com sentença de improcedência do pedido de declaração de insubsistência da penhora realizada sobre o imóvel de sua propriedade, adquirida por força de arrematação, formulada nos autos de embargos de terceiros, proposto em face ao Município de Guia Lopes da Laguna**,** o Banco do Brasil S.A. interpõe apelação.

Alega que o imóvel objeto da constrição proveniente de débito fiscal (IPTU), em desfavor da proprietária, Sra. Idalina Insauralde, foi pelo banco arrematado em hasta pública no dia 27.10.2000, em execução proposta contra a mesma pessoa, situação esta que retira da municipalidade legitimidade para constritar o imóvel de terceiro, estranho à relação executiva municipal.

Diz que, ainda que não tenha registrado a carta de arrematação, a transmissão foi operada legalmente, aperfeiçoada com a assinatura do auto de arrematação e, por via de consequência, saiu da esfera de domínio da executada, garantindo defender-se da constrição ilegal pela via dos embargos de terceiro.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

O município de Guia Lopes da Laguna ingressou com execução fiscal em face de Idalina Insauralde, em decorrência de débito de IPTU do imóvel matriculado sob n. 3.511 no Serviço de Registro Imobiliário de Jardim, cujo bem foi regularmente penhorado.

O Banco do Brasil S.A., dizendo ter adquirido o imóvel em hasta pública, opôs-se à constrição do imóvel em embargos de terceiro, pugnando pelo levantamento da penhora. Tal pleito foi julgado improcedente, sob o fundamento da origem da dívida: imposto relativo ao imóvel, *propter rem,* com o que não se conforma a instituição financeira, manejando o apelo.

Porém, razão não assiste ao apelante.

Colhe-se dos autos que Ricardo de Oliveira Carneiro e outros eram executados pelo Banco do Brasil S.A. (processos n. 257 e 258/91). Durante a tramitação dessas execuções prontamente reconheceram a dívida e acordaram nova data de pagamento, ofertando em garantia, dentre outras, o imóvel de propriedade de Idalina Insauralde.

Como não houve a quitação do débito prosseguiu-se a execução até a hasta pública do imóvel, oportunidade em que o credor o arrematou, em data de 28.10.2000 (f. 67).

No ano de 2000 o município de Guia Lopes da Laguna ingressou com ação de execução fiscal (autos n. 013.00.001579-5) em face de Idalina Insauralde, penhorando o mesmo imóvel. Diante da constrição a instituição financeira interpõe embargos de terceiro (autos n. 013.05.003807-1) pugnando pela desconstituição da restrição em razão de sua condição de proprietária do imóvel, cuja transmissão ocorrera pela arrematação em hasta pública.

Ocorre que o art. 130 do Código Tributário Nacional, embora excepcione o caso do bem adquirido em hasta pública, há de se ter em tal exceção a necessária moderação. Explico.

Quando a dívida que justificou o leilão é *propter rem*, ou seja, levada a efeito por força da propriedade, do tributo que o gerou, o dispositivo tem validade absoluta.

In casu a situação não é esta. Extrai-se do conjunto probatório que a aquisição em hasta pública pelo ora apelante ocorreu após transação com o devedor na qual ofertou o imóvel constritado como garantia. Logo, a aquisição não pode ser tida como originária, onde a transmissão da propriedade é incorporada ao patrimônio do adquirente livre de qualquer limitação e mesmo os ônus que sobre o imóvel pesavam.

A transmissão tem característica de derivada na medida em que houve uma relação negocial entre o devedor e o credor que acabou por adquirir a propriedade com os mesmos atributos e eventuais limitações e ônus que recaíam sobre a propriedade e domínio anterior.

Isso porque, no caso da transmissão originária, em que se aplica a exceção do parágrafo único do art. 130 do CTN, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço, ou seja, do valor do lanço extrai-se o valor do débito fiscal, o que não ocorreu na espécie em estudo.

Nesse diapasão há a sucessão tributária, como se extrai do ensino doutrinário de Aliomar Baleeiro, *verbis:*

> Diz o CTN que os adquirentes ficam sub-rogados nos créditos fiscais oriundos daqueles tributos, isto é, o sujeito passivo passa a ser o novo proprietário, foreiro ou posseiro, em substituição ao anterior. O ressarcimento do adquirente por este é assunto entre ambos.[1]

No mesmo sentido a lição de Paulo de Barros Carvalho:

> Nosso entendimento é no sentido de que as relações jurídicas integradas por sujeitos passivos alheios ao fato tributado apresentam a natureza de sanções administrativas. Empreendamos breve revista em alguns artigos do Código Tributário Nacional, que alude à responsabilidade dos sucessores ou de terceiros. O art. 130, por exemplo, comete o dever tributário aos adquirentes de bens imóveis, no caso de imposto que grave a propriedade, o domínio útil ou a posse, e bem assim quanto a taxas e contribuições de melhoria. Ora, de ver está que o adquirente não participou e, muitas vezes, nem soube da ocorrência do fato jurídico tributário. É elemento estranho. O único motivo que justifica a sua desconfortável situação de responsável é não ter curado de saber, ao tempo da aquisição, do regular pagamento de tributos devidos pelo alienante até a data do negócio. Por descumprir esse dever, embutido na proclamação de sua responsabilidade, é que se vê posto na contingência de pagar certa quantia.[2]

Outro não é o posicionamento de Hugo de Brito Machado:

> Assim, se alguém vende um terreno e estava a dever o imposto territorial, ou alguma taxa correspondente a prestação de serviços relacionados com o imóvel, ou uma contribuição de melhoria, o adquirente fica obrigado ao respectivo pagamento. [3]

A jurisprudência não difere deste contexto doutrinário como se vê do precedente abaixo:

> A obrigação tributária real é *propter rem*, por isso que o IPTU incide sobre o imóvel (art. 130 do CTN). 2. Deveras, ainda que alienada a coisa litigiosa, é lícita a substituição das partes (art. 42 do CPC), preceito que se aplica à execução fiscal, em cujo procedimento há regra expressa de alteração da inicial, qual a de que é lícito substituir a CDA antes do advento da sentença. (**STJ**, REsp n. 840623/BA, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 6.9.2007).

No mencionado voto o Relator anota que *O IPTU tem como contribuinte o novel proprietário (art. 34 do CTN), porquanto consubstanciou-se a responsabilidade tributária por sucessão, em que a relação jurídico-tributária deslocou-se do predecessor ao adquirente do bem. Por isso que impedir a substituição da CDA pode ensejar que as partes dificultem o fisco, até a notícia da alienação, quanto à exigibilidade judicial do crédito sujeito à prescrição.*

Assim, tivesse ao tempo da hasta pública sido paga a municipalidade do crédito fiscal sobre o imóvel, evidentemente que o bem arrematado passaria ao domínio do apelante livre de ônus.

Somando-se a tais fatos não se pode olvidar do disposto no art. 1.245 do Código Civil o qual admite a transferência da propriedade *mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis* e seu § 1º, a continuidade do domínio *enquanto não se registrar o título translativo.*

Ora, se o domínio se perfaz com o registro do título translativo, inexistindo este, evidente que a execução

1 **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense 1995. p. 482.

2 **Curso de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 225.

3 **Curso de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 107-109.

e a constrição encontram-se em perfeita consonância com o art. 34 do CTN, já que o fato gerador do imposto é a propriedade do imóvel, o domínio útil ou a posse do bem imóvel, e *in casu* a propriedade do imóvel está no nome do contribuinte originário.

Do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 19 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2007.017433-7 - Três Lagoas
Quinta Turma Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CARTÃO DE CRÉDITO – PERDA/FURTO – COMPRAS FRAUDULENTAS – INEXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DE SEGURO – DEMORA DA COMUNICAÇÃO À ADMINISTRADORA ACERCA DO EXTRAVIO DO CARTÃO – DEVER DE GUARDA E CONSERVAÇÃO – DESÍDIA DA AUTORA NA DEMORA DE COMUNICAÇÃO DE PERDA OU EXTRAVIO – UTILIZAÇÃO DO CARTÃO POR TERCEIROS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO DA AUTORA – MERO ABORRECIMENTO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO IMPROVIDO.

I. Perdido cartão de crédito, é dever do consumidor comunicar imediatamente o fato à administradora, a fim de que seja cancelado.

II. Não efetuada a comunicação, não assiste ao consumidor o direito à reparação indenizatória por danos morais, em face da sua desídia, da previsão contratual e da sua culpa exclusiva, que exclui o ato ilícito. Houve, portanto, mero aborrecimento, já que a apelante sequer foi compelida pela administradora do cartão de crédito a pagar o débito indevidamente contraído pelo falsário.

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.

Campo Grande, 26 de novembro de 2009.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Lindinalva Alvez Ortiz interpõe recurso de apelação em face da sentença que julgou procedente, em parte, os pedidos formulados na inicial da ação de anulação de duplicata c/c indenização por danos morais, ajuizada em desfavor de Credicard Banco S.A., e outro.

Em suas razões recursais (f. 150-152) sustenta que a indenização pleiteada é devida, pois restou demonstrado ao longo da instrução processual o nexo causal entre a atitude dos recorridos e os danos morais por ela experimentados, resultantes da negligência e omissão de que fora vítima, o que violou os atributos de sua personalidade.

Aduz que é irrelevante o fato de não ter havido inscrição de seu nome junto aos cadastros de inadimplentes, tendo em vista que a configuração do dano moral independe de qualquer vinculação com prejuízo patrimonial ou material.

Assim considerando, pede o total provimento.

Nas contrarrazões, os recorridos refutam as teses expendidas pela apelante e defendem a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Lindinalva Alvez Ortiz em face da sentença proferida nos autos da ação de anulação de título de crédito c/c indenização por danos morais, ajuizada em desfavor de Credicard Banco S.A., e outro.

Consiste o *decisum* singular (f. 141-144) na parcial procedência dos pedidos formulados na inicial, a fim de declarar a nulidade dos débitos constantes da fatura do cartão de crédito originários da aceitação indevida pela correcorrida, Comércio de Sorvetes Ltda., bem como de todos os encargos correspondentes (multa, juros, etc.); e improcedente quanto à pretensão de condenação por dano moral.

A apelente, em suas razões (f. 129-134), sustenta que: **a)** a indenização pleiteada é devida, pois restou demonstrado ao longo da instrução processual o nexo de causalidade entre a atitude dos recorridos e os danos morais por ela experimentados, resultantes da negligência e omissão de que fora vítima, o que violou os atributos de sua personalidade; e **b)** é irrelevante o fato de não ter havido inscrição de seu nome junto aos cadastros de inadimplentes, uma vez que a configuração do dano moral independe de qualquer vinculação com prejuízo patrimonial ou material.

Não lhe assiste razão.

Constata-se que a comunicação referente ao extravio/furto do cartão deu-se 26 (vinte e seis) dias após o fato, consoante relato de f. 30 confirmado pela parte autora à f. 55. Portanto, incontroverso o fato de que do episódio ocorrido entre 20 e 21 de janeiro de 2005, a apelante só tomou providência de solicitação de bloqueio em 17 de fevereiro de 2005.

Tal realidade evidencia o descumprimento da Cláusula Catorze, alínea 'f' do Contrato de Prestação de Serviços de Administração dos Cartões de Crédito do Sistema Credicard (f. 43), *verbis*:

> CLÁUSULA CATORZE – OBRIGAÇÕES DO TITULAR
>
> 14. São obrigações do TITULAR:
>
> [...]
>
> f) comunicar, imediatamente, após o fato ou a ciência, o extravio, furto, roubo, fraude ou falsificação do CARTÃO obtendo o número desta comunicação;

Também, não há notícia de ter havido qualquer falha operacional que impedisse tal comunicação entre a recorrente e a recorrida Credicard.

Importante ressaltar que não cabe aqui perquirir se as compras foram ou não realizadas pela recorrente, mas tão-somente se ela faltou com o seu dever de guarda e conservação do respectivo cartão de crédito, mormente quando não há contratação de seguro contra perda e roubo, como é o caso vertente.

Aliás, mesmo se houvesse tal serviço, sabe-se que o seguro não transfere à seguradora o ônus da negligência do consumidor, mas tão somente dilata o prazo para a comunicação da perda do cartão, cobrindo eventuais compras irregulares efetuadas nesse período, desde que realizadas comprovadamente mediante fraude.

Foi incisivo o magistrado *a quo*, ao declarar em sua sentença, às f. 143-144, *verbis*:

> [...] Sem fomento, porém, a pretensão de indenização por dano moral, porque a Autora não sofreu constrangimento indevido. Falhou quando deixou de comunicar a Requerida Credicard do extravio de seu cartão. De outra parte, a cobrança dos débitos foi legal e no exercício regular de direito da co-Requerida Credicard. A necessidade de contratação de advogado para ajuizar esta demanda não justifica qualquer indenização, primeiro porque exerce o direito de ação e cidadania; segundo, porque deu causa aos fatos que ensejaram a lide, na medida em que não se desincumbiu do dever de zelar pelo cartão e não comunicou o extravio a tempo de impedir o uso indevido; e, terceiro, porque a necessidade do ajuizamento de ação, com a contratação de Advogado deverá ser recompensada por meio da condenação em sucumbência, não podendo ser erigido à condição de prejuízo moral a ser ressarcido o constrangimento de ingressar com uma ação judicial. Ressalte-se que não há se falar em "pressão sofrida" para pagamento do débito, principalmente porque não houve lançamento de seu nome em rol negativo. [...]

Dessa forma, a recorrida, ao promover a cobrança dos referidos débitos, agiu, à época, no exercício regular de seu direito, como previsto no art. 188, I, do Código Civil de 2002, não constituindo ato ilícito.

Assim, em não se constatando ilicitude na conduta da operadora de cartões de crédito em questão, Credicard S.A., impertinente o pedido relativo à indenização por danos morais, formulado em sede recursal.

Peço vênia para transcrever passagem do voto do Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível 2004.001.11794, *in verbis*:

> [...] O direito e o ilícito são antíteses absolutas, um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não pode existir ilícito, portanto os atos praticados pela apelada no exercício regular do seu direito, não podem causar nenhum prejuízo a ninguém. Não violou a apelada nenhum dever jurídico pelo que nada tem a responder. Atuou em conformidade com os comandos da lei e do contrato, o que exclui a responsabilidade por eventuais aborrecimentos decorrentes da culpa do próprio apelante.

É dever do(a) consumidor(a) comunicar imediatamente à Administradora a perda ou furto do seu cartão, sob pena de ser responsabilizado(a) pelas compras ou pagamentos efetuados entre o intervalo da perda e da comunicação, pois assim prevê o contrato celebrado com a instituição financeira.

Conforme restou configurado nos autos, a autora não deu falta de seu cartão de crédito, não se importou em guardá-lo convenientemente, alertando-se, apenas quando recebeu faturas referentes a débitos que não contraiu.

Logo, está configurada a culpa exclusiva da consumidora-recorrente, o que exclui a responsabilidade de indenizar das rés.

Portanto, não pode a recorrente pretender receber indenização a título de danos morais dos recorridos, haja vista que inexiste ato ilícito capaz de gerar tal direito, uma vez que legítima a cobrança em função dos débitos constituídos àquela época. Tudo, aliás, não passou de mero aborrecimento, o que não gera danos morais.

Deixo consignado que no caso concreto, não há qualquer violação aos atributos da personalidade previstos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, porque, não satisfeito integralmente os termos acordados, é lícita a atitude da administradora do cartão de crédito que procede à cobrança dos valores relativos às aludidas compras ou serviços.

No caso versando, no entanto, não se há falar sequer em reembolso das despesas pagas, a uma porque o débito da fatura foi declarado nulo; a duas porque não há notícias de que tivesse a apelante efetuado o pagamento da referida fatura.

Conclusão

Isso posto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo íntegro o *decisum* singular, e também quanto à fixação do ônus sucumbencial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 26 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.026465-3 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – FURTO OCORRIDO EM UNIDADE AUTÔNOMA – RESPONSABILIDADE CIVIL DE CONDOMÍNIO EMPRESARIAL – INEXISTÊNCIA DE CULPA *IN VIGILANDO* – FALTA DE PREVISÃO EM CONVENÇÃO ACERCA DA SEGURANÇA E VIGILÂNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A administradora de condomínio empresarial não responde por furto de objetos ocorrido, durante ou fora do expediente, em dias úteis ou não, no interior de uma das salas autônomas, sujeita ao exclusivo controle do respectivo proprietário, exceto se tais obrigações estiverem previstas na convenção condominial. Precedente do STJ (REsp n. 149653-SP).

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, 22 de outubro de 2009.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Usina Maracaju S.A. interpõe recurso de apelação em face da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial da ação de indenização por danos materiais, ajuizada em desfavor do Condomínio Centro Comercial de Campo Grande.

Em suas razões recursais (f. 133-137) a apelante sustenta que o réu, na qualidade de empregador, deve ser responsabilizado pelo ato ilícito cometido por seus funcionários, nos termos do art. 932, III, do Código Civil, sob o argumento de que eles são encarregados, de forma especial, pela vigilância, ao controlar a entrada e saída de pessoas no condomínio, restando evidente e indubitável a sua culpa *in vigilando*.

Assevera que é inconcebível o fato de inúmeros objetos volumosos serem retirados do condomínio desapercebido pelos seus funcionários, em dia de sábado ou domingo, quando não há expediente na empresa, tampouco no condomínio.

Assim considerando, requer o total provimento.

Nas contrarrazões, o recorrido refuta as teses expendidas pela recorrente, e defende a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Usina Maracaju S.A. em relação à sentença que julgou improcedentes os pedidos lançados na inicial da ação de indenização por danos materiais, ajuizada em desfavor do Condomínio Centro Comercial de Campo Grande.

Sustenta a recorrente (f. 83-94) que: **a)** o réu, na qualidade de empregador, deve ser responsabilizado pelo ato ilícito cometido por seus funcionários, nos termos do art. 932, III, do Código Civil, sob o argumento de que eles são encarregados, de forma especial, pela vigilância, ao controlar a entrada e saída de pessoas no condomínio, restando evidente e indubitável a sua culpa *in vigilando*; e **b)** é inconcebível o fato de inúmeros objetos volumosos serem retirados do condomínio desapercebido pelos seus funcionários, em dia de sábado ou domingo, quando não há expediente na empresa, tampouco no condomínio.

Razão não lhe assiste.

De início, cumpre anotar que a obrigação de guarda e vigilância decorre da lei, convenção ou contrato entre as partes.

No caso versando, ocorreu furto dos objetos descritos na inicial (f. 3), fora dos horários de expediente, tanto da empresa quanto do condomínio, no interior do escritório da primeira, localizado no edifício administrado pelo réu.

Verifica-se que a convenção do condomínio não prevê a responsabilidade da manutenção por atos de segurança e vigilância (f. 73-82), o que descaracteriza a *culpa in vigilando*, pois o condomínio não está obrigado a desempenhar tais atos.

Necessário seria que restasse demonstrado o liame jurídico-obrigacional que justificasse o dever de guardar e vigiar objetos no interior do escritório em que funciona a empresa, ora apelante.

Nesse diapasão, decidiu o STJ no Resp n. 149653/SP, *in verbis*:

> RESPONSABILIDADE CIVIL - CONDOMINIO - FURTO NO INTERIOR DE SALA. **O conceito de responsabilidade não pode ser estendido ao ponto de fazer recair sobre o condomínio o resultado do furto ocorrido no interior de sala ou apartamento, numa indevida socialização do prejuízo**. Isso porque o condomínio, embora incumbido de exercer a vigilância do prédio, não assume uma obrigação de resultado, pagando pelo dano por ventura sofrido por algum condômino; sofrerá pelo descumprimento da sua obrigação de meio se isso estiver previsto na convenção. Fora daí, por nada responde, salvo como preponente, nos termos do art. 1.521 do Civil. Recurso não conhecido. (STJ, REsp n. 149653/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 19.12. 1997, p. 67.529).

É de se asseverar, ainda, que não é o simples fato de possuir um porteiro que se haverá de concluir, necessariamente, pela assunção do dever de propiciar a segurança completa, associando-se ao fato de que ao porteiro não era dada a competência de guarda e vigilância de bens nas dependências do edifício, não ocorrendo, portanto, a responsabilidade, nem dos prepostos como do condomínio-apelado.

Nesse sentido, tem se posicionado o STJ:

> CIVIL - AÇÃO ORDINARIA - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - FURTO DE VEICULO EM GARAGEM DE EDIFICIO - CONVENÇÃO DE CONDOMINIO - EXISTENCIA DE CLAUSULA DE RESPONSABILIDADE.
>
> I - A doutrina e a jurisprudência do STJ afirmaram entendimento no sentido e que, **inexistindo clausula expressa na convenção relativa ao de guarda e vigilância, não responde o condomínio por eventuais furtos ocorridos** [...]
>
> II - Recurso conhecido e provido. [...] (STJ, REsp n. 72557/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 2.9.1996, p. 31075).

Portanto, as circunstâncias não autorizam concluir pela responsabilidade civil do condomínio apelado.

Conclusão

Isso posto, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 22 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.011763-2 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – AUTOR E RÉU DETENTORES DE TÍTULOS AQUISITIVOS – PREFERÊNCIA AO DETENTOR DE TÍTULO ANTERIOR, NOTADAMENTE SE COINCIDENTE COM ÀQUELE QUE DETÉM A POSSE DO BEM – REQUISITOS DA REIVINDICATÓRIA AFASTADOS – ALEGADA EXISTÊNCIA DE VÍCIOS NÃO COMPROVADA – ÔNUS DA PROVA – ART. 333, I, DO CPC – RECURSO IMPROVIDO.

São três os pressupostos da ação reivindicatória, quais sejam, prova da titularidade do domínio, da individualização da coisa e da posse precária do réu sobre o bem. Fundando-se tanto o direito da parte autora quanto da requerida em título hábil, a ação reivindicatória deve ser julgada em favor daquele que detém prioridade no Registro Imobiliário, bem como daquele que detém a posse do bem.

Como regra geral, a comprovação dos fatos constitutivos do seu direito é ônus que incumbe a quem alega (art. 333, I, 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.

Campo Grande, 21 de outubro de 2009.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Jutercio Tenorio Ribeiro Becker Barbosa apela da sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos na ação reivindicatória que propusera em face de Eduardo Fontoura de Feitas, Ilka Fontoura de Freitas e Sociedade Miguel Couto Amigos do Estudante.

Aduz que esclareceu ao juízo que só tomou conhecimento da verdadeira e integral procuração lavrada em 30.1.1960 às notas do 1º Ofício ao conseguir reprodução fiel, por Certidão em Translado, em 30.11.2005, que comprova sonegação do translado lavrado em 27.5.1987, invertendo por completo a real finalidade da procuração outorgada, pois sequer defende os interesses do outorgante, quando na realidade os contrariam.

Defende que o laudo pericial emitido em novembro de 1994 constatou transplantes de outras origens, cujos transmitentes e adquirentes da Diretoria da Sociedade Miguel Couto Amigos do Estudante, inclusive, Waldir Fialho Saravy, que ora aparece como locador/arrendatário das terras também aparece como testemunha.

Afirma que restou comprovado nos autos que a união da Sociedade Miguel Couto Amigos do Estudante com os demais requeridos e terceiros citados nos autos, evidenciando as irregularidades, vícios e nulidades insanáveis, tanto que Pedro Paulo Figueiró, Saulo José Figueiró e José Luiz Paim Olibone, escudados em contrato de arrendamento datado de 21 de outubro de 1986, firmado com os responsáveis pela Fazenda São Miguel invadiram a Chácara Barra do Pontal pertencente ao autor, com um bando armado, pela terceira vez, derrubando e destruindo a casa principal bem como roubando materiais posteriormente devolvidos à Polícia.

Esclarece que buscou em ações possessórias defender-se e não provar seu direito, como afirmado pelo juízo *a quo*.

Acrescenta ser incontroverso nos autos que a primeira ré, Sociedade Miguel Couto, era procuradora de Edmundo Alves Correa, tendo a posse e permissão deste, sendo que também ficaram demonstradas as falcatruas dos recorridos, evidenciando implantes de áreas alienígenas transmitidas ao mesmo adquirente.

Sustenta que os documentos apresentados nos autos que evidenciaram a conclusão do Sr. Perito de que há sobreposição de terras estão todos eivados de nulidades.

Salienta que no laudo pericial deixou de constar análise completa da titularidade bem como emissão de laudo constatativo a que se havia proposto o perito, em virtude de julgar absolutamente comprovado e constatado nos presentes autos fato que teve como consequência a infundada decisão prolatada na sentença.

Enfatiza que *"não pode prosperar a r. decisão de f. 508-581, já que totalmente irregular e imprópria ao presente caso, devendo ser reformada em sua totalidade, determinando a imissão de posse imediata no imóvel objeto da presente lide"* (f. 539).

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para sejam julgados totalmente procedentes os pedidos iniciais, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Devidamente intimados, apenas a requerida Sociedade Miguel Couto dos Amigos do Estudante apresentaram contra-razões, nas quais pugnam pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Jutercio Tenorio Ribeiro Becker Barbosa contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos na ação reivindicatória que propusera em face de Eduardo Fontoura de Feitas, Ilka Fontoura de Freitas e Sociedade Miguel Couto Amigos do Estudante.

Aduz que esclareceu ao juízo que só tomou conhecimento da verdadeira e integral procuração lavrada em 30.1.1960 às notas do 1º Ofício ao conseguir reprodução fiel, por Certidão em Translado, em 30.11.2005, que comprova sonegação do translado lavrado em 27.5.1987, invertendo por completo a real finalidade da procuração outorgada, pois sequer defende os interesses do outorgante, quando na realidade os contrariam.

Defende que o laudo pericial emitido em novembro de 1994 constatou transplantes de outras origens, cujos transmitentes e adquirentes da Diretoria da Sociedade Miguel Couto Amigos do Estudante, inclusive, Waldir Fialho Saravy, que ora aparece como locador/arrendatário das terras também aparece como testemunha.

Afirma que restou comprovado nos autos que a união da Sociedade Miguel Couto Amigos do Estudante com os demais requeridos e terceiros citados nos autos, evidenciando as irregularidades, vícios e nulidades insanáveis, tanto que Pedro Paulo Figueiró, Saulo José Figueiró e José Luiz Paim Olibone, escudados em

contrato de arrendamento datado de 21 de outubro de 1986, firmado com os responsáveis pela Fazenda São Miguel invadiram a Chácara Barra do Pontal pertencente ao autor, com um bando armado, pela terceira vez, derrubando e destruindo a casa principal bem como roubando materiais posteriormente devolvidos à Polícia.

Esclarece que buscou em ações possessórias defender-se e não provar seu direito, como afirmado pelo juízo *a quo*.

Acrescenta ser incontroverso nos autos que a primeira ré, Sociedade Miguel Couto, era procuradora de Edmundo Alves Correa, tendo a posse e permissão deste, sendo que também ficaram demonstradas as falcatruas dos recorridos, evidenciando implantes de áreas alienígenas transmitidas ao mesmo adquirente.

Sustenta que os documentos apresentados nos autos que evidenciaram a conclusão do Sr. Perito de que há sobreposição de terras estão todos eivados de nulidades.

Salienta que no laudo pericial deixou de constar análise completa da titularidade bem como emissão de laudo constatativo a que se havia proposto o perito, em virtude de julgar absolutamente comprovado e constatado nos presentes autos fato que teve como consequência a infundada decisão prolatada na sentença.

Enfatiza que *"não pode prosperar a r. decisão de f. 508-581, já que totalmente irregular e imprópria ao presente caso, devendo ser reformada em sua totalidade, determinando a imissão de posse imediata no imóvel objeto da presente lide"* (f. 539).

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para sejam julgados totalmente procedentes os pedidos iniciais, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Devidamente intimados, apenas a requerida Sociedade Miguel Couto dos Amigos do Estudante apresentaram contra-razões, nas quais pugnam pelo improvimento do recurso.

O caso reclama alguns esclarecimentos.

O autor, ora apelante, ajuizou a presente ação reivindicatória, aduzindo que Edmundo Alves Correa e Elza Ferraz Correa, por intermédio de um contrato particular firmado em 24 de agosto de 1986, transmitiu-lhe a posse que exerciam sobre o imóvel objeto dos autos, sendo eles os legítimos possuidores indiretos do imóvel, enquanto que a requerida Sociedade Miguel Couto Amigos do Estudante por força de procuração outorgada pelo proprietário do bem, exercia a posse direta desde 30 de janeiro de 1966.

Informou nos autos que procurou exercer seus direitos de posse, porém fora obstado pela requerida Sociedade Miguel couto.

Já os requeridos, em contestação, afirmaram restar evidenciada a sobreposição de áreas, sendo que a Sociedade requerida exerce a posse direta do imóvel desde que a adquiriu, devendo a ação ser julgada improcedente.

Em réplica à contestação, o autor defendeu que há irregularidades na representação da requerida Sociedade Miguel Couto, sendo que Edmundo Alves Correa e sua mulher adquiriram o bem de Manoel Pelizari de Almeida, porém a requerida apossou-se indevidamente desta área e passou a exercer a posse como se titular fosse, sendo certo que o ato de permissão expressa do proprietário à requerida não gera a posse por ela defendida.

É cediço que a ação reivindicatória é uma demanda de natureza real que tem por objetivo o recebimento da posse em favor daqueles que estão contemplados somente com o *jus possidendi*. É de natureza real porque nasce de um direito *in re*, ou seja, pede-se a coisa e não o cumprimento de uma obrigação.

São três os pressupostos da ação reivindicatória, quais sejam, prova da titularidade do domínio, da individualização da coisa e da posse precária do réu sobre o bem.

No caso apreço, pretende o recorrente reaver o quinhão n. 4, resultante do desmembramento da Fazenda Pontal de Formosa, com área de 60 hectares, alegando para tanto ser o proprietário do bem e detentor da posse indireta.

Ocorre que tal questão não restou sobejamente demonstrada nos autos, como bem asseverado pelo magistrado de primeira instância.

Extrai-se da cópia da Transcrição n. 130.085 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição Imobiliária de Campo Grande que o "Quinhão n. 04: com área de 60 hectares, resultante do desmembramento da área remanescente da Fazenda Pontal e Formosa, neste município, com a denominação de Chácara Barra do Pontal" fora transferido ao requerente, ora apelante, em 17 de novembro de 1988, por Edmundo Alves Correa e Elza Ferraz Correa.

Já os documentos de f. 33-63 demonstram que a Sociedade Miguel Couto Amigos do Estudante é detentora da área de 300 hectares referente à Transcrição n. 48.464, 448, 1587 hectares referentes à Transcrição n. 61.776 e 9,6250 hectares relativo à Transcrição n. 100.781.

A prova pericial produzida durante o transcorrer da instrução processual concluiu que tanto a Transcrição n. 130.085, pertencente ao recorrente, quanto as Transcrições n. 48.164, 61776 e 100.781 pertencentes à requerida Sociedade Miguel Couto tiveram origem comum na Transcrição n. 15.040 que tinha área de 2.261 hectares, sendo que a área de 60 hectares pertencente ao recorrente está sobreposta à área de 300 hectares pertencente à recorrida (f. 276-187), *in verbis:*

> De acordo com a cadeia demonstrada, verifica-se que os títulos em referência, seja do requerente ou do requerido, tiveram origem na transcrição 15.040, sendo ainda identificado que as datas de aquisições e dos títulos das áreas adquiridas pelo requerido são anteriores a da matrícula e registro da aquisição do requerente.
>
> Posteriormente ao estudo dominial realizado, passamos a observar as descrições das áreas em referência, de modo a compor um mosaico de forma que pudesse identificar a mencionada sobreposição de área.
>
> Constatamos, no entanto que, as descrições constantes nos documentos disponibilizados, seja transcrição ou matrícula, apresentam-se deficientes, impossibilitando uma perfeita identificação do perímetro das áreas registradas.
>
> Segundo consta na matrícula n. 15040, os proprietários originais do imóvel rural denominada Fazenda Formosa, que possuía 2.621 hectares, foram vendendo partes do imóvel, em épocas distintas, sendo duas áreas vendidas no ano de 1959 e sete áreas no ano de 1988.
>
> As áreas desmembradas se distribuem da seguinte forma:
>
> -Em 1959: Fazenda Santa Rita com uma área de 289 ha (Transcrição n. 46042) e Fazenda São Miguel com uma área de 987 ha (Transcrição n. 46.162).
>
> - Em 1988: Chácara (sem informação do nome) com uma área de 908,6755 ha (Matrícula n. 130.080), Chácara Barro Preto com 40 ha (Matrícula n. 130.081), Chácara Barreiro com área

de 9 ha (Matrícula n. 130.082), Chácara (sem informação de nome) com área de 87,03245 ha (Matrícula n. 130.083), Chácara Minerva com área de 60 ha (Matrícula n. 130.084), Chácara Barra do Portal com área de 60 ha (Matrícula n. 130.085), Chácara Alto do Botas com área de 180 ha (Matrícula n. 130.086).

Ocorre, entretanto que, além da descrição da área maior, constante na transcrição n. 15.040, não permitir uma perfeita identificação da área, as descrições constantes nas transcrições e matrículas originadas posteriormente, apresentam-se deficientes, o que prejudicou a identificação real perimétrica, e localização, das áreas vendidas desmembradas e consequentemente da remanescente.

Verifica-se, no entanto que o imóvel registrado sob n. 15.040 fora todo desmembrado, tanto que se somarmos as áreas acima identificadas, teríamos um total de 2.620,70 ha, sendo que entre as transcrições oriundas, encontram-se as áreas de propriedade do requerente e requerido.

Assim, devido a complexidade dos fatos, e tendo em vista que este mesmo perito já havia atuado em outros processos que envolviam áreas daquela região, tendo inclusive realizado um estudo dominial e perimétrico, solicitamos junto ao sistema judiciário o desarquivamento dos autos n. 91.0006103-4, o que fora deferido neste segundo semestre do corrente ano.

Com base nas informações obtidas, elaboramos uma planta de demonstração, ou um pequeno mosaico, buscando identificar as principais áreas, ou aquelas que pudessem levar algum esclarecimento ao fato em litígio.

Sendo assim, buscamos demonstrar a área maior, decorrente daquela transcrita sob n. 15.040, com 2.621 ha, a área reivindicada pelo requerente, matrícula sob n. 130.085, com 60 ha, e a área que o requerido teria mencionado na inicial que estaria sobreposta a mesma, ou seja a de 300 ha, transcrita sob n. 48.464".

O Sr. Perito, ainda, à f. 421 esclareceu que:

Cabe no entanto ressaltar que, conforme o já mencionado no laudo técnico, tendo em vista que a descrição da área maior, transcrita sob n. 15.040, apresentar-se deficiente, o que prejudicou sua real identificação, fora realizado um levantamento 'in loco' seguindo os limites constantes na transcrição, podendo então ser constatada uma falta de área, ou seja, ao invés de encontrarmos os 2.620,70ha registrados, encontramos o correspondente a 2.537,9799ha.

Apesar da observação de que as descrições dos registros das áreas que deram origem aos imóveis em litígio, tanto requerente como requerido, apresentarem-se deficientes, optamos por elaborar uma planta, f. 291 dos autos, seguindo dos limites especificados nos documentos, donde pode-se verificar que, plotando as áreas descritas nas matrículas e transcrições, a área pertencente ao requerente, conforme matrícula n. 130.085, encontrar-se-ia superposta a parte da área transcrita sob n. 48.464.

Dessa forma, vimos ressaltar que os trabalhos realizados buscaram identificar 'tecnicamente' se haveria superposição área com base nos documentos disponibilizados e obtidos, não atentando para os aspectos jurídicos da causa, ou seja, se pelo fato de não constarem os nomes dos profissionais responsáveis pelos levantamentos de campo, elaboração de plantas e memoriais, mesmo porque, se assim fosse admitido, a transcrição n. 15.040, que originou tanto o imóvel do requerido como do requerente, também não possui tal informação.

Portanto, o que se infere dos autos, notadamente das documentações trazidas por ambas as partes bem como do laudo pericial, é a ocorrência de sobreposição de áreas.

Vale dizer, como restou evidenciado que a área relativa à matrícula n. 130.085, com 60 hectares, pertencente ao requerente, ora apelante, desde 1988 está sobreposta a área relativa à matrícula n. 48.464, com 300 hectares, pertencente à requerida, desde 1960.

Certo é que em ocorrendo a hipótese de autor e réu apresentarem títulos emanados da mesma pessoa, como é o caso dos autos, a ação reivindicatória deve ser julgada em favor daquele que tiver preferência na aquisição, tal como lecionam Paulo Tadeu Haendchen e Remolo Letteriello na obra Ação Reivindicatória*, in verbis:*

> Ocorrendo essa circunstância, a ação reivindicatória deve ser julgada em favor daquele que tiver preferência na aquisição. A preferência é regulada pela prioridade na transcrição, na forma prevista na Lei de Registros Públicos. O princípio da prioridade significa que, em concurso de direitos reais sobre um imóvel, não existe igualdade, mas sim uma graduação, uma ordem de classificação, fundada na ordem cronológica do aparecimento. Deriva do princípio latino prior *tempore potior jure* e é consequência de outro princípio que diz respeito: o direito não socorre os que dormem. A adoção do sistema da prioridade vem a beneficiar o mais diligente em detrimento do retardatário.
>
> A prioridade é constatada liminarmente no protocolo do Registro Imobiliário, pelo número de ordem que o título toma no momento em que é apresentado. Existe, assim, uma ordem cronológica de apresentação e prenotação dos títulos, sendo irrelevantes as datas neles consignadas[1].

Ademais, como comentam os suso mencionados autores, em havendo sobreposição de áreas também haverá de observar quem detém a posse do imóvel, confiram-se:

> Pode ocorrer, no entanto, que autor e réu possuam títulos perfeitos, escoimados de quaisquer vícios, e na apuração constata-se que as áreas descritas nos títulos estão superpostas. O fenômeno não é raro neste país em que nunca se levou a sério o sistema de registro da propriedade imóvel, em face das suas peculiaridades. Assim é que a propriedade imobiliária atual ainda se ressente do sistema vigente no Império, das cartas do vigário, das sesmarias etc., onde nenhuma norma técnica era observada na descrição do imóvel. Por isso pode acontecer de os títulos de propriedade do autor e réu não apresentarem vícios, ou seja, mostram-se perfeitos, escoimados de quaisquer defeitos, e, não obstante, descreverem áreas que se superpõem, havendo colidência de transcrições.
>
> [...]
>
> A nossa posição, entretanto, data venia, é a de que o critério a ser levado em conta, na espécie, é o da posse do imóvel e não o da prioridade da transcrição. Não obstante aquela decisão ter feito justiça, porque decidiu em favor do possuidor, entendemos que ela deveria ter levado em conta o fator posse como elemento primordial do decisum. Com efeito, o fato posse não pode ser relegado a segundo plano, até porque é requisito da ação reivindicatória que o possuidor detenha injustamente a coisa. Ora, se na espécie o detentor é titular de um direito real (o direito de propriedade) que o autoriza a possuir, como considerar injusta a sua posse? Já vimos que a injustiça da posse é requisito para procedência da ação reivindicatória, ressaltando que posse injusta é toda aquela que repugna ao direito. E a posse exercida fundada

1 São Paulo: Saraiva, 1997. p. 55-56.

> em domínio escorreito nenhuma repugnância causa ao direito. Queremos enfatizar que a hipótese de superposição faz presumir a existência de dois imóveis distintos, ambos transcritos com filiações próprias mas que estão justapostos. Por isso que não se deve levar em conta o critério da prioridade do registro, visto que os imóveis descritos nos títulos de domínio são diferentes, havendo dois registros legítimos em tese. Ocorrendo a superposição, não resta dúvida de que o critério correto para o deslinde da causa é o de considerar o fato posse como elemento primordial, mesmo porque, como já mencionamos, a posse fundada em direito real de propriedade não pode ser tida como injusta para os efeitos de reivindicação"[2].

Sequer há reconhecer que nos títulos pertencentes aos requeridos, ora apelados, há vícios, haja vista que os mesmos não restaram demonstrados nos autos.

Do exame dos autos, verifica-se não haver provas dos fatos alegados pelo autor relativos à vícios nos títulos pertencentes ao apelado, ônus processual que lhe incumbia como fatos constitutivos do seu direito.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

> A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar secundum allegatta et probata partium e não secundum propiam suam conscientiam - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).
>
> O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [3]

Considerando que a norma jurídica é um comando abstrato que somente atua concretamente quando uma situação da vida enquadra-se em sua incidência, eventuais fatos que provocaram a atuação da norma materializam-se no processo, que será o veículo para levar ao magistrado os acontecimentos ocorridos no mundo fenomênico. Sem o conhecimento dos fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica reclamada, tendo, portanto, o ônus, suma importância.

Entretanto, no caso dos autos, o autor não se desincumbiu do ônus processual que lhe cabia, porquanto não logrou comprovar eficazmente os fatos constitutivos do seu direito, trazendo elementos hábeis a demonstrar suas alegações.

Assim, como restou demonstrado nos autos que ambas as partes são detentoras do domínio do imóvel objeto dos autos, havendo superposição de áreas e sendo o requerido o detentor de sua posse direta, outro remédio não há senão manter a sentença proferida pelo juízo *a quo*.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença.

---

2 *Idem*, p. 59

3 **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 312.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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, Ildeu de Souza Campos e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 21 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.013530-0 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À ADJUDICAÇÃO – NULIDADE DA PENHORA – BEM DE FAMÍLIA – ART. 746 DO CPC – INADMISSÍVEL DISCUSSÃO APÓS ADJUDICAÇÃO DO BEM PENHORADO – PENHORA SOBRE PARTE DE IMÓVEL PERTENCENTE A TERCEIRO – ILEGITIMIDADE DO EMBARGANTE – AUSÊNCIA DE PLANILHA DO DÉBITO ATUALIZADA – VÍCIO SANADO A TEMPO – DISCUSSÃO ACERCA DOS PARÂMETROS UTILIZADOS NOS CÁLCULOS – NÃO DEMONSTRAÇÃO QUALQUER IRREGULARIDADE OU COBRANÇA A MAIOR – VALOR COBRADO A TÍTULO DE VERBA HONORÁRIA A MENOR – FALTA DE INTERESSE DA EMBARGANTE – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA PRAÇA – DEVEDOR EM LOCAL NÃO SABIDO – MUDANÇA DE ENDEREÇO SEM COMUNICAÇÃO NOS AUTOS – PUBLICAÇÃO EM EDITAL – ATENDIDOS OS REQUISITOS DA LEI – RECURSO IMPROVIDO.

1. Para a interposição dos embargos à arrematação ou à adjudicação, impõe-se que os fatos jurídicos previsíveis como matérias suscetíveis de ataque à arrematação e à adjudicação sejam supervenientes à penhora, nos termos do art. 746 do CPC. Assim, ainda que questão do bem de família seja matéria de ordem pública, existe um limite de tempo para que o devedor possa alegar e comprovar que o determinado bem seja realmente um "bem de família", para obtenção de sua exclusão do ato de constrição judicial, não sendo mais lícito fazê-lo em sede de embargos à adjudicação.

2. A desconstituição da penhora deve ser objeto de impugnação pelo terceiro prejudicado. Assim, se a penhora recaiu sobre parte de bem não pertencente ao embargante não possui este legitimidade para suscitar qualquer nulidade.

3. Não há falar em nulidade do processo por ausência, nos autos de execução, de demonstrativo do débito atualizado se tal irregularidade fora sanada, sendo a planilha juntada ao feito posteriormente, em homenagem aos princípios da instrumentalidade das formas e economia processual (arts. 154 e 244 do CPC).

4. Também não há falar nulidade do feito por erro nos valores cobrados se tal equívoco não se evidencia dos autos, notadamente da planilha acostada ao feito executivo e a parte que os alegada nada comprova a esse respeito.

5. É cediço que o processo somente será útil à parte na medida em que, por sua natureza, revela-se, em tese, apto a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente, ou seja, toda vez que a atividade jurisdicional puder dar ao demandante o proveito que espera alcançar. Dessa forma, não possui interesse de agir a parte embargante que alega que estão sendo cobrados honorários em percentual menor do que o realmente contratado.

6. Por fim, não há que se falar em nulidade por ausência de intimação pessoal da embargante quanto à designação da praça, se consta nos autos informação de que ela encontrava-se em local desconhecido e, ciente da própria ação executiva e penhora em data anterior, mudou-se sem informar seu atual endereço, em total desobediência ao que preconiza o CPC, em seu art. 238, parágrafo único.

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.

Campo Grande, 30 de novembro de 2009.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Suzi Lopes Marques apela da sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos nos embargos à adjudicação que opusera em face de Banco Econômico S.A.

Aduz que a penhora efetuada possui uma irregularidade, pois trata-se de imóvel de uso residencial da avalista, ora recorrente, e muito embora a construção da residência não tenha sido averbada junto ao Registro de Imóveis, certo é que sua existência foi constatada quando da avaliação do bem.

Defende que sobre tal questão não se operou a preclusão, porquanto como bem informou o juízo *a quo,* ofertou embargos à execução justamente para discutir tal matéria, porém os mesmos não foram conhecidos por falta de preparo, além do que a impenhorabilidade do imóvel é absoluta, não se aplicando o disposto no artigo 245 do CPC.

Afirma que também há irregularidade na penhora, pois trata-se de condomínio estabelecido com o Sr. Tertuliano França Carneiro, que não integrou a lide, o impõe que a penhora, em tese, recaia apenas sobre 50% do imóvel.

Esclarece que tem legitimidade para requerer a desconstituição da penhora no que tange à parte pertencente ao Sr. Tertuliano, porquanto a lei civil garante a qualquer dos condôminos defender os interesses do bem de forma isolada.

Acrescenta que "*desde a penhora do bem subsiste erro de direito contra o Sr. Tertuliano, por não ter sido intimado da penhora de 50% do seu bem. Este fato, com certeza, clama pelo retorno dos autos àquela fase, para que ele possa intimado se manifestar, sobre a penhora de seu bem e sobre se tratar de bem de família"* (f. 207).

Sustenta que também deve ser reconhecida a nulidade da praça por falta de elemento primordial a execução, qual seja, apresentação da planilha de cálculo, com os elementos formadores do montante, e dos quais a recorrente nunca teve ciência.

Enfatiza haver erro na planilha apresentada, já que os valores não foram claramente explicitados, além do que os juros não poderiam ser capitalizados, o que não fica claro.

Afirma que quando da ação de execução entendeu-se que os honorários não poderiam ser pleiteados, devendo ser arbitrados em ação própria de arbitramento de honorários.

Prossegue, defendendo que a questão relativa a necessidade de intimação pessoal da praça já foi decidida por este Tribunal, não podendo ser considerados intempestivos os presentes embargos ou impossível reconhecer a nulidade da hasta pública.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja reconhecida a nulidade da praça, por falta de intimação válida da recorrente, determinando-se o saneamento do processo desde a penhora, bem como intimando-se o Sr. Tertuliano França Carneiro, e ainda, seja devolvido prazo para a recorrente manifestar-se sobre a planilha de cálculo apresentada.

O apelado, em contra-razões, rebate os fundamentos do apelo, pugnando pelo seu improvimento.

VOTO (EM 16.11.09)

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Suzi Lopes Marques contra a sentença que julgou improcedentes os embargos à adjudicação que opôs em face de Banco Econômico S.A.

Aduz que a penhora efetuada possui uma irregularidade, pois se trata de imóvel de uso residencial da avalista, ora recorrente, e muito embora a construção da residência não tenha sido averbada junto ao Registro de Imóveis, certo é que sua existência foi constatada quando da avaliação do bem.

Defende que sobre tal questão não se operou a preclusão, porquanto como bem informou o juízo *a quo,* ofertou embargos à execução justamente para discutir tal matéria, porém os mesmos não foram conhecidos por falta de preparo, além do que a impenhorabilidade do imóvel é absoluta, não se aplicando o disposto no artigo 245 do CPC.

Afirma que também há irregularidade na penhora, pois se trata de condomínio estabelecido com o Sr. Tertuliano França Carneiro, que não integrou a lide, o impõe que a penhora, em tese, recaia apenas sobre 50% do imóvel.

Esclarece que tem legitimidade sim para requerer a desconstituição da penhora no que tange à parte pertencente ao Sr. Tertuliano, porquanto a lei civil garante a qualquer dos condôminos defender os interesses do bem de forma isolada.

Acrescenta que "desde a penhora do bem subsiste erro de direito contra o Sr. Tertuliano, por não ter sido intimado da penhora de 50% do seu bem. Este fato, com certeza, clama pelo retorno dos autos àquela fase, para que ele possa intimado se manifestar, sobre a penhora de seu bem e sobre se tratar de bem de família" (f. 207).

Sustenta que também deve ser reconhecida a nulidade da praça por falta de elemento primordial a execução, qual seja, apresentação da planilha de cálculo, com os elementos formadores do montante, e dos quais a recorrente nunca teve ciência.

Enfatiza haver erro na planilha apresentada, já que os valores não foram claramente explicitados, além do que os juros não poderiam ser capitalizados, o que não fica claro.

Afirma que quando da ação de execução entendeu-se que os honorários não poderiam ser pleiteados, devendo ser arbitrados em ação própria de arbitramento de honorários.

Prossegue, defendendo que a questão relativa a necessidade de intimação pessoal da praça já foi decidida por este Tribunal, não podendo ser considerados intempestivos os presentes embargos ou impossível reconhecer a nulidade da hasta pública.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja reconhecida a nulidade da praça, por falta de intimação válida da recorrente, determinando-se o saneamento do processo desde a penhora, bem como intimando-se o Sr. Tertuliano França Carneiro, e ainda, seja devolvido prazo para a recorrente manifestar-se sobre a planilha de cálculo apresentada.

O apelado, em contrarrazões, rebate os fundamentos do apelo, pugnando pelo seu improvimento.

Como visto, os pontos a serem enfrentados no presente recurso, cingem-se a: (1) nulidade da penhora por se tratar de bem de família; (2) nulidade da penhora pelo fato de 50% do pertencer a terceiro não integrante da lide; (3) nulidade do processo pela falta de intimação para falar da planilha atualizada do débito; e, (4) nulidade do processo por não ter a embargante sido intimada pessoalmente da realização da praça.

Inicialmente, impende esclarecer que, nos termos do artigo 746 do CPC: *"É lícito ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo"*.

Referido dispositivo, com a redação anterior à lei n. 11.382/2007 (aplicável ao caso, pois apesar de se tratar de norma processual com aplicação, devem ser respeitados os atos já consumados) disciplinava que *"É lícito ao devedor oferecer embargos à arrematação ou à adjudicação, fundados em nulidade da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à penhora"*.

Ou seja, para a interposição dos embargos à arrematação/adjudicação, impõe-se que os fatos jurídicos previsíveis como matérias suscetíveis de ataque à arrematação e à adjudicação, sejam supervenientes à penhora. Vale, dizer, muito embora as hipóteses previstas no artigo 746 do CPC sejam iguais às questões alegáveis aos embargos à execução, do item VI, artigo 741 do CPC, há uma efetiva distinção. Isso porque as primeiras sustentáveis (art. 746 devem ser supervenientes à penhora), enquanto que as últimas são alegáveis, desde que, supervenientes à sentença.

Efetivamente, a penhora é o momento eleito pelo legislador para se delimitar à modalidade de defesa do devedor, seja em oposição à execução, propriamente dita, seja à arrematação ou à adjudicação.

Portanto, em se tratando de embargos à adjudicação, como é o caso dos autos, a atividade cognitiva do juiz e as razões das partes estão delimitadas às matérias previsíveis no artigo 746, *caput*, do CPC, supervenientes à penhora.

Desse modo, o devedor, como adiante se examinará, poderá alegar qualquer causa impeditiva modificativa ou extintiva da obrigação, previsíveis no artigo 746, do CPC, desde que, supervenientes à penhora.

Por essa razão, entendo que agiu com acerto o magistrado ao consignar no *decisum* vergastado que as afirmações da embargante sobre a nulidade da penhora, consubstanciadas na impenhorabilidade de bem de família e na ausência de domínio sobre a integralidade do bem não são fatos supervenientes à penhora.

Em verdade, trata-se de questão preexistente à própria ação executiva, logo, à penhora.

Sequer há que se falar que por ser matéria de ordem pública pode ser aventada nos presentes embargos. Isso porque, sabe-se que a questão relativa ao bem de família, nos termos da Lei n. 8.009, comporta exceções, tratando-se, em verdade, de direito disponível.

Tanto é assim, que pode o devedor, de livre e espontânea vontade, oferecer em garantia o único bem imóvel no qual exerce sua residência, abdicando da benesse legal, razão pela qual se a apelante quedou-se inerte no momento oportuno para utilizar-se de tal garantia, não pode posteriormente querer discutir a questão que restou acobertada pelo manto da preclusão.

Em casos assemelhados, confiram-se:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - IMPENHORABILIDADE DE BEM IMÓVEL – NÃO-APRESENTAÇÃO DE PROVA DO FATO ALEGADO – IMÓVEL ADJUCIDADO – INADMISSÍVEL DISCUSSÃO DO TEMA, APÓS ADJUDICAÇÃO OU ARREMATAÇÃO DO BEM – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Muito embora a questão do bem de família seja matéria de ordem pública, ainda assim existe um limite de tempo para que o devedor possa provar que o determinado bem seja realmente um "bem de família", para obtenção de sua exclusão do ato de constrição judicial. Incabível se o ato se dá após a assinatura de adjudicação e arrematação.(AC n. 2001.000972-5, Dourados, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello).

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À ARREMATAÇÃO – INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 447 DO CPC – INCABÍVEL – MATÉRIA PRECLUSA E IMPERTINENTE A ESTES EMBARGOS. I – A norma contida no art. 447 do CPC só incide se não for caso de extinção do processo (art. 329), ou de julgamento antecipado da lide (art. 330). II – Opera-se a preclusão sobre a matéria já decidida nos autos de execução da qual não se interpôs o competente recurso. Consequentemente, falta à parte interesse processual para interposição dos embargos à arrematação. III – A questão relativa ao valor obtido com o banco-apelado, antecede a execução, e as relativas à citação na execução e penhora, sendo inviável discuti-las na via restrita dos embargos à arrematação (art. 746 do CPC). (AC n. 1000.070094-3, Quarta Turma Cível, Rel. Des. João Batista da Costa Marques).

Com relação à alegação de que a penhora efetivada nos autos de execução deve ser desconstituída em razão de deter somente 50% da propriedade do bem, sendo os outros 50% pertencentes ao Sr. Tertuliano França Carneiro, terceiro estranho aos autos, melhor sorte não lhe socorre.

Certo é que, além de tratar-se de questão anterior à penhora, não estando elencada dentre as hipóteses previstas para os embargos à adjudicação (art. 746 do CPC), portanto impossível de ser enfrentada no presente feito, trata-se de direito pertencente a terceiro, sendo a recorrente parte ilegítima para arguir tal nulidade da penhora em nome de outrem.

O STJ já enfrentou a questão:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO. DÉBITOS PARA COM A SEGURIDADE SOCIAL. ART. 135, III, DO CTN. APLICABILIDADE. CONSTRIÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. LEGITIMIDADE DO TERCEIRO PREJUDICADO.
>
> [...]
>
> 5. A desconstituição da penhora deve ser objeto de impugnação pelo terceiro prejudicado. Neste sentido: "Segundo boa doutrina, a legitimidade ativa, na hipótese, não

> decorre da titularidade (ou da co-titularidade) dos direitos sobre o bem, mas sim da condição de possuidor (ou co-possuidor) que o familiar detenha e do interesse de salvaguardar a habitação da família diante da omissão ou da ausência do titular do bem'. (REsp n. 151.281/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 1.3.1999).
>
> [...]. (REsp n. 1004908/SC, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 22.4.2008, DJ 21.5.2008).

Com relação à alegação de nulidade do processo por ausência de demonstrativo do débito atualizado em conformidade com a sentença de f. 73-78 acostada aos autos em apenso, o caso reclama alguns esclarecimentos.

Consoante bem observado pelo magistrado sentenciante, a planilha do débito somente não foi coligida aos autos, à época, porquanto o recorrido havia interposto recurso extraordinário do acórdão que mantivera a sentença proferida em sede de embargos à execução, na qual foram revistas as cláusulas contratuais do instrumento celebrado entre as partes.

Porém, ainda que assim não fosse, certo é que eventual irregularidade fora habilmente sanada, porquanto consta às f. 131-132 dos autos de execução em apenso a respectiva planilha atualizada do débito exequendo, em consonância com o que restou decididos em sede de embargos à execução, não havendo que se falar em nulidade.

Tal conclusão encontra respaldo no princípio da instrumentalidade das formas bem como na economia processual, em total conformidade com a Lei Processual Civil, *in verbis:*

> Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencheram a finalidade essencial.
>
> Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato, se realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Quanto à alegação de que os parâmetros utilizados pelo embargado na planilha de f. 131-132, mais uma vez razão não socorre a recorrente.

Conforme se infere dos autos em apenso (autos n. 001.96.005352-9), notadamente da sentença colacionada às f. 73-87, a revisão do contrato cingiu-se à alteração do percentual contratado a título de juros remuneratórios, os quais foram reduzidos ao patamar de 12% ao ano, nada dispondo acerca do momento de sua incidência, o que, por decorrência lógica e dado o teor da discussão travada naquele feito, implica em ser o da data do vencimento da obrigação, nos termos do contrato exequendo.

Outrossim, não se infere da planilha em questão a incidência de capitalização de juros pelo recorrido. Em verdade, na planilha do débito acostada às f. 131-132 dos autos em apenso observa-se que o exequente, ora recorrido, apresentou o valor do débito desprovido de qualquer capitalização.

Ademais, certo é que caberia à recorrente, no momento oportuno, demonstrar a incidência de encargo indevido sobre o débito exequendo, porém, quedou-se inerte, como demonstra a certidão de f. 186 do presente feito.

Já quanto aos honorários advocatícios, entendo faltar a recorrente interesse de agir. Explico.

Conforme a concepção eclética, adotada pelo CPC, o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa. Mas, para que haja tal julgamento de mérito é necessário o preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo, quais sejam, legitimidade *ad causam,* interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. A ausência de qualquer dessas condições da ação enseja à extinção do feito sem julgamento do mérito.

Quanto ao exame do interesse de agir, faz-se necessário a verificação de três circunstâncias: utilidade, necessidade e adequação. Haverá utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido; haverá necessidade sempre que o proveito buscado pelo requerente somente seja possível por meio da jurisdição; e, por fim, haverá adequação quando a via eleita pelo jurisdicionado for adequada à pretensão deduzida.

A providência jurisdicional reputa-se útil na medida em que, por sua natureza, revela-se, em tese, apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente, ou seja, toda vez que a atividade jurisdicional puder dar ao demandante o proveito que espera alcançar.

Sobre o assunto, Cândido Rangel Dinamarco leciona:

> Consiste em uma relação de complementariedade entre a pessoa e o bem, tendo aquela a necessidade deste para a satisfação de uma necessidade e sendo o bem capaz de satisfazer a necessidade da pessoa (Carnelutti). Há o interesse de agir quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional. O interesse de agir constitui o núcleo fundamental do direito de ação, por isso que só se legitima o acesso ao processo e só é licito exigir do Estado o provimento pedido, na medida em que ele tenha essa utilidade e essa aptidão.
>
> [...]
>
> Constitui objeto do interesse de agir a tutela jurisdicional e não o bem da vida a que ela se refere. O demandante terá ou não direito a obter esse bem – e isso é uma questão de direito material, a ser resolvida em conformidade com as normas deste e sem influência sobre o interesse de agir. (in **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 302-303).

Também, Luiz Fux assevera:

> O interesse deve ser observado, também, conforme a natureza do processo. Assim, no processo de execução, o interesse de agir está calcado no inadimplemento do devedor, e no processo cautelar, na necessidade de remover uma situação de perigo, para preservar a utilidade de um processo de conhecimento ou de execução.
>
> Em todos esses casos, é preciso que tenha "necessidade" da via judicial e que a mesma resulte numa "providência mais útil" do que aquela que obteria por mãos próprias se fosse autorizada a autotutela.
>
> Por essa razão é que se afirma que o interesse de agir deve ser composto do binômio necessidade-utilidade da via jurisdicional.
>
> Encarta-se no aspecto da utilidade, a escolha correta do procedimento adequado à pretensão deduzida. (*in* **Curso de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro: Editora Forens, 2001, p. 151-152).

Dessume-se daí que, apenas existirá interesse processual quando o jurisdicionado tiver a necessidade de se valer das vias judiciais para a consecução do direito material que reputa ter sido violado e, juntamente com esse interesse de caráter pessoal, utilize-se da via adequada à pretensão deduzida.

In casu, observa-se que a planilha atualizada do débito (f. 131-132 dos autos em apenso) inseriu o valor dos honorários no percentual de 10%, porém, entende a recorrente que estão incorretos, porque deve prevalecer o contratado (20%), já que a sentença proferida nos autos dos embargos à execução nada dispôs a respeito.

É evidente que falta a recorrente interesse de agir quanto ao percentual cobrado a título de verba honorária, na medida em que a cobrança de valores a menor pelo recorrido prejuízo algum lhe trará. Não se mostrando os embargos à adjudicação úteis ou necessários nesse *mister*.

Por fim, no que tange à assertiva de que a ausência de intimação pessoal da embargante torna o ato de arrematação nulo, faz-se *mister* trazer a tona determinados esclarecimentos.

Conforme se extrai do artigo 687, § 5º, do CPC, realmente há uma imposição formal para que o devedor seja intimado pessoalmente da praça, que poderá ser realizada sob três formas: por mandado, por carta com aviso de recebimento e por outro meio idôneo.

In casu, conforme se extrai dos autos somente não houve intimação pessoal da embargante quanto à data designada para a praça porque esta se encontrava em lugar não sabido, como demonstra a certidão de f. 158, verso, dos autos em apenso.

Na verdade, fora tentada a intimação pessoal da embargante, sendo encontrado seu ex-marido, co-devedor, que informou desconhecer o paradeiro da recorrente.

Ademais, a recorrente já tinha ciência da demanda contra ela proposta, desde 1997, mudando-se sem informar nos autos seu atual endereço, em total desobediência ao que preconiza o CPC, em seu artigo 238, parágrafo único *"Presumem-se válidas as comunicações e intimações dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado na inicial, contestação ou embargos, cumprindo às partes atualizar o respectivo endereço sempre que houver modificação temporária ou definitiva"*.

Portanto, entendo válida a publicação do edital de praça, não havendo que se falar em qualquer nulidade nos autos.

Esclareça-se que sequer há que se dizer que essa questão já restou acolhida quando da análise do recurso de apelação n. 2006.003726-3, interpostos contra a sentença que indeferiu liminarmente os presentes embargos, pois tal discussão cingia-se apenas ao termo inicial para a oposição dos embargos à arrematação e não propriamente ao reconhecimento de qualquer nulidade processual.

Outrossim, não se pode descurar do fato de que a ação executiva está em trâmite desde 28 de março de 1996, tendo dela ciência inequívoca a embargante, ora recorrente, desde 18 de fevereiro de 1997 (f. 62 v. dos autos em apenso), ou seja, há mais de treze anos. Além do que, o que também torna impossível o reconhecimento de qualquer das nulidades aventadas nos presentes embargos à arrematação.

Assim, outro remédio não há, senão manter a sentença por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. ILDEU DE SOUZA CAMPOS). O RELATOR NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 30.11.09)

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (Revisor)

Suzi Lopes Marques, inconformada com a sentença prolatada nos autos da Ação de Embargos à Arrematação, que move contra banco econômico S.A., dela recorre para este Sodalício, pugnando por sua reforma, ao argumento de haver laborado em erro o magistrado singular, ao julgar improcedente o pedido inicial.

Ao que se extrai, o apelado ajuizou contra Irineu Catafesta Macedo (devedor principal) e Suzi Lopes Marques (avalista), ação de execução, por quantia certa, objetivando deles receber a quantia de R$ 78.037,68 (setenta e oito mil, trinta e sete reais e sessenta e oito centavos), referente ao contrato de crédito pessoal celebrado entre as partes. Não pago o débito no prazo estipulado, foram penhorados dois imóveis, cujas matrículas estavam em nome da apelante, Srª Suzi Lopes Marques, vindo ela opor embargos à execução, os quais foram parcialmente providos.

Efetivada a praça e arrematados os bens, opôs a apelante embargos à arrematação, de cuja decisão ora se recorre.

Em suas razões recursais, insurge-se a apelante alegando, em síntese: a) que o imóvel, objeto da matrícula de f. 39, recaiu sobre bem de seu uso residencial; b) que a penhora do referido imóvel somente poderia recair sobre 50% (cinquenta por cento) do bem, por ser o restante do imóvel de propriedade de Tertuliano França Carneiro, terceiro, estranho à lide; c) que os parâmetros utilizados nos cálculos da planilha de f. 131-132, dos autos em apenso, estão incorretos; d) não haver sido ela intimada pessoalmente da realização da praça de seu bem; e, por fim, e) que o embargado/apelado está irregularmente representado.

O eminente Relator, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, negou provimento ao recurso de apelação interposto, mantendo inalterada a sentença singular.

Pois bem. Em que pesem as argumentações da apelante, os fatos levam-me a acompanhar o e. Desembargador Relator, pelos seguintes motivos:

1. Da impenhorabilidade do imóvel objeto de constrição:

Primeiramente, no que tange à impenhorabilidade alegada, o d. magistrado singular decidiu que, *"analisando os autos do processo de execução em apenso, vê-se que a embargante foi intimada da penhora do imóvel objeto da matrícula de f. 39 no dia 18.2.97, tendo o mandado sido juntado aos autos em 27.2.1997. Os presentes embargos à arrematação, por sua vez, foram interpostos no dia 18.6.2003 (f. 02). Durante todo o interregno acima exposto, diga-se, mais de 6 anos entre a intimação da embargante da penhora do imóvel em discussão e a oposição destes embargos, esta quedou-se silente na discussão de nulidade da penhora efetivada no processo de execução (somente o fazendo neste momento) fato que acarreta a preclusão do direito da embargante em suscitar tais argumentos, por força do disposto no art. 245 do CPC, que assim preconiza: [...]"*. (f. 193-194)

Nada obstante tal posicionamento, entendo ser a matéria referente à impenhorabilidade do bem de família, de ordem pública, e por tal razão, pode e deve ela ser analisada em qualquer tempo e grau de jurisdição. Nesse sentido, aliás, com muita propriedade, doutrinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*in*, *"***Código de Processo Civil e Legislação Extravagante***"*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2007, p. 1092), *"in verbis"*:

> A nulidade da execução de bem absolutamente impenhorável pode e deve ser declarada de ofício pelo juiz em sede de embargos à arrematação, mesmo que não tenham sido interpostos embargos do devedo. (STJ, Ag n. 47251, Rel. Min. Fontes de Alencar, julgado em 3.3.1994, DJU 10.3.1994, p. 4041).

Todavia, no caso, entendo não haver a apelante demonstrado ser o imóvel de fl. 39, objeto de constrição, bem impenhorável nos termos da Lei n. 8.009/90.

Ademais, ao que se extrai dos mandados cumpridos pelo Sr. Oficial de Justiça, foi a apelante intimada em endereço diverso daquele onde se situa o bem constritado. Ou seja, o imóvel penhorado e arrematado encontra-se "determinado sob n. 23 (vinte e três) da quadra 24 (vinte e quatro) no loteamento denominado VILA SANTOS EUGENIO, nesta cidade, [...] limitando-se: Frente para a rua da Batalha, [...]" (f. 39), e o local onde foi ela intimada encontra-se localizado na Rua Sabiá, 387, Vila Piratininga, havendo ela também sido intimada na Av. Afonso Pena, 3798 (Departamento Adm. Fiscal da Pref. Municipal).

Ainda que assim não fosse, observa-se haver sido ela intimada de todos os atos processuais, inclusive da penhora sobre referidos imóveis, tanto que após sua assinatura no mandado de intimação da penhora.

Portanto, não há que falar-se em nulidade da arrematação, uma vez que o ônus por ela suportado decorre de sua própria inércia. Aqui vale o conhecido brocardo "o direito não socorre aos que dormem".

Assim, sua irresignação não merece colher frutos.

2. Da penhora sobre a totalidade do imóvel:

Igualmente, no que diz respeito à insurgência da apelante contra a penhora realizada sobre a totalidade do imóvel de f. 39 (matrícula n. 47.413), por possuir ela somente 50% (cinquenta por cento) do bem, e que os 50% (cinquenta por cento) restantes são de domínio do Sr. Tertuliano França Carneiro, não merece ser acolhida.

Isso porque, como bem deixou assentado o d. magistrado *"a quo"*, *"não cabe à embargante pleitear a desconstituição da penhora sobre a parte do imóvel que não lhe compete, mas sim ao terceiro interessado que, neste caso, é o Sr. Tertuliano França Carneiro"*. (f. 195)

Do mesmo modo, não há que falar-se em legitimidade da apelante para defender os interesses de 50% (cinquenta por cento) do imóvel pertencente ao Sr. Tertuliano, por estar ela defendendo direito de propriedade de terceiro, e não do condomínio. Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça decidiu, *in verbis*:

> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. PENHORA INCIDENTE SOBRE IMÓVEL. CONDOMÍNIO DO DEVEDOR COM A COMPANHEIRA. ILEGITIMIDADE DA COMPANHEIRA PARA PLEITEAR A ANULAÇÃO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO COM BASE NO ART. 10 CPC. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. - Ainda que indevida a penhora de bens da companheira na execução de sentença que corre contra o companheiro, oriunda de processo que não versou a constituição ou a extinção de ônus reais sobre imóveis, não se justifica a anulação do processo de conhecimento, com base em falta de citação de litisconsorte. Teria ela, nesse caso, legitimidade apenas para pleitear a liberação da penhora do imóvel de sua propriedade, na qualidade de terceira. (STJ, REsp n. 416866/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 10.3.2003, p. 230).

3. Dos cálculos constantes da planilha apresentada pelo embargado:

Alega a apelante estarem os cálculos da planilha incorretos, por não estarem os valores nela constantes claramente explicitados.

Com efeito, segundo extrai-se dos documentos acostados aos autos, não se vislumbra qualquer irregularidade passível de correção, visto estarem os cálculos devidamente atualizados e nos parâmetros fixados na sentença.

Ademais, observa-se não haver a apelante insurgido contra a planilha apresentada no prazo que lhe foi assinado pelo juiz, para a especificação de provas, momento em que poderia ela requerer a produção de prova pericial.

Nesses termos, resta preclusa sua pretensão.

4. Da intimação pessoal da apelante sobre a praça do bem:

O artigo 687, § 5º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 8.953/94, aplicável ao caso, por que a ação executiva iniciou-se em março de 1996, previa que *"o devedor será intimado pessoalmente, por mandado, ou carta com aviso de recepção, ou por outro meio idôneo, do dia, hora e local da alienação judicial"*.

A norma contida no citado artigo, ao prever, de forma preferencial e prioritária, a intimação pessoal do devedor, revelava-se como obrigatória e cogente, e o seu espírito remetia o intérprete a uma só conclusão: o outro meio idôneo de intimação de que falava o dispositivo citado só poderia ser acionado depois de esgotados os expedientes para a intimação pessoal.

Entretanto, é correto afirmar que a intimação editalícia torna-se suficiente para atender ao disposto no artigo 687, § 5º, do CPC, naquelas situações em que o interessado é procurado pelo oficial de justiça e não é encontrado, e seu paradeiro resulta desconhecido.

Nesse caso, como é óbvio, a execução não poderia sofrer uma paralisação, e a solução é a intimação por edital.

De tal sorte, estou convencido de que isso ocorreu, pois, segundo certidão do Sr. Oficial de Justiça, não foi ela encontrada e tampouco restou conhecido seu endereço.

Em vista disto, como bem assentado pelo d. magistrado de instância singela, *"a intimação editalícia de f. 160-162 dos autos do processo de execução lhe fez as vezes, mormente porque já havia sido tentada a intimação pessoal da embargante, [...]"*. (f. 197)

5. Da representação do embargado:

Por fim, no que tange à alegação da apelante de estar o embargado irregularmente representado, entendo não merecer sua irresignação colher frutos, pois, de acordo com os documentos de f. 6-7, dos autos em apenso, encontra-se ele regularmente representado.

6. Conclusão:

Diante de todo exposto, acompanho o voto do eminente Relator, e nego provimento ao recurso de apelação interposto por Suzi Lopes Marques.

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

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, Ildeu de Souza Campos e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 30 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.022749-0 – Dourados
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – AQUISIÇÃO DO BEM POR INSTRUMENTO PARTICULAR EM DATA ANTERIOR À PRÓPRIA EXECUÇÃO – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – AUSÊNCIA DE REGISTRO NO CRI – RECURSO DESPROVIDO.

Contrato de compromisso de compra e venda sem registro gera direitos de posse protegidos por via dos embargos de terceiro (Súmula 84 do STJ).

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.

Campo Grande, 23 de novembro de 2009.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Município de Dourados irresignado com a sentença que julgou procedente os embargos de terceiro movido por Joaquim de Souza Franco e Alzira Rita Franco, interpõe recurso de apelação objetivando a sua reforma.

Informa que move ação de execução contra Antonio Braz Genelhu Melo, tendo penhorado diversos imóveis, sendo que no imóvel objeto de discussão nos autos não consta qualquer averbação a margem da matrícula do contrato ora noticiado pelos apelados.

Enfatiza que o compromisso de compra e venda firmado entre os recorridos e o executado, não foi levado a registro no cartório de imóveis, não possuindo validade perante terceiros, pois sua eficácia restringe-se ao comprador e vendedor.

Conclui que "*a falta de comprovação de registro justifica a permanência da penhora que recaiu sobre o terreno, uma vez que o contato de promessa de compra e venda foi celebrado entre os apelados e o executado não foi eficaz para efetivar a transmissão da propriedade.*" (f. 95)

Acrescenta que os apelados não realizaram qualquer benfeitoria no imóvel, sendo que não detêm a posse do bem. Justificam que o simples recolhimento de tributos referente ao bem não demonstra posse mansa e pacífica.

Acredita que a Súmula n. 621 do STF milita em favor de sua tese.

Remata pugnando pela reforma da sentença, para se julgar totalmente improcedente os embargos de terceiro.

Em sede de contrarrazões, os recorridos debatem-se pelo desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Município de Dourados irresignado com a sentença que julgou procedente os embargos de terceiro movido por Joaquim de Souza Franco e Alzira Rita Franco, interpõe recurso de apelação objetivando a sua reforma.

Informa que move ação de execução contra Antonio Braz Genelhu Melo, tendo penhorado diversos imóveis, sendo que no imóvel objeto de discussão nos autos não consta qualquer averbação a margem da matrícula do contrato ora noticiado pelos apelados.

Enfatiza que o compromisso de compra e venda firmado entre os recorridos e o executado não foi levado a registro no cartório de imóveis, não possuindo validade perante terceiros, pois sua eficácia restringe-se ao comprador e vendedor.

Conclui que "*a falta de comprovação de registro justifica a permanência da penhora que recaiu sobre o terreno, uma vez que o contato de promessa de compra e venda foi celebrado entre os apelados e o executado não foi eficaz para efetivar a transmissão da propriedade.*" (f. 95)

Acrescenta que os apelados não realizaram qualquer benfeitoria no imóvel, sendo que não detêm a posse do bem. Justificam que o simples recolhimento de tributos referente ao bem não demonstra posse mansa e pacífica.

Acredita que a Súmula n. 621 do STF milita em favor de sua tese.

Remata pugnando pela reforma da sentença, para o fim de se julgar totalmente improcedente os embargos de terceiro.

De início, de bom alvitre rememorar que os embargos de terceiro são remédio processual posto à disposição de quem, não sendo parte no processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial. Têm por finalidade a proteção da posse ou propriedade daquele que, não tendo sido parte no feito, tem um bem de que é proprietário ou possuidor, apreendido por ato judicial originário de processo de que não foi parte.

Ou melhor, os embargos de terceiro se inserem dentro dos meios de proteção possessória. Por esse procedimento busca-se proteger a posse ou a propriedade violadas em decorrência, sempre, de ato judicial. Há de haver um litígio, com base no qual o juiz determina a apreensão de um bem, cujo possuidor é estranho à lide.

Disciplina o artigo 1.046 do Código de Processo Civil que:

> Art. 1046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.

Portanto, basta ameaça ao direito de posse ou propriedade para que o terceiro possa vir, mediante embargos de terceiro, defender a reintegração ou manutenção de sua posse no bem objeto de constrição. Isso porque a mera ameaça ao direito de posse ou propriedade já caracterizam turbação e, assim, atendem às exigências da lei.

Como explica Humberto Theodoro Júnior:

> Os próprios termos do enunciado legal deixam claro que a relação nele contida é de caráter meramente exemplificativo. Se o fim do instituto é preservar a incolumidade dos bens de terceiro em face do processo de que não participa, qualquer ato executivo realizado ou ameaçado, indevidamente, pode ser atacado por via dos embargos de terceiro.
>
> [...]
>
> A ameaça, em si, já é a turbação de que fala o art. 1.046, pois leva o terceiro a se avizinhar, diante da sentença, da sua natural eficácia constritiva. No caso de sentença constitutiva, ela mesma produz de imediato o prejuízo ao direito do terceiro, representado pela invasão, indevida, de sua esfera jurídica (**Curso de direito processual civil**. 30ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3. p. 280)

A par dessas considerações, é que deve ser resolvida a questão posta a apreciação.

No caso em epígrafe, os recorridos ajuizaram embargos de terceiro aduzindo que entabularam compromisso de compra e venda de imóvel com o executado, sendo que detinham a posse do bem e adimpliram regularmente seus impostos.

Efetivamente, o compulsar dos autos revela que os recorridos e o executado entabularam instrumento particular de compra e venda (f. 13-18) no dia 15.5.2001, isto é, muito antes do ajuizamento da execução em desfavor do vendedor (protocolizada em 23.4.2008, conforme f. 2 dos autos em apenso).

Demais disso, consta do caderno processual que os recorridos efetuaram diversos pagamentos referente a prestações do lote, isto é do bem em questão, conforme se infere dos documentos de f. 32-67. Não fosse o bastante, os apelados demonstram o pagamento de impostos referentes ao imóvel, de acordo com as f. 19-31.

Em que pese essa situação fática, os recorridos se depararam com a penhora do bem em questão, a qual se deu em 9.2.2009, ou seja, muito depois do contrato de compra e venda entabulado entre os apelados e o executado.

Vale dizer, à época da aquisição do imóvel discutido nos autos estava ele livre e desembaraçado de qualquer ônus.

Esclareça-se, por oportuno que a ausência de registro imobiliário do contrato havido entre as partes não é óbice ao reconhecimento de sua validade, conforme bem explica o enunciado da Súmula 84 do STJ*: "é admissível a oposição de Embargos de Terceiros fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro"*.

No ponto, imperioso destacar que, nos dizeres de Roberval Rocha Ferreira Filho e Albino Carlos Martins Vieira, "*A Súmula STF n. 621 era diametralmente oposta a esse enunciado. Como, a partir da CF/1988, o órgão judicial competente para se pronunciar em última instância a respeito de matéria infraconstitucional passou a ser o STJ, restou superado o antigo posicionamento do Pretório Excelso, contrariado que foi pela presente súmula.*" (**Súmulas do Superior Tribunal de Justiça organizadas por assunto, anotadas e comentadas**. Bahia: Juspodivum, 2009, p. 335-336).

O artigo 1.046 do CPC é claro ao disciplinar que os embargos de terceiro são o remédio processual que a lei põe à disposição de quem, não sendo parte no processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial. Conforme lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, os embargos de terceiro tutelam a propriedade e a posse, bem como *outros direitos de eficácia e garantia real, móveis ou imóveis (v.g., CC 88 II; CC/1916 44 III), bem como os suscetíveis de penhora e, portanto, sujeito à alienação judicial.*[1]

Dessa forma, constata-se que a doutrina e a jurisprudência admitem a interposição de embargos de terceiro para livrar da constrição bem imóvel não inscrito no Cartório do Registro de Imóveis respectivo, quando demonstrada a posse do compromissário comprador.

In casu, conforme se extrai do contrato particular de compromisso de compra e venda de f. 13-18, firmado entre os apelados e o executado, 2001. Também se extrai dos autos que os apelados detinham a posse do bem em discussão, conforme demonstram os comprovantes de pagamento de impostos (f. 19-31), bem como comprovantes de pagamentos referentes às prestações do bem em si (f. 32-67).

Diante disso, tenho que não procede ao recurso manejado.

A propósito, ao apreciar caso deveras assemelhado, já tive a oportunidade de relatar, *in verbis:*

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – PENHORA NÃO EFETIVADA – AFASTADA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – MÉRITO – AQUISIÇÃO DO BEM POR INSTRUMENTO PARTICULAR EM DATA ANTERIOR À DÍVIDA E À PRÓPRIA EXECUÇÃO – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – AUSÊNCIA DE REGISTRO NO CRI – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – IMPOSIÇÃO AO VENCIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Os embargos de terceiro são remédio processual posto à disposição de quem, não sendo parte no processo, sofreu turbação ou esbulho na posse ou propriedade de seus bens por ato de apreensão judicial. Dessa forma, basta a ameaça ao direito de posse ou propriedade para que o terceiro possa vir, mediante embargos de terceiro, defender a reintegração ou manutenção de sua posse, resta, portanto, demonstrado seu interesse processual na lide.
>
> Rejeita-se preliminar de nulidade de sentença por cerceamento de defesa se a parte, em contestação, não especifica as provas que pretende produzir e os elementos dos autos são suficientes ao julgamento da lide, nos termos do artigo 330 do CPC.
>
> Se inexistia processo executivo à época da aquisição, que somente veio a ser proposto anos depois, bem como a própria dívida somente foi constituída anos mais tarde, não há falar em ilegalidade ou irregularidade, ainda que a compra e venda tenha-se dado por instrumento particular.

1 **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 8. ed., São Paulo: RT, 2004, p. 1.286

> Contrato de compromisso de compra e venda sem registro gera direitos de posse protegidos por via dos embargos de terceiro (Súmula 84 do STJ)." (TJMS, AC Proc. Especiais n. 2006.020862-8, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 29.1.2007).

Ressalte-se que, na esteira do exposto, não procede a argumentação de que deveria ser julgado improcedente os embargos porque o contrato entabulado não teria validade ou de que não possuiria eficácia perante terceiros, ou de que sequer conta com firma reconhecida dos contratantes, ou de que não há comprovação da época em que foram emitidos os documentos trazidos aos autos.

Ora, não acolho as argumentações, porque, não há qualquer prova no sentido de que o contrato fora inválido ou de que os documentos trazidos aos autos foram adulterados ou forjados. Não se olvide que a boa-fé é presumida pelo Código Civil, sendo que incumbiria ao recorrente/embargado a prova de possível má-fé no sentido de terem os recorridos adulterados a data de emissão dos documentos colacionados aos autos.

Demais disso, tenho que presentes os requisitos do art. 1.046 do CPC, de maneira que é de ser julgar procedentes os embargos.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, Ildeu de Souza Campos e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 23 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.007308-3 - Bataguaçu
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZATÓRIA – LAVOURA DESTRUÍDA POR ANIMAIS – CULPA PRESUMIDA – EXCLUDENTES NÃO DEMONSTRADAS – PROVIDO.

Demonstrada a ação ou omissão, por dolo ou culpa; o resultado lesivo; o nexo causal entre ambos e a culpa do agente, em face da culpa presumida, é do réu o dever de comprovação das excludentes previstas na lei.

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, 20 de outubro de 2009.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Wilson Berro apela da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Bataguaçu nos autos da ação de indenização por danos materiais que julgou improcedente os pedidos da inicial. Requer o apelante a reforma do *decisum* aduzindo em apertada síntese que o apelado é responsável pelos prejuízos de acordo com a Teoria da responsabilidade pela guarda do animal, sendo que as provas juntadas aos autos demonstram os fatos constitutivos de seu direito e, por isso, requer a reforma da sentença.

Nas contrarrazões o apelado aduz, em síntese, que o laudo pericial é ambíguo, ininteligível e confuso, limitando-se somente a responder os quesitos apresentados pelas partes não devendo ser acolhido como prova; que o apelante também era responsável pela conservação da cerca que delimita a propriedade de ambos; que não há como avaliar o eventual prejuízo e pede pela manutenção da sentença de primeiro grau.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de recurso de apelação numa ação de indenização por danos materiais movida por Wilson Berro em desfavor de José Zuniga Garcia. Na exordial o requerente, ora apelante, alega que possuía lavoura de amora com o propósito de desenvolver atividade de criação de bicho de seda, a qual faz divisa com a propriedade do requerido, sendo que por inúmeras vezes o rebanho do mesmo adentrou em sua lavoura ocasionando a destruição do plantio e impossibilitando o início das atividades de criação do bicho da seda por um ano; Alega que com a produção mensal afere a importância de R$ 1.000,00 e por isso o requerido é responsável pelos lucros cessantes de R$ 12.000,00 referente à um ano de atividade paralisada. Requer, por fim, a indenização por danos materiais no importe de R$ 12.000,00.

O juiz *a quo* julgou improcedente o pedido formulado na demanda por entender que o autor não conseguiu comprovar os fatos constitutivos do seu direito.

Arrazoa o seu recurso alegando, em síntese, que o requerido deu causa ao evento danoso por omissão ao não conservar as cercas da divida em bom estado, sendo que o ônus da prova cabe ao proprietário detentor do animal; que o laudo pericial não é inconclusivo, pois demonstra os prejuízos experimentados pelo recorrente; que as testemunhas não são contraditórias e robustecem as provas carreadas pelo autor; que a testemunha arrolada pelo autor, Sr. Marcos Galvão Portela, não deve ser admitido com ressalva uma vez que o próprio juízo afastou a contradita e a inquiriu sob compromisso; que as provas produzidas nos autos são capazes de comprovar os fatos alegados na exordial e, por isso, faz jus ao ressarcimento pelos danos materiais sofridos com base nos artigos 186 e 936 do Código Civil e, artigo 5º, V, X, da Constituição Federal.

Nas contrarrazões o apelado pugna o improvimento do recurso.

A configuração da responsabilidade hábil a ensejar a indenização pretendida pelo apelante requer a demonstração da ação ou omissão, por dolo ou culpa; do resultado lesivo; do nexo causal entre ambos e da culpa do agente.

A existência do fato e o resultado lesivo são inequívocos, assim como o nexo causal entre ambos, visto que a prova oral produzida nos autos demonstrou que o gado do apelante invadiu a propriedade do apelado, prejudicando a sua lavoura de amoreira.

No direito brasileiro, a responsabilidade civil é fundada na culpa, consoante o art. 159 do Código Civil de 1916, repetido no art. 185 do Código Civil de 2002, dispondo 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 a culpa do apelante é presumida pelo teor do disposto no art. 1.527 do Código Civil de 1916, vigente à época, assim redigido: *"O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar: I- que o guardava e vigiava com cuidado preciso; II- que o animal foi provocado por outro: III- que houve imprudência do ofendido; IV- que o fato resultou de caso fortuito ou força maior."*

Sobre a temática leciona Maria Helena Diniz que: *"O dono ou detentor do animal, doméstico ou não, responderá pelo prejuízo por ele causado a coisas, a plantações ou pessoas por presunção juris tantum de culpa in custodiendo ou in vigilando [...]. Há uma presunção de responsabilidade do dono ou detentor pelo fato de animal que cause dano a outrem, presunção esta que só se exonera se comprovar uma das seguintes excludentes legais: a) a culpa da vítima, que agiu imprudentemente, provocando o animal; b) força maior ou caso fortuito".* (*in* "**Código Civil Anotado**", 10ª edição, ed. Saraiva, p. 644-645).

Em se tratando de culpa presumida, cabe ao proprietário do animal provar a ocorrência de uma das circunstâncias que pode conduzir à exclusão de sua responsabilidade, o que não foi verificado na espécie.

Nesse sentido é a jurisprudência, *in verbis:*

RESPONSABILIDADE CIVIL. GADO. INVASÃO DE PROPRIEDADE. DANOS. CULPA PRESUMIDA. EXCLUDENTES ADMITIDAS. APELO IMPROVIDO. Ao autor basta a prova do dano, a causa do prejuízo e o proprietário do agente causador, daí se presumindo o descumprimento do dever de guarda, cabendo ao dono dos animais a prova das circunstâncias excludentes do art. 1527, do Código Civil. (TJAP, AC n. 276/96, AC n.1589, Câmara Única, Rel. Des. Cesar Augusto S. Pereira, Julgado em 13.8.1996, DO 4.10.1996).

Os danos materiais dividem-se em danos emergentes, que consistem em um prejuízo real sofrido pelo ofendido, e lucros cessantes, que têm relação com o ganho que o ofendido deixou de auferir.

Dessa forma, ainda que o apelante tenha estimado o valor de seus prejuízos, esses deverão ser apurados mediante liquidação por arbitramento, uma vez que a definição do *quantum* indenizável depende de uma estimação ou avaliação técnica e não da mera estimação do ofendido.

Posto isso, dou provimento ao recurso com a finalidade de reformar a decisão impugnada, julgando parcialmente procedente o pedido, condenando o apelado ao pagamento dos prejuízos suportados pelo autor da demanda, ora apelante, os quais deverão ser apurados mediante liquidação por arbitramento, invertendo-se os ônus de sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 20 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.024871-7 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – DECRETO-LEI N. 406/68 – RECEPÇÃO PELA CF/88 – APLICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO ART. 9º, § 3º DO DECRETO-LEI N. 406/68 – RECOLHIMENTO DO ISS PELO VALOR FIXO – DEPÓSITO JUDICIAL – CONVERSÃO DE PARTE EM RENDA – LEVANTAMENTO DO RESTANTE PELO CONTRIBUINTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – SENTENÇA RETIFICADA.

Conforme tem reiteradamente entendido os Tribunais Superiores, assim como esta Corte, o Decreto-Lei de n. 406/68 foi recepcionado pela CF/88, e a sociedade uniprofissional de advogados faz jus à cobrança de ISS segundo a base de cálculo prevista no art. 9º, § 3º do mesmo Decreto-Lei.

Reconhecido o direito do autor de recolher o ISS de forma diversa da pretendida pelo Fisco, devida é a conversão em renda em favor da Fazenda Pública da quantia efetivamente devida pelo contribuinte, determinando o levantamento do restante depositado em favor deste.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator, unânime.

Campo Grande, 13 de outubro de 2009.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

O Município de Campo Grande inconformado com a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação ordinária mandamental que lhe move Dias de Pinho – Advogados Associados S.S., interpõe apelação, aduzindo, em síntese, que após a edição da LC n. 116/2003, que editou normas gerais a respeito do ISS, não mais vigoram as disposições do Decreto-Lei n. 406/68, o qual se fundamentou o magistrado; que o art. 1° da Lei n. 116/2003 não determina seja dado a sociedades tidas como uniprofissionais tratamento diferenciado; que o levantamento integral do depósito efetuado judicialmente pela apelada não deve prosperar, vez que o fisco municipal ficará impedido de cobrar a exação sobre os exercícios objetos da repetição de indébito em questão, devendo ser liberado à recorrida apenas a quantia que for superior à devida a título de ISSQN sobre o valor fixo.

Por fim, pede provimento ao recurso para que seja reformada a sentença, julgando-se improcedente o pedido inicial.

Contrarrazões pugnando pelo improvimento do recurso.

A sentença está sujeita ao reexame necessário.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação ordinária mandamental que Dias de Pinho – Advogados Associados S.S. move em face do Município de Campo Grande, para declarar o direito da autora de recolher pelo valor fixo o ISSQN, incidente sobre os serviços por ela prestados, de modo que o requerido fica compelido a promover o recolhimento do tributo em questão na modalidade fixa, com base no disposto no art. 9° do Decreto-Lei n. 406/68. Por conseqüência, autorizou a autora a proceder ao levantamento total dos valores depositados nos autos, mediante expedição do competente alvará judicial.

Conforme se extrai se dos autos, a autora ingressou em juízo com a presente demanda alegando que se constitui numa sociedade uniprofissional formada por advogados, cujo objetivo é a prestação de serviços advocatícios.

Com isso, sustentou que por força do art. 9º, § 3º do Decreto-Lei n. 406/68, o Município requerido deveria aplicar o regime fixo anual para tributação de ISSQN. Porém, a Fazenda Municipal vinha exigindo da requerente o imposto sobre serviço baseado no faturamento, desobedecendo aos ditames do mencionado Decreto-Lei.

Dessa forma, entende que lhe é de direito a tributação por meio de alíquotas fixas em função da natureza do serviço, requerendo a procedência da ação a fim de recolher o imposto na forma estabelecida no art. 9º, §§ 1º e 3º do aludido diploma.

Devidamente processado os autos, a pretensão autoral foi acolhida pelo juízo de primeira instância, vindos os autos a este Tribunal para o reexame necessário e análise do recurso voluntário, os quais passo a apreciar concomitantemente.

Dispõe o *caput* do art. 9º do Decreto-Lei n. 406/68 e seu § 1º que:

> Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.
>
> § 1º - Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

Portanto, a pretensão da recorrida em ser tributada com a utilização de alíquota fixa de ISSQN encontra amparo normativo, sendo certo que a situação ora examinada não se enquadra na regra geral em que o ISSQN é tributado com base no faturamento mensal do prestador de serviço.

O supracitado Decreto-Lei n. 406/68, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 834/69 e pela Lei Complementar n. 56, de 15.12.1987, continua vigendo até que seja editada nova lei complementar regulamentando a matéria, já que o art. 146, inciso III, alínea "a", da Carta Magna, lhe delega competência exclusiva para definir tributos, suas espécies, fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Conseqüentemente, a Lei Municipal n. 1.466, de 26.10.1973 (Código Tributário Municipal), a qual opõe restrições ao direito ora discutido, possui vício no tocante à sua validade, uma vez que a Constituição Federal, como já dito, determina que essa matéria seja objeto exclusivo de lei complementar.

Outrossim, o contrato social anexado aos autos (f. 08-11) permite a aferição de que se trata de empresa beneficiária do regime específico dos profissionais liberais, sendo devida a tributação de ISS com alíquotas fixas, conforme pretende a requerente, até porque o atividade de advogado encontra-se no item 1 da lista de serviços da lei complementar 56/87 que dispõe sobre os serviços alcançados por esta forma de tributação.

Nesse diapasão é o escólio de Hugo de Brito Machado, *in* "**Curso de Direito Tributário**", ed. Malheiros, 20ª ed., p. 345, senão vejamos:

> O propósito do legislador, como se vê, foi tributar cada um dos profissionais tomados individualmente, fazendo-se abstração da pessoa jurídica pra fins de determinação do imposto. Assim, o imposto devido por essas sociedades corresponderá ao valor do imposto fixo multiplicado pelo número de profissionais que a integrem, como sócios, empregados, ou mesmo autônomos a elas consorciados para prestação de serviços, como é comum acontecer, especialmente na área de auditoria contábil.
>
> Ocorre que a legislação dos Municípios tem disciplinado a questão de outra forma, como se existisse um terceiro tipo de contribuinte do imposto [...]
>
> **A Lei complementar n. 116/2003 não revogou os §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-lei n. 406/68, de sorte que as leis municipais não podem submeter os trabalhadores autônomos nem as sociedades de profissionais ao ISS calculado sobre o preço dos respectivos serviços. Permanecem tais contribuintes sujeitos à tributação fixa**.

Ademais, esta egrégia Corte de Justiça tem reiteradamente decidido em conformidade com o entendimento ora esposado, senão vejamos:

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO TRIBUTÁRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO – SOCIEDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – TRIBUTAÇÃO DO ISS – PREVALÊNCIA DO DECRETO-LEI N. 406/68 SOBRE REGRAMENTO MUNICIPAL A ELE CONFLITANTE – EXAÇÃO SUJEITA A VALOR FIXO MULTIPLICADO PELO NÚMERO DE PROFISSIONAIS DA SOCIEDADE MANTIDA – INSURGÊNCIA DO MUNICÍPIO IMPROVIDA.
>
> Segundo a jurisprudência do STJ, é tranqüila a conclusão de que a sociedade civil de advocacia, qualquer que seja o conteúdo de seu contrato social, goza do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, parágrafos 1º e 3º, do Decreto-lei n. 406/68, já que é necessariamente uniprofissional, não possuindo natureza mercantil, sendo pessoal a responsabilidade dos profissionais nela associados ou habilitados. Em casos tais, a exação se sujeita a valor fixo multiplicado pelo número de profissionais, figurando ilegal qualquer regramento Municipal, que, excedendo os limites traçados por espécie normativa superior, tenta cobrar tributo com base no faturamento da sociedade. (AC n. 2004.008924-4, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 26.7.2005, DJ 16.8.2005).

APELAÇÃO CÍVEL – ISS – SOCIEDADE DE ADVOGADOS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA PESSOAL – FORMA ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO – ART. 9º, § 3º, DO DEC.-LEI N. 406/98 RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – ALÍQUOTA FIXA ANUAL – LEI LOCAL QUE NÃO PODE TRATAR DA MATÉRIA, DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL – INVALIDADE DA LEI MUNICIPAL – DESCONSTITUIÇÃO DO TRIBUTO MUNICIPAL MANTIDA – RECURSO DO MUNICÍPIO IMPROVIDO – SENTENÇA RATIFICADA.

Sociedade de profissionais liberais que desenvolvem atividades pelas quais respondem pessoalmente por aquilo que realizam são beneficiadas pela forma especial de tributação estabelecida pelo artigo 9º, §§ 1o e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, quanto à exigência do ISSQN, normas essas recepcionadas pela CF/88 e que não ofendem o princípio da igualdade tributária, antes o atendem (AC n. 2001.008427-9, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, julgado em 17.5.2005, DJ 31.5.2005).

AGRAVO REGIMENTAL – APELAÇÃO CÍVEL – ISSQN – SOCIEDADE DE MÉDICOS – NOME FANTASIA DA SOCIEDADE – DEFINIÇÃO DO INSTITUTO PELA SUA NATUREZA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA PESSOAL – FORMA ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO – ALÍQUOTA FIXA ANUAL – ARTIGO 9º, § 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/98 – RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – REGIMENTAL IMPROVIDO.

O que caracteriza a possibilidade de incidência do regime fixo previsto para o Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN) é a natureza jurídica dos serviços prestados. Vale dizer, sociedades de profissionais liberais que desenvolvem atividades pelas quais respondem pessoalmente por aquilo que realizam são beneficiadas pela forma especial de tributação estabelecida pelo artigo 9º, §§ 1o e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68 (recepcionados pela Constituição Federal), quanto à exigência do ISSQN, independentemente do nome fantasia ou intuito lucrativo que venham a ostentar quando da organização da sociedade. (AgRg em AC n. 2002.007729-1/0001-00, Segunda Turma Cível, Relª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 22.11.2005, DJ 12.12.2005).

Cumpre salientar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça posicionaram-se no sentido da recepção pela Constituição da República de 1988 do Decreto-Lei n. 406/68, ostentando, com isso, o *status* de Lei Complementar Nacional. Aliás, as decisões abaixo colacionadas, afastaram qualquer violação aos artigos questionados do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, veja-se:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. ADVOCACIA. D.L. 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º. C.F., art. 151, III, art. 150, II, art. 145, § 1º.

I. - O art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL. 406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88: CF/88, art. 146, III, a. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II e 145, § 1º, CF/88.

II. - R.E. não conhecido. (STF, REsp n. 236604/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 26.5.1999, DJ. 6.8.1999).

ISS. Sociedades prestadoras de serviços profissionais. - O Plenário desta Corte, ao julgar o REsp n. 236.604, assim decidiu: "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS.

> SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. ADVOCACIA. D.L. 406⁄68, art. 9º, §§ 1º e 3º, C.F., art. 151, III, art. 150, II, art. 145, § 1º. I - O art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL. 406⁄68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF⁄88, art. 146, III, "a". Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT⁄88, art. 150, II e 145, § 1º, CF⁄88. II - R.E. não conhecido". - E, no REsp n. 220.323, o mesmo Plenário assim julgou: "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS: BASE DE CÁLCULO. D.L. 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º, C.F., art. 150, § 6º, redação da EC n. 3, de 1993. I - As normas inscritas nos §§ 1º e 3º, do art. 9º do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no caput do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da CF, com a redação da EC n. 3, de 1993. II - Recepção, pela CF⁄88, sem alteração pela EC n. 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406⁄68. III - R.E. não conhecido. Dessas orientações não divergiu o acórdão recorrido." (STF, REsp n. 251824/MG, Rel. Min. Moreira Alves).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECEPÇÃO, PELO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DO ART 9º, §§ 1º E 3º DO DECRETO-LEI N. 406/68 - DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO IMPROVIDO.
>
> O Plenário do Supremo Tribunal Federal proclamou que os preceitos normativos estabelecidos pelo art. 9º, §§ 1º e 3º do Decreto-Lei n. 406/68 foram recebidos pela Constituição de 1988. - Reconhecimento, por sociedade civil prestadora de serviços profissionais, do direito de recolher o ISS na forma estabelecida pelas normas legais em questão. (STF, Ag AgRg n. 252003/PR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 18.6.2002).
>
> TRIBUTÁRIO – ISS – AUDITORIA E CONTABILIDADE.
>
> Estabelece o artigo 9º, parágrafo 3º do Decreto-lei n. 406⁄68 que a base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço e, quando este serviço, a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa, forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do parágrafo 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal.
>
> Recurso improvido. (STJ, REsp n. 255.353/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 20.6.2000, DJ 14.8.2000).

A atividade da sociedade apelada, como já observado, enquadra-se no item 1 da Lista de Serviços da Lei Complementar n. 56, de 15.12.1987, sujeitando-se ao recolhimento do ISS, que tem como base de cálculo o número de advogados a ela vinculados, sócios ou não, mediante a aplicação de alíquota fixa, como previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68.

É de se concluir, portanto, que qualquer disposição em contrário pela lei municipal, como a incidência da alíquota do imposto sobre o faturamento mensal da apelada, viola o princípio da legalidade tributária previsto no art. 150, I, da Constituição Federal de 1988, razão pelo qual se constata ter agido com o costumeiro acerto o douto magistrado singular.

Por outro lado, no que se refere ao levantamento dos valores depositados judicialmente pela recorrida, entendo que o recurso merece prosperar.

Conforme se extrai do artigo 151 do CTN, a exigibilidade do crédito tributário restará suspensa com o depósito, administrativo ou judicial, do montante integral da quantia pretendida pelo Fisco, podendo tal depósito ser anterior ou posterior à constituição definitiva do crédito, nos casos em que o contribuinte entende não ser devido o tributo.

Julgada procedente a pretensão deduzida em ação anulatória de lançamento ou declaratória de inexistência da relação tributária, o depósito deverá ser devolvido ao contribuinte, ao passo que, caso seja rejeitado o pedido, o montante converter-se-á em renda da Fazenda Pública.

No caso dos autos, muito embora tenha sido acolhido o pedido inicial, verifica-se que a pretensão autoral não se referia à inexistência de relação jurídico-tributária, mas sim, quanto ao direito de recolher a exação de forma diversa da imposta pelo Fisco, o que, por conseqüência lógica, implica no reconhecimento, ainda que parcial, do crédito tributário.

Desse modo, considerando o reconhecimento judicial do direito vindicado pela autora, ou seja, de recolher o ISS de forma diferente da pretendida pelo Município, caberia ao magistrado singular converter em renda em favor da Fazenda Pública a quantia efetivamente devida pelo contribuinte, determinando o levantamento do restante depositado em favor deste.

Nesse sentido, colha-se o seguinte precedente jurisprudencial, em caso análogo ao dos autos:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PIS. DEPÓSITO JUDICIAL. LEVANTAMENTO. CONVERSÃO EM RENDA.
>
> 1. **Tendo sido julgada parcialmente procedente a ação ordinária, o depósito judicial não pode ser levantado em sua integralidade pela agravada, tampouco pode ser integralmente convertida em renda em favor da agravante.**
>
> **2. A parte do valor depositado que se refere às contribuições** para o PIS nos termos da Lei Complementar n. 07 de 0 de setembro de 1970, sem o acréscimo da TRD, mas com a inclusão do ICMS em sua base de cálculo, **deve se convertida em favor da agravante e o montante restante deverá ser levantado pela agravada.**
>
> 3. Agravo parcialmente provido. (TRF, Ag n. 147.595/RJ 2006.02.01.006915-8, Rel. Des. Federal Paulo Barata, julgado em 24.7.2007).

Destarte, aos recursos necessário e voluntário deve ser dado parcial provimento, no sentido de converter em renda em favor da Fazenda Pública os depósitos judiciais efetuados pela autora, no limite do que restou reconhecido no *decisum* singular, devendo o montante restante ser levantado pela depositante.

Ante o exposto, conheço dos recursos voluntário e necessário, e dou-lhes parcial provimento para, reformando em parte a sentença recorrida, determinar a conversão em renda em favor da Fazenda Pública dos depósitos judiciais efetuados pela apelada, no limite do que restou reconhecido no *decisum* singular, devendo o montante restante ser levantado pelo depositante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 13 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.029656-7 - Coxim
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – ACIDENTE DE TRABALHO – CULPA DO EMPREGADOR CARACTERIZADA – AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ADEQUADAS DE TRABALHO – CUMULAÇÃO DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – POSSIBILIDADE – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL – DATA DO ARBITRAMENTO – SÚMULA 362 DO STJ – JUROS DE MORA – ART. 1°- F DA LEI N. 9.494/97 – INAPLICABILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – REDUÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Demonstrada a responsabilidade do empregador pelo acidente, por não ter disponibilizado adequadas condições de trabalho à vítima, bem como o nexo de causalidade entre a ação do empregador e o dano causado, deve o mesmo suportar a condenação pelos danos morais e estéticos causados ao autor.

"É possível a cumulação de indenização por danos estético e moral, ainda que derivados de um mesmo fato, desde que um dano e outro possam ser reconhecidos autonomamente, ou seja, devem ser passíveis de identificação em separado". (REsp n. 910.794/RJ, Primeira Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, DJ 04.12.2008).

"A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento". (Súmula 362, STJ).

É inaplicável o disposto no art. 1°-F da Lei n. 9.494/97 em ações de natureza indenizatória, tendo em vista que o aludido dispositivo diz respeito somente aos casos de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos.

Nas causas em que vencida for a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios deve ser feita consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do § 3° do art. 20 do CPC.

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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de novembro de 2009.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

O Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de reparação de danos que lhe move Maria Borges de Morais, interpõe apelação, aduzindo, em síntese, que sua culpa não restou devidamente demonstrada, pois não há falar em omissão do Estado no caso fortuito; que a panela de pressão utilizada naquele momento não apresentava qualquer defeito; que houve culpa exclusiva da vítima pelo infortúnio, já que a explosão ocorreu em razão de a autora ter tentado abrir a panela quando ainda estava com pressão; que foi prestada a devida assistência médica à apelada; que não é possível a cumulação de danos estéticos e morais, porque um está diretamente relacionado ao outro, derivando de um mesmo fato; que a correção monetária deve ter como termo inicial a data do arbitramento da indenização, nos termos da súmula n. 362 do STJ; que os juros moratórios não podem ser superior a 6% ao ano, nos termos do art. 1°- F da Lei n. 9.494/97; que os honorários advocatícios devem ser reduzidos, uma vez que seu valor representa 28% do valor da condenação, ferindo o disposto nos §§ 3° e 4° do art. 20 do CPC.

Ao final, requer provimento ao recurso para que seja reformada a sentença.

Contrarrazões pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de reparação de danos que Maria Borges de Morais move em face do Estado de Mato Grosso do Sul, para o fim de condenar o requerido a pagar a requerente indenização por danos estéticos no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), ambos acrescidos de juros de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária pelo IGPM desde a data do sinistro, além de honorários advocatícios fixados em R$ 7.000,00 (sete mil reais).

De acordo com o que se extrai dos autos, a autora, ora apelada, ingressou em juízo com a presente demanda pleiteando indenização por danos estéticos e morais decorrentes de acidente de trabalho sofrido em 23.10.1996, quando prestava serviços de merendeira junto à Escola Estadual Silvio Ferreira, vindo a sofrer queimaduras em todo o corpo em razão da explosão de uma panela de pressão quando do preparo da merenda dos alunos.

Em que pesem os argumentos deduzidos pelo apelante, no sentido de se eximir de qualquer culpa pelo infortúnio, entendo que a responsabilidade do Poder Público Estadual restou plenamente demonstrada pelas provas testemunhais colhidas nos autos, as quais afirmaram, de forma inconteste, a ausência de fornecimento de equipamentos de proteção por parte do apelante as seus trabalhadores, bem como de qualquer orientação quanto às normas de saúde e segurança para o desempenho daquela atividade.

Nesse sentido, veja-se o depoimento prestado por Elsa Aparecida Ignoti Kopcak (f. 177):

> [...]
>
> J. E a senhora sabe me dizer se as funcionárias da copa, as merendeiras, tinham equipamento de segurança: luvas, toucas, avental... enfim?

D. Não, não, não.

J. Não tinham?

D. Não tinham.

[...].

Na mesma esteira foram as declarações prestadas pelas demais testemunhas Ieda Luci Martins (f. 185), Ivone Fernandes Gomes (f. 187), Maria Paula de Carvalho (f. 191), Delvair Pereira Montanheiro (196) e Jaci de Oliveira Silva (f. 200).

Por outro lado, como bem anotou o douto magistrado singular, *"sequer consta dos autos que o Estado tenha ofertado à autora qualquer preparação quanto às normas de saúde e segurança para o exercício daquele trabalho que desempenhava no momento do acidente,* mesmo porque *"nem sempre a autora exerceu aquela atividade na escola, mas estava desempenhando a atividade de merendeira porque a funcionária que o fazia pediu remoção para outra escola"* (f. 218).

Assim, em se tratando de omissão do Poder Público no fornecimento de equipamentos de proteção ao trabalhador, impõe-se o reconhecimento de sua responsabilidade subjetiva pelo evento que vitimou a apelada, já que devidamente verificado o nexo de causalidade existente entre a omissão e o dano causado à mesma.

A propósito do assunto, colha-se o seguinte julgado, de minha relatoria:

> APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ACIDENTE DE TRABALHO – MORTE DO CHEFE DA FAMÍLIA – CULPA DO EMPREGADOR CARACTERIZADA – AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ADEQUADAS DE TRABALHO – DANOS MATERIAIS – PENSÃO À ESPOSA – TERMO FINAL – DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 70 ANOS OU QUE A VIÚVA VENHA A CONVOLAR NOVAS NÚPCIAS – PENSÃO AO FILHO – TERMO FINAL - DATA EM QUE COMPLETAR 24 ANOS – DANOS MORAIS – QUANTUM INDENIZATÓRIO – MANUTENÇÃO – COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PELA DOR SOFRIDA– RECURSOS IMPROVIDOS.
>
> Demonstrada a responsabilidade do empregador pelo acidente por não ter disponibilizado adequadas condições de trabalho à vítima, bem como o nexo de causalidade entre a ação do empregador e o dano causado, deve o mesmo suportar a condenação pelos danos morais e materiais causados aos autores. [...] (AC n. 2008.011462-6, Quarta Turma Cível, julgado em 11.11.2008).

No que se refere ao *quantum* indenizatório, verifica-se que o julgador monocrático condenou o ente público à reparação dos danos morais e estéticos sofridos pela vítima.

A irresignação recursal, neste ponto, cinge-se somente quanto à impossibilidade de cumulação dos danos estéticos e morais, ao argumento de que um está diretamente relacionado ao outro, derivando de um mesmo fato.

Sem razão o recorrente. A toda evidência, danos morais não se confundirem com danos estéticos, vez que para a caracterização deste necessário se faz necessária a efetiva comprovação do dano, o que não se exige para o dano moral, que se presume da simples ocorrência do fato. Por essa mesma razão, nada obsta que ambos os pedidos sejam cumulados.

Em relação à matéria, este Tribunal já se posicionou:

> APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – INEXISTÊNCIA DE PROVA DA CULPA – IRRELEVÂNCIA DIANTE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA – CULPA EXCLUSIVA OU CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA – AUSÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO. [...] O dano moral não se confunde com o dano estético. A indenização do dano estético não tem sua ontologia única e exclusivamente para a reparação interna, subjetiva, como o é do dano moral, mas como também para reparação do dano externo. A dor, chateação, incômodo, frustração de vida geram, em tese, o dano moral, mas nem todo dano moral gera o dano estético (v.g. a morte do ente querido). Então, como servem para coisas diversas, nada impede sua cumulação. (AC n. 2006008902-8, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 4.11.2008).

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – CULPA DO MOTORISTA DA CAMINHONETE – CONDUÇÃO IMPRUDENTE DO VEÍCULO – RECONHECIMENTO DO DEVER DE INDENIZAR – DANOS MATERIAIS – GASTOS EFETIVOS DEMONSTRADOS – RESSARCIMENTO DEVIDO – PENSÃO MENSAL INDEVIDA – AUSÊNCIA DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL PELA VÍTIMA MENOR – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – CUMULAÇÃO DOS VALORES – POSSIBILIDADE – QUANTUM REPARATÓRIO – OBSERVÂNCIA DO CARÁTER PUNITIVO COMPENSATÓRIO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO EM PARTE. [...] Permite-se a cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis [...]. (AC n. 2008.004665-3, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 1.9.2008).

E também o Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL DE JPGB E OUTROS. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. HOSPITAL MUNICIPAL. AMPUTAÇÃO DE BRAÇO DE RECÉM-NASCIDO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM FAVOR DOS PAIS E IRMÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. É possível a cumulação de indenização por danos estético e moral, ainda que derivados de um mesmo fato, desde que um dano e outro possam ser reconhecidos autonomamente, ou seja, devem ser passíveis de identificação em separado. Precedentes. [...]. (REsp n. 910.794/RJ, Primeira Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, DJ 4.12.2008).

Com efeito, não se descura que o conceito de dano estético está intimamente ligado ao de dano moral, tendo em vista que o primeiro acarreta prejuízos morais e, às vezes, patrimoniais ou materiais. Contudo, quando se fala em danos estéticos, estamos a nos referir ao dano da beleza física do indivíduo, suas forma e proporções, compreendendo toda deformação morfológica sofrida pela pessoa e que implique qualquer sentimento de diminuição da vítima.

Como dito alhures, os danos estéticos dependem de prova para serem concedidos, ou seja, não são presumíveis, devem existir elementos nos autos que comprovem a alteração na aparência externa da vítima, o que sobejamente, restou demonstrado no caso dos autos, conforme se extrai das fotografias de f. 18-19. Inegável, portanto, a ocorrência do referido dano estético, que lhe seguirá até a morte.

No que se refere ao termo inicial para a incidência da correção monetária, consigne-se que esse Colegiado já assentou entendimento de que é a partir da data em que foi fixada a indenização por dano moral que será estabelecido o mencionado termo *a quo*.

A propósito, veja-se o seguinte precedente dessa Quarta Turma Cível, em julgado de minha relatoria:

> EXECUÇÃO DE SENTENÇA – DANO MORAL – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS – INCIDÊNCIA – A PARTIR DA FIXAÇÃO – PROVIDO.
>
> A data da fixação do dano moral constitui-se no termo inicial para aplicação da correção monetária e dos juros moratórios. (Ag n. 2006.011579-4, julgado em 22.8.2006).

Veja-se, aliás, que este entendimento foi inclusive sumulado pelo E. STJ, consoante se extrai do Enunciado n. 362, que dispõe: *"A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento."*

Assim, merece provimento o recurso, a fim de ser alterado o termo inicial de incidência da correção monetária.

Em relação ao disposto no art. 1°- F da Lei n. 9.494/97, que determina que os juros moratórios nas condenações impostas à Fazenda Pública devam incidir ao percentual de 6% ao ano, entendo que o mesmo é inaplicável ao caso em análise, tendo em vista que o aludido dispositivo legal diz respeito somente aos casos de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, o que, a toda evidência, não é o caso dos autos, uma vez que se trata de verba indenizatória e não remuneratória, como preceitua o comando normativo em questão, devendo, portanto, ser mantida a sentença que determinou a incidência de juros à razão de 1% ao mês.

Por derradeiro, no tocante aos honorários advocatícios, sustenta o Estado recorrente que estes devem ser minorados, vez que não atendido o disposto nos §§ 3° e 4° do art. 20 do CPC.

Entendo que a insurgência recursal merece guarida.

Dispõe o artigo 20, § 4°, do Código de Processo Civil que *"Nas causas de pequeno valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo anterior."*

Com efeito, quando se fala na observância do critério de equidade na fixação da verba honorária, não quer isto significar que essa deva ser ínfima, a ponto de desmerecer o trabalho do profissional do Direito, devendo, sim, ser arbitrada em quantia condizente com o serviço desempenhado pelo advogado, o tempo exigido para o serviço, a natureza e a importância da demanda e o grau de zelo do profissional, requisitos estes elencados nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3° do dispositivo legal e *codex* referidos.

Sobre a questão em tela, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* "**Código de Processo Civil Comentado**", 7ª ed. revista e ampliada, RT, p. 381, *in verbis*: *"20. Fixação eqüitativa. O critério da eqüidade deve ser em conta o justo, não vinculado à legalidade. Fixar honorários por eqüidade não significa, necessariamente, modicidade".*

Por oportuno, veja-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp n. 147.346/PR, da relatoria do Ministro César Asfor Rocha, *in litteris*:

> [...] A verba honorária fixada 'consoante apreciação eqüitativa do Juiz' (art. 20, § 4°/CPC), por decorrer de ato discricionário do magistrado, deve traduzir-se num valor que não fira a chamada lógica do razoável que, pelas peculiaridades da espécie, deve guardar legítima

> correspondência com o valor do benefício patrimonial discutido, pois em nome da equidade não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares. Recurso conhecido e parcialmente provido.

No mesmo sentido, os seguintes julgados desta Colenda Corte de Justiça:

> [...] O *quantum* a ser fixado a título de honorários advocatícios não pode caracterizar em retribuição ínfima, para não aviltar a dignidade da profissão, mas que o valor recebido represente justa remuneração ao trabalho exercido. (AC n. 2005.003619-6, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 23.5.2005, DJMS em 22.6.2005).

> [...] Nas causas de pequeno valor, os honorários devem ser fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atento aos críticos das alíneas do parágrafo 3º, a teor do parágrafo 4º do artigo 20 do CPC, sendo injustificável a fixação de valor ínfimo que não remunera com dignidade o advogado. (AC n. 741913, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto, julgado em 6.6.2000, DJMS em 4.9.2000).

Assim, atento ao critério eqüitativo e analisando os requisitos prescritos nas alíneas acima, entendo cabível a redução da verba advocatícia ora arbitrada em R$ 7.000,00 (sete mil reais), para o patamar de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), quantia esta que reputo mais adequada para o caso em comento.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para, reformando em parte a sentença recorrida, alterar o termo inicial de incidência da correção monetária para a data do arbitramento do *quantum* indenizatório, ou seja, da prolação da sentença, bem como reduzir a verba honorária para o patamar de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), mantendo-se o *decisum* em seus demais termos.

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. Dorival Renato Pavan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 17 de novembro de 2009

***

Apelação Cível n. 2009.025228-0 - Dourados
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmolo Letteriello

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – VENDA DO BEM SEM ANUÊNCIA DO CREDOR FIDUCIÁRIO – ANOTAÇÃO DE GRAVAME NO CERTIFICADO DE PROPRIEDADE DO VEÍCULO – LITIGÂNCIA E MÁ-FÉ – INOCORRÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Deve ser afastada a presunção de boa-fé do embargante se tinha ciência de anotação de gravame Certificado de Registro de Veículo automotor.

Sendo ônus do autor fazer a prova do fato constitutivo de seu direito e desse ônus não se desincumbindo, impõe-se óbice ao acolhimento de sua pretensão.

Não restando visualizada a adequação da conduta assumida pela parte a qualquer uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 17 do Código de Processo Civil, não pairam dúvidas quanto a sua não qualificação como litigante de má-fé.

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, 6 de outubro de 2009.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Edilson Dias Espíndola, inconformado com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos dos embargos de terceiro que move em face do Banco Volkswagem e Suely Aparecida Vilhar interpõe recurso de apelação, sustentando, em síntese, que ao contrário do entendimento do magistrado *a quo*, conforme documentação trazida aos autos, houve consentimento tácito do banco credor com a assunção da dívida realizada. Salienta que o banco tinha plena ciência do contrato de f. 50-51 (Cessão de Direitos e Obrigações), uma vez que efetuou diversas cobranças para recebimento das parcelas do financiamento.

Os apelados, em contrarrazões, pugnam pelo improvimento do recurso. O banco recorrido busca a condenação do autor em litigância de má-fé.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos dos embargos de terceiro que Move Edilson Dias Espíndola, em desfavor o Banco Volkswagem e Suely Aparecida Vilhar.

Pela presente ação, busca o autor, ora recorrente, restituir a posse do veículo marca Kia, modelo Besta, adquirido através de um contrato de cessão de direitos celebrado entre ele e a segunda recorrida, e que foi objeto de ação de busca e apreensão aforada pelo Banco Volkswagem, em razão de inadimplência de contrato de alienação fiduciária.

Lecionando sobre os embargos de terceiro, Marcelo Abelha Rodrigues, *in "***Manual de Execução Civil***", 3ª ed., Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2008, p. 608,* explica a situação que dá azo à medida judicial:

> A grande verdade é que, tendo a execução civil um caráter patrimonial, ou seja, recaindo a execução sobre o patrimônio do executado, o normal e esperado é que o seu patrimônio responda pelo não-cumprimento da obrigação ou do dever legal ao qual estava submetido. Por isso, é com esse desiderato, de satisfazer um direito reconhecido em título judicial (interinal ou definitivo) ou extrajudicial, que o Estado-juiz impõe medidas constritivas sobre o patrimônio do responsável. Entretanto, é possível que tal ato constritivo sobre o patrimônio não recaia – como deveria – sobre o patrimônio do responsável, mas sim de um terceiro, alheio à relação jurídica processual. Nesses casos, tem-se um desbordamento indevido do ato judicial, e, como tal, poderá o terceiro utilizar-se de técnica de embargos de terceiro para livrar o seu bem ou seu direito da referida constrição judicial.

Depreende-se da conceituação acima exposta que a medida tem o fito de impedir que o patrimônio de terceiro - não devedor - e estranho à lide, responda pelo cumprimento da obrigação imposta ao executado.

Extrai-se dessa consideração que a possibilidade de propositura de embargos de terceiros pressupõe a concomitância de dois requisitos, quais sejam: a) um ato judicial constritivo e; b) que a constrição recaia sobre patrimônio de terceiro estranho a lide.

No vertente caso, denota-se pela leitura do documento de f. 47, juntado pelo apelante, que no certificado de propriedade do veículo consta o registro da alienação fiduciária em favor do banco apelado, ou seja, quando da realização do contrato de cessão de direitos e obrigações, o apelante já tinha ciência da anotação do gravame.

Por outro lado, como sabido, na alienação fiduciária, o proprietário e possuidor indireto do bem é o banco, sendo que referido bem somente passará ao domínio do devedor fiduciário apenas depois de satisfeitas todas as obrigações pactuadas.

Destarte, não poderia o recorrente, a meu ver, adquirir da recorrida Suely Aparecida Vilhar, devedora e possuidora direta, o veículo objeto de questionamento no feito, sem que ao menos obtivesse anuência do credor fiduciário (proprietário indireto da coisa).

O apelante afirma em sede recursal que houve consentimento tácito do banco credor com a assunção de dívida realizada, tendo em vista que a instituição financeira efetuou diversas cobranças para recebimento das parcelas inadimplidas.

Sem razão a alegação supra.

Em nenhum momento restou demonstrado através dos documentos juntados ao feito, que o banco/apelado consentiu de forma tácita em relação ao contrato de cessão formulado entre o autor e a apelada Suely (f. 50-51), ônus que lhe competia.

Em nosso ordenamento jurídico vige a regra inserta no artigo 333, I, do Estatuto Processual Civil, *in verbis*: "*O ônus da prova incumbe: I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito*."

E como ensina Humberto Theodoro Júnior:

> Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente. (**Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. I, pág. 381).

Assim, sendo ônus do autor fazer a prova do fato constitutivo de seu direito e desse ônus não se desincumbindo, impõe-se óbice ao acolhimento de sua pretensão.

Por fim, torna-se necessário esclarecer que a conduta assumida pelo autor/recorrente não o qualifica como litigante de má-fé, pois, não resta visualizada a sua adequação a qualquer uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 17 do Código de Processo Civil.

Ante as razões delineadas, despiciendas 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 NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

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

Campo Grande, 6 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.027956-1 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmolo Letteriello

E M E N T A – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TRANSFERÊNCIA ESCOLAR – INADIMPLEMENTO – IRRELEVÂNCIA – LEI N. 9.870/99 – ACESSO DA DOCUMENTAÇÃO PARA A DEVIDA TRANSFERÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

A instituição de ensino não pode negar-se a expedir documentos necessários para transferência de faculdade de aluno por motivo de inadimplência, por violação ao artigo 6º da Lei n. 9.870/99.

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, 17 de novembro de 2009.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Missão Salesiana de Mato Grosso do Sul – Universidade Católica Dom Bosco - UCDB, inconformada com a sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe move Nilton Lima de Souza, interpõe recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que na época da negativa de transferência do aluno, apenas cumpriu normatização do MEC, Portaria n. 975/2002, pois existia entendimento pacífico de que tal documentação não poderia ser entregue ao postulante, mas sim diretamente à Universidade de destino, mediante solicitação desta. Diz que houve perda superveniente do interesse de agir, pela publicação da Portaria MEC n. 230/2007, que modificou os trâmites das transferências entre universidades privadas. Assevera que a Lei Federal n. 9.870/99, resguarda o direito das Universidades Particulares em rejeitar a matrícula dos alunos inadimplentes, em seu art. 5º. Afirma que na data do pedido, o apelado não estava matriculado e, portanto, não era obrigada a emitir Declaração de Vínculo. Por fim, requer manifestação expressa de dispositivos citados em recurso.

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por Nilton Lima de Souza, em desfavor de Missão Salesiana de Mato Grosso do Sul – Universidade Católica Dom Bosco – UCDB.

Conforme se verifica dos autos, o autor/apelado postula através da presente demanda, a obtenção de sua transferência escolar para a Universidade São Lucas, localizada em Porto Velho-RO, bem como o envio de Histórico Escolar, Declaração de Vínculo e Ementa de todos os períodos cursados na Universidade/ recorrente.

Inicialmente, a apelante sustenta que houve perda superveniente do interesse de agir do autor, haja vista que pela publicação da Portaria MEC n. 230/2007, houve modificação dos trâmites de transferências entre universidades privadas. Afirma que diante da referida Portaria, não há necessidade mais de emitir guia de transferência para atender o pleito do autor, uma vez que este não necessita mais do provimento jurisdicional pleiteado nestes autos, visto que o Histórico Escolar é documento padrão, fornecido a qualquer acadêmico, inadimplente ou não.

No vertente caso, observo que a Portaria do MEC n. 230/2007, de fato, orienta que a transferência de alunos será feita mediante a expedição de histórico escolar ou documento equivalente que ateste a disciplinas cursadas e respectiva carga horária (f.126).

Todavia, inobstante a existência de referida Portaria, denota-se dos autos que o ajuizamento da presente ação se deu pelo fato de a apelante estar negando a transferência do autor, por razões de existência de débitos, o que não pode ser aceito.

Prevê o disposto no § 1º do artigo 6º, Lei n. 9.870/99:

> Art. 6º- São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor[...].
>
> § 1º - Os estabelecimentos de ensino fundamental, médio e superior deverão expedir, a qualquer tempo, os documentos de transferência de seus alunos, independentemente de sua adimplência ou da adoção de procedimentos legais de cobranças judiciais.

Importante ressaltar que na época do pedido de transferência, já existia a previsão contida no art. 6º da Lei n. 9.870/99, não podendo subsistir, portanto, qualquer determinação contida na Portaria MEC n. 975/92, a qual se baseou a recorrente para negar o fornecimento dos documentos requeridos.

Nesse mesmo entendimento o posicionamento do STJ:

> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ENSINO SUPERIOR. INADIMPLÊNCIA. REMATRÍCULA. 1. A regra dos arts. 5º e 6º da lei n. 9.870/99 é a de que o inadimplemento do pagamento das prestações escolares pelos alunos não pode gerar a aplicação de penalidades pedagógicas, assim como a suspensão de provas escolares ou retenção de documentos escolares, inclusive para efeitos de transferência a outra instituição de ensino. 2. [...]. 3. [...]. 4. Agravo regimental provido (STJ, AgRg na MC 9147/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 26.4.2005, DJ 30.5.2005, p. 209).

Assim, tem-se que, além de flagrante ilegalidade, tal ato da impetrada fere um dos pilares do Estado Democrático de Direito, qual seja, a educação.

Vejamos como dispõe o art. 205 da Constituição Federal:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Destarte, ainda que inadimplente, faz jus o requerente ao acesso de toda a sua documentação escolar que seja indispensável para a realização de transferência de instituição de ensino.

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

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

Campo Grande, 17 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.031513-5 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CONTRATO DE SEGURO – RECUSA – NÃO INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR DO MOTIVO QUE AMPAROU A NEGATIVA À CELEBRAÇÃO DO ACORDO – PREJUÍZOS DE ORDEM MORAL – MANIFESTOS – VALOR ARBITRADO A TÍTULO INDENIZATÓRIO QUE SE REVELA SUBSERVIENTE AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – MANUTENÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

São manifestos os danos de ordem moral suportados por aquele que teve sua pretensão de celebrar um contrato de seguro negado pela instituição financeira, sem que para tanto a recusa restasse justificada em estrita observância ao regramento vigente.

Tendo sido o *quantum* fixado a título de danos morais arbitrado em estrita observância ao princípio da razoabilidade, não pairam dúvidas quanto à desnecessidade de que seja efetivada a correlata alteração.

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, 1º de dezembro de 2009.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

HDI Seguros S.A., inconformada com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Gustavo Conceição Corrêa Meyer, em trâmite pela 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS, interpõe recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que não restou comprovado o dano de ordem moral narrado pelo autor, restando no máximo demonstrado um mero aborrecimento por este suportado.

Assevera não ser obrigado a firmar um contrato de seguro com toda e qualquer pessoa que manifeste interesse na celebração deste, possuindo o direito de efetivar uma simples recusa. Sustenta que o valor arbitrado a título indenizatório não se revela razoável, devendo ser objeto de minoração.

Em contrarrazões o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Gustavo Conceição Corrêa Meyer em face de HDI Seguros S.A.

Transparece do exame dos autos que o autor pretendeu efetivar o seguro de seu veículo junto à instituição financeira apelante, tendo sido recusada a sua proposta.

Narra que não recebera qualquer informação acerca do motivo que amparou tal negativa.

Relata que o fato de já ter tido um carro roubado certamente motivou sua inclusão em uma lista negra mantida pelas seguradoras.

Diante dessa situação fática, aspirou ao recebimento de um *quantum* hábil a compensar os prejuízos de ordem material e moral que suportara.

Em 1º Grau sua aspiração fora parcialmente acolhida, tendo sido a seguradora condenada a lhe entregar uma importância correspondente a R$ 3.000,00 (três mil reais) a título de indenização pelos danos morais que sofrera.

A sentença impugnada não merece ser objeto de reforma.

Neste instante processual, torna-se importante esclarecer que se mostra manifesto o direito ostentado pela seguradora de estipular condições para que venha a celebrar um contrato com terceira pessoa.

Tal realidade fática, por óbvio, evidencia a possibilidade de que no caso de não atendimento a um dos requisitos impostos como necessários para a concretização do seguro, a instituição financeira se negue a efetivar o acordo.

Entretanto, não pode ser olvidado o fato de que tal negativa deve ser satisfatoriamente justificada.

No presente caso, os danos morais impostos ao autor, decorreram do fato de não haver sido ilustrado o motivo pelo qual a negativa à concretização do acordo ocorrera.

Ora, se há um regramento a ser observado, não pairam dúvidas quanto ao fato de que uma eventual violação a este deve ser informada àquele que aspirou contratar o seguro.

O reconhecimento da correção da postura assumida pela instituição financeira no caso concreto, equivaleria a lhe atribuir um poder amplamente discriminatório.

Neste diapasão, não tendo sido justificada a aludida recusa, os prejuízos de ordem moral suportados pelo requerente se revelam nítidos.

Tais prejuízos se qualificam 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.

Neste 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".

Entendo que o *quantum* indenizatório deve ser arbitrado com base na experiência e no bom senso do magistrado, mostrando-se subserviente à realidade da vida e às peculiaridades do caso concreto, observando o grau de culpa, a lesividade do ato e o nível sócio-econômico das partes, conforme estabelecem os critérios elencados pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira (REsp n. 187283, PB) a fim de que não reste manifesta uma afronta ao princípio da razoabilidade.

Por óbvio, a compensação aspirada deve atingir o seu fim maior, a fim de que seja possibilitada uma plena compensação dos prejuízos impostos à moral do ofendido, sem que venha a ser visualizado o seu enriquecimento sem causa.

Por conseguinte, no caso em exame a importância arbitrada em 1ª Instância, em valor correspondente a R$ 3.000,00 (três mil reais) deve ser mantida.

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

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

Campo Grande, 1º de dezembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.028985-4 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAS E ESTÉTICOS – PRELIMINARES – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PRESCRIÇÃO – CERCEAMENTO DE DIREITO – AFASTADAS – MÉRITO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO – ALUNO ATINGIDO POR PROJÉTIL DE ARMA DE FOGO FORA DAS DEPENDÊNCIAS DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO – AUSÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Se a ação de indenização é promovida em face do ente público, por ser a vítima de disparo de arma de fogo aluno de Escola Municipal, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva de parte.

Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o termo *a quo* do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização contra ato do ente público, por dano moral e material, conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo, ou seja, do momento em que se constatou as seqüelas das lesões sofridas pela vítima.

O juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele indeferir aquelas que considerar inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 130 do CPC.

Se as provas constantes dos autos são suficientes para formar o seu convencimento, o julgamento antecipado da lide não caracteriza cerceamento de defesa.

Comprovado que o apelante fora atingido por projétil de arma de fogo fora do estabelecimento de ensino, bem como que o autor dos disparos se encontrava na via pública, não há imputar responsabilidade ao ente público, pois ausente o nexo de causalidade entre a conduta do município e o evento danoso.

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 e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 9 de novembro de 2009.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Donizeti Dias de Jesus, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Reg. Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Indenização por Danos Morais que move em face de Município de Campo Grande - MS interpõe apelação cível nesta Corte alegando que o apelante e as demais vítimas dos disparos de arma de fogo ainda se encontravam nas dependências da escola pública, pois sequer haviam cruzado os portões, o que caracteriza a condição de estarem sob a guarda da escola, bem como a legitimidade passiva do município.

Suscita também preliminar de cerceamento de defesa, porquanto o feito foi julgado antecipadamente.

Aduz que o termo *a quo* do prazo prescricional é a data da realização do exame do corpo de delito, uma vez que esse foi o momento em que o autor ficou ciente acerca da irreversibilidade das seqüelas.

Afirma que é responsabilidade do ente público zelar pela integridade física e moral dos alunos que se encontrem sob sua guarda, bem como que deve empregar diligências, a fim de preservar os servidores e usuários do serviço público.

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

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Donizeti Dias de Jesus, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Reg. Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Indenização Por Danos Morais que move em face de Município de Campo Grande - MS interpõe apelação cível nesta Corte alegando que o apelante e as demais vítimas dos disparos de arma de fogo ainda se encontravam nas dependências da escola pública, pois sequer haviam cruzado os portões, o que caracteriza a condição de estarem sob a guarda da escola, bem como a legitimidade passiva do município.

Pretende o autor ser indenizado porque, segundo alega, no dia 20.3.2003, quando era aluno da Escola Municipal Vanderlei Rosa de Oliveira, no período noturno, após o término das aulas, por volta das 22h15min, ainda nas dependências da referida escola, o apelante foi atingido por disparos de arma de fogo efetuados por meliantes que, imediatamente após o atentado, evadiram-se do local sem serem identificados. Ao que consta, pretendiam tirar a vida de um professor da escola, Carlos Alberto Ferreira de Sá, que também foi atingido e, ainda, ao acaso, uma professora, Ivete Fávero, também foi atingida. O autor alegou que em razão do tiro que recebeu sofreu lesão na perna, tendo resultado limitação permanente de flexão do joelho esquerdo, além de ficar com a marcha claudicante. Como os fatos se deram nas dependências de escola pública administrada pelo Município, claramente persiste a responsabilidade estatal do ente responsável em reparar os danos suportados pelo Autor, uma vez que houve falha em prover a segurança daqueles que estavam sob sua custódia, estabelecendo-se aí a responsabilidade objetiva (f. 2-15).

Inicialmente analiso as preliminares suscitadas.

Da ilegitimidade passiva do município

Verifica-se no caso em comento que deve ser afastada a ilegitimidade do município, uma vez que sendo o apelante aluno de uma escola municipal, perfeitamente cabível a ação em face do ente público, uma vez que está presente o vínculo entre os sujeitos da demanda.

Nesse sentido leciona Fredie Didier Jr.:

> A todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional. Mas ninguém está autorizado a levar a juízo, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso. Impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Surge, então, a noção de legitimidade ad causam. (**Curso de Direito Processual Civil**, vol.1, 11ª edição, Editora Podivm, pág. 185).

Posto isto, afasto a preliminar para reconhecer a legitimidade do apelado.

Prescrição

O magistrado reconheceu a prescrição nos seguintes termos:

> O artigo 1º do Decreto Federal n. 20.910/32 determina:
>
> As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram".
>
> Da mesma forma, o artigo 1º- C, da Lei n. 9.494/97, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.01, prevê:
>
> "Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos".
>
> Como o fato ocorreu em 20 de março de 2003 (f. 3 e 26) e o Autor distribuiu a presente ação apenas em 24 de julho de 2009 (f. 2), mais de seis anos depois, pretendendo exercitar direito de indenização contra a Fazenda Pública, é evidente a ocorrência da prescrição do direito de ação.
>
> Frise-se que a prescrição em favor da Fazenda Pública é de caráter especial, estando regulada por instrumentos próprios, sobre os quais o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado por absoluta constitucionalidade. Por corolário, não está afeta às normas do Código Civil e não se sujeita a quaisquer causas impeditivas ou suspensivas.
>
> A prescrição deve ser declarada e o feito extinto liminarmente.

Não obstante o juiz reconhecer a prescrição levando em consideração a data do evento danoso e a da propositura da ação, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que nas ações de reparação de dano contra o ente público o termo *a quo* do prazo prescricional é a partir da ciência dos efeitos do evento danoso, no caso, as lesões.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MANDADO DE PRISÃO. PRISÃO ABUSIVA PERPETRADA POR POLICIAS CIVIS. CONSTATAÇÃO DE SEQUELAS. PRESCRIÇÃO. DECRETO LEGISLATIVO N. 20.910/32. APLICAÇÃO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DOS ATOS

> LESIVOS. RETORNO DOS AUTOS. PRISÃO CAUTELAR. ACUSADO ABSOLVIDO. FALTA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF.
>
> [...]
>
> 2. O termo *a quo* do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização contra ato do Estado, por dano moral e material, conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo. É que a prescrição da ação indenizatória, *in casu*, teve como lastro inicial o momento da constatação das lesões sofridas e de suas consequências. (REsp n. 1116842, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, julgado em 3.9.2009).
>
> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DA EFETIVA CONSTATAÇÃO DO DANO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ.
>
> 1. Esta Corte já assentou o entendimento de que, em ação de indenização por danos materiais, o prazo prescricional só passa a fluir a partir da efetiva constatação do dano[...] (REsp n. 742500, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 28.3.2006).

Desse modo, como a ciência acerca das lesões ocorreu em 26.7.2004 (f. 23v.) e a data da propositura da ação deu-se em 24.7.2009 (f. 2), é de se afastar a prescrição.

Assim, afasto a prescrição.

Cerceamento de defesa

Suscita também preliminar de cerceamento de defesa, porquanto o feito foi julgado antecipadamente.

Não se pode olvidar que o juiz é o destinatário das provas, sendo que cabe a ele indeferir aquelas que considerem inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil. Se as provas constantes dos autos são suficientes para formar o convencimento motivado do juiz a respeito da questão, torna-se desnecessária a produção de outras provas.

Com efeito, cumpre esclarecer que se o processo se encontra apto a ser julgado e o magistrado entende ser desnecessária a produção de outras provas, a prolação da sentença é medida que se impõe, à vista dos princípios da economia e celeridade processual.

Neste sentido não destoa o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONAB. DESCUMPRIMENTO DO ESTABELECIDO NOS AVISOS DE VENDA E COMPRA. MULTA PELO ATRASO NA ENTREGA DE MERCADORIAS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 07/STJ. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 283/STF. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> I - Em relação ao julgamento antecipado da lide, não se detecta o alegado cerceamento de defesa, tendo em vista que o magistrado é livre para julgar a demanda, sem maior dilação probatória, desde que convicto de que os elementos que instruem o feito naquele instante sejam suficientes para esclarecer o que de pertinente e relevante havia de ser considerado

> para o desate da causa. Além disso, rever os fundamentos que levaram a tal entendimento demandaria reapreciação do conjunto probatório, o que é vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.
>
> II – [...]. (AgRg no Ag n. 1076360/PR - AgRg no Ag n. 2008/0168899-3, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 17.2.2009, DJ 5.3.2009)
>
> AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - CERCEAMENTO DE DEFESA COM O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – NÃO CONFIGURAÇÃO - INEXISTÊNCIA, ATESTADA PELA CORTE DE ORIGEM, DE COBRANÇA DE CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS - SÚMULA 07/STJ - INCIDÊNCIA - AGRAVO IMPROVIDO.
>
> 1. Não há falar em cerceamento de defesa, quando o julgador, entendendo estarem os autos suficientemente instruídos, reputa desnecessária a produção de provas e julga antecipadamente a lide.
>
> 2. [...]
>
> 4. Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag n. 969494/DF – Ag Rg no Ag n. 2007/0249790-5, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 3.2.2009, DJ 18.2.2009).

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito

Tenho que o recurso não merece provimento.

Depreende-se no presente caso que não se pode imputar responsabilidade ao município, porquanto o fato lesivo ocorreu fora das dependências do estabelecimento de ensino, isto é, quando os alunos saíam, bem como que o autor dos disparos se encontrava fora da escola, conforme se denota em vários documentos acostados aos autos, vejamos:

> [...] Que a declarante esclarece que foi um tumulto total, tendo inclusive notado três elementos com movimentações na frente da escola, na hora dos disparos.. (Termo de declarações – Ivete Faveiro Lopes Moreira – professora - f. 41)
>
> [...] O declarante notou um elemento a qual estava sentado em frente à escola, no meio fio (Termo de declarações – Donizete Dias de Jesus – estudante - f. 42)
>
> "Que o autor que permanecia em frente à escola sem demonstrar suspeita, vendo que as referidas pessoas saíam todas juntas, pegando uma arma de fogo[...] (Termo de declarações – Luiz Velasques – Vigilante – f. 43)
>
> Que no dia seguinte à briga viu dois elementos perto de uma árvore na frente da escola, e ouviu disparos e a seguir os autores fugiram (Inquérito Policial – Wagner da Silva Martins – f. 65)

Nesse sentido são os fundamentos da sentença (f. 74-75):

> No histórico da inicial não consta qualquer ato comissivo ou omissivo de agente do Município de Campo Grande, nem mesmo da suposta falta do dever de cuidado, já que tanto o Autor como as demais pessoas que se encontravam na Escola Municipal não estavam sob custódia ou tutela do Município, nem muito menos estariam sob sua custódia ou tutela os tais meliantes que dispararam tiros e nem o Município tem o dever de policiamento ostensivo e militar das vias públicas.
>
> Diferentemente do alegado pelo Autor nesta ação, no processo crime instaurado contra Mário Estevão Martines, o qual foi impronunciado por não haver prova de autoria do crime (f.68/73), consta que o atirador estava do lado de fora da escola, na via pública, e efetuou os disparos quando pessoas saíam da referida escola (conforme Denúncia de f. 26-27 e f. e f.). Há referência, inclusive, que ninguém reconheceu esse atirador, nem que ele eventualmente fosse aluno daquela mesma escola, conforme excertos da R. Sentença de impronúncia.
>
> A conclusão óbvia é que não se tratou de ocorrência interna da Escola Municipal, nem entre alunos ou entre aluno e professor, não havendo que se falar nem mesmo em eventual omissão de vigilância do Município quanto à disciplina ou segurança do quadro discente.
>
> Não há citação, alegação ou indicação de um só fato concreto que pudesse, mesmo em tese, comprovar ou evidenciar qualquer ato, culpa ou responsabilidade do Município no alegado evento. A responsabilidade do ente público é objetiva única e exclusivamente por ato de seus servidores ou agentes e que seja praticado nessa condição de servidores ou agentes; isso evidentemente não exclui a necessidade de se comprovar a culpa de tais servidores ou agentes para que possa surgir a obrigação do ente público de reparar o dano. A responsabilidade objetiva se verifica única e exclusivamente na relação entre o ente público e seu agente ou servidor (e apenas aqui independe de verificação da culpa, em sentido lato). Especialmente quando se trate de dano causado por agente público em razão de alegado ato omissivo, com muito maior razão necessária a prova da culpa do ente público, já que a responsabilidade é, aqui, subjetiva.

Pois bem. Como é cediço a Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, acolheu a responsabilidade objetiva do Estado, segundo a qual, o Estado responde objetivamente pelos danos causados resultantes de ação ou omissão dos seus agentes, independentemente de culpa, bastando para tanto a comprovação do nexo de causalidade e o evento danoso.

Neste diapasão o escólio do mestre Yussef Said Cahali:

> Desenganadamente, a responsabilidade objetiva da regra constitucional – concordes todos, doutrina e jurisprudência, em considerá-la como tal – se basta com a verificação do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência...
>
> [...]
>
> A responsabilidade objetiva do Estado se caracteriza pela só demonstração do nexo causal entre o fato lesivo e o dano.[33]
>
> Não comprovadas as excludentes alegadas na contestação, a responsabilidade do Estado dependerá somente do nexo etiológico entre a conduta de agentes do Estado e o dano resultante.[34]

> A responsabilidade civil do Estado, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; e c) desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.[35] (**Responsabilidade Civil do Estado**, 3ª edição, Ed. RT, pág. 40 e 44)

Não obstante a CF/88 acolher a responsabilidade objetiva do Estado, vê-se no presente caso que não há falar em nexo de causalidade entre a conduta do apelado e o evento danoso, já que, como observado acima, o fato ocorrera fora das dependências do estabelecimento de ensino, e portanto, não há falar em responsabilidade por parte do município.

Neste terreno, é bom ressaltar que a obrigação de indenizar deriva não só de uma conduta culposa, mas, principalmente, do elo de ligação entre esta e o dano, tal como se vê da doutrina citada por RUI STOCCO:

> É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, 'é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não teria ocorrido (**Traité des Obligations en général**, vol. IV, n. 66). O nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito. (**A Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial,** RT, 2ª ed., p. 58).

Nesta esteira é o entendimento da 3ª Câmara de Direito Público do Estado de São Paulo: *"APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ALUNO MENOR IMPUBERE FERIDO POR COLEGA DE ESCOLA QUANDO SE ENCONTRAVA NO LADO DE FORA DA ESCOLA, JUNTO AO PORTÃO DE ENTRADA, EM HORÁRIO ANTERIOR AO INÍCIO DAS AULAS. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO. INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O EVENTO E A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO OU DE FALTA OU FALHA DO SERVIÇO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.*

O aluno fica sob guarda e vigilância da escola do estabelecimento de ensino, público ou privado, com direito de ser resguardado em sua incolumidade física, enquanto estiver nas dependências da escola, respondendo os responsáveis pela empresa privada ou o Poder Público, nos casos de escola pública, por qualquer lesão ou dano que o aluno venha a sofrer, seja qual for a sua natureza, ainda que causada por terceiro. Fora das dependências, em horário incompatível, inexiste qualquer possibilidade de se manter essa obrigação de resguardo." (AC n. 41.4195000, Rel. Rui Stoco, julgado em 15.10.1999).

E mais, depreende-se também do caderno processual que o autor dos disparos sequer era aluno do referido estabelecimento de ensino, o que reforça a tese que o apelado não pode ser responsabilizado por fato de terceiro estranho à relação contratualmente estabelecida entre a escola e o aluno.

Vejamos excerto do inquérito policial (f. 65): *"Que o autor não é aluno da escola".*

Desse modo, inexistindo nexo causal entre a conduta do município e o evento danoso, deve a ação ser julgada improcedente.

Repita-se, os fatos se deram fora do estabelecimento de ensino. Na rua a obrigação pela segurança é do Estado.

Pelo exposto, conheço do recurso, rejeito as preliminares e, no mérito, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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, Ildeu de Souza Campos e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 9 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.029216-7 - Camapuã
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE ANULAÇÃO DE PARTILHA – ESPOSA DO HERDEIRO – ILEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A esposa do herdeiro, mesmo casada sob o regime de comunhão universal, não tem legitimidade para pleitear a anulação da partilha.

São legitimados para a propositura da ação somente os herdeiros e o cônjuge sobrevivente.

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.

Campo Grande, 18 de novembro de 2009.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Trata-se de apelação cível interposta por Sonia Prestes Loureiro, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Camapuã, nos autos da Ação Anulatória de Partilha que move em face de Julinha Andrade da Cunha, Filintro Ferreira da Cunha, Helena Cunha Almeida, Arlene Maria Ferreira, Cacildo Ferreira Sobrinho e Liene Osório da Conceição, que julgou extinta a ação, sem resolução de mérito, com suporte no art. 267, VI c/c 329, ambos do CPC, por ser a autora parte ilegítima para propor a presente ação.

Sustenta a apelante que sendo casada com um dos herdeiros, pelo regime de comunhão universal de bens, é parte legítima para promover a presente ação anulatória de ato jurídico.

Argumenta que a partilha contém erros de ordem material, além de vícios passíveis de nulidade do ato, realizados sem a sua participação e anuência, passíveis de nulidade.

Requer o provimento do recurso para o fim de julgar insubsistente a sentença recorrida, determinando o regular prosseguimento da ação.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Sonia Prestes Loureiro, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Camapuã, nos autos da Ação Anulatória de Partilha que move em face de Julinha Andrade da Cunha, Filintro Ferreira da Cunha, Helena Cunha Almeida, Arlene Maria Ferreira, Cacildo Ferreira Sobrinho e Liene Osório da Conceição, que julgou extinta a ação, sem resolução de mérito, com suporte no art. 267, VI c/c 329, ambos do CPC, por ser a autora parte ilegítima para propor a presente ação.

Sustenta a apelante, em síntese, que por ser casada com um dos herdeiros, pelo regime de comunhão universal de bens, é parte legítima para promover a presente ação anulatória de ato jurídico, visando a anulação da partilha.

Em que pesem os argumentos da apelante, a sentença não esta a merecer reformas.

Consoante exposto pelo julgador monocrático, a apelante não é herdeira, eis que é apenas esposa de um dos herdeiros e nora do autor da herança e, nessa qualidade, não possui legitimidade ativa para pleitear a anulação da partilha da qual participaram todos os herdeiros do falecido, inclusive seu marido.

Dispõe o art. 2.015 do Código Civil:

> Art. 2.015 – Se os **herdeiros** forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz. (destacado)

Como se vê, os legitimados para a partilha amigável são os herdeiros, sendo que a apelante, mesmo casada sob o regime de comunhão universal de bens, não se enquadra nesse conceito, já que é apenas meeira do seu marido, em relação aos bens deixados pelo seu sogro.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento no sentido de que somente os herdeiros ou o cônjuge sobrevivente tem legitimidade para propor a ação de anulação de partilha, *verbis*:

> PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. 1. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PARTILHA E AÇÃO RESCISÓRIA DE PARTILHA. Só os herdeiros ou o cônjuge sobrevivente têm legitimidade para propor a ação de anulação de partilha e a ação rescisória de partilha. 2. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. O proprietário e o possuidor prejudicados pelo registro imobiliário resultante de documentos falsos podem propor a respectiva ação de anulação. Recurso especial conhecido e provido em parte.(REsp n. 51539/RS, Terceira Turma, Min. Ari Pargendler, julgado em 10.8.1999, DJ 13.9.1999, p. 62).

No mesmo sentido:

> AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PARTILHA - VIÚVA DE FILHO PRÉ-MORTO - ILEGITIMIDADE ATIVA. **Somente os herdeiros e o cônjuge sobrevivente têm legitimidade para o ajuizamento da ação anulatória de partilha.** Se o falecimento do herdeiro, casado sob o regime de comunhão universal de bens, ocorreu em data anterior à da morte de sua genitora, sua viúva não tem legitimidade ativa para pleitear a anulação de partilha já efetivada." (TJ/MG, AC n. 1.0024.05.785012-5, Rel. Wander Marotta, julgado em 14.3.2006 DJ 20.4.2006).

> AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA. APELAÇÕES. AGRAVO RETIDO. ILEGITIMIDADE DA ESPOSA PARA RECORRER. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO DE APELAÇÃO. 1. A esposa do herdeiro que busca a anulação da partilha é com ele casada pelo regime da comunhão parcial e carece de interesse processual, mormente quando deveria ter buscado sua habilitação perante o juízo de primeiro grau e não o fez, não lhe sendo lícito trazer outra causa de pedir na referida ação. 2. Não configurado litisconsórcio, não goza a parte do prazo dobrado, sendo que o recurso deveria ter sido interposto no prazo de 15 dias. Como a tempestividade é requisito de admissibilidade, sua ausência constitui óbice intransponível ao conhecimento da pretensão recursal. 3. Quando a parte procede de forma temerária, valendo-se de artifícios para tumultuar o processo, fica configurada a litigância de má-fé. Recursos não conhecidos. (TJRS, AC n. 70005939756, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 28.5.2003).

Assim, escorreita a sentença que julgou extinta a presente ação, pelo reconhecimento da ilegitimidade da apelante para figurar no pólo ativo da presente ação.

Pelo exposto, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 18 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.030225-5 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EXCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR DOS CADASTROS DA SERASA – CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO § 2º DO ART. 43 DO CDC – COMUNICAÇÃO PRÉVIA DO CONSUMIDOR – ÔNUS DO ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DISPENSA DO AVISO DE RECEBIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

O art. 43, § 2º, estabelece que é necessária a comunicação por escrito do consumidor para que seja efetivada a sua inscrição nos órgãos de restrição ao crédito.

O aviso de recebimento de carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros é dispensável, sendo bastante a comprovação que a correspondência foi enviada no endereço fornecido pelo devedor.

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.

Campo Grande, 23 de novembro de 2009.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Trata-se de apelação cível interposta por Francisco Mariano de Medeiros, por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização Por Danos Morais que move em face de Serasa S. A., objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, extinguindo o feito com resolução do mérito, condenando o apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios estes em R$ 1.000,00 (um mil reais), cuja cobrança ficará adstrita à hipótese do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

O apelante afirma que em razão da ausência da prévia comunicação pela recorrida, resta demonstrada a violação ao disposto no art. 43 do CDC, razão pela qual deve responder objetivamente (art. 14 do CDC) pelo seu ato, eis que no caso o dano é presumido.

Argumenta que a apelada não se desincumbiu de comprovar a efetiva comunicação do apelante mediante o recebimento do A.R., uma vez que os documentos acostados aos autos não confirmam a respectiva notificação, apenas demonstram um relação geral de correspondência que não é suficiente para comprovar o previsto artigo 43, § 2.º do Código de Defesa do Consumidor.

Entende que neste tipo de situação, a demonstração do ato ilícito e do nexo de causalidade é suficiente para o reconhecimento do dano extrapatrimonial, haja vista que a permanência do nome nesses registros acaba causando uma série de prejuízos.

Requer o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença e julgar procedente o pedido de indenização por danos morais, em importância a ser fixada por este Colegiado, com a consequente condenação da recorrida nas custas processuais e honorários advocatícios.

Em contrarrazões o apelado manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Francisco Mariano de Medeiros, por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização Por Danos Morais que move em face de Serasa S. A., objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, extinguindo o feito com resolução do mérito, condenando o apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios estes em R$ 1.000,00 (um mil reais), cuja cobrança ficará adstrita à hipótese do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

Em que pesem os argumentos do apelante, a sentença deve ser confirmada.

A sentença julgou improcedente o pedido formulado na exordial, ao fundamento de que a requerida comprovou documentalmente o envio, por escrito, da comunicação exigida pelo artigo 43, § 2º do CDC, diretamente ao mesmo endereço residencial indicado pelo requerente em sua peça exordial, sendo desnecessário o Aviso de Recebimento – AR na comunicação ao consumidor sobre negativação de seu nome.

Cumpre esclarecer que vinha adotando o entendimento de que a notificação de inscrição em cadastro de proteção ao crédito deveria ser feita mediante o aviso de recebimento – AR, eis que a lei consumerista privilegia a parte mais fraca da relação de consumo, não podendo ser admitida que a comprovação da notificação ficasse a cargo do consumidor.

Não obstante, em que pese o entendimento adotado por este relator, é forçoso reconhecer que a jurisprudência já vinha, há algum tempo, caminhando em sentido contrário, firmando convicção no sentido de que é dispensável a apresentação do aviso de recebimento – AR para a comunicação ao consumidor sobre negativação de seu nome.

Esse entendimento restou pacificado com a entrada em vigor da lei n. 11.672/08, que regulamentou o procedimento dos recursos repetitivos e, culminou no julgamento do REsp n. 1.083.291/RS, da relatoria da Ministra Nacy Andrighi (2ª seção do STJ), que tratou da questão referente a dispensa de comprovação, mediante AR, do recebimento pelo devedor da correspondência mediante a qual ele é cientificado previamente da inscrição de seu nome em cadastros de inadimplentes, da seguinte forma:

CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Consolida a 2ª Seção desta Corte o entendimento de que basta, para cumprimento do dever estabelecido no § 2º do art. 43, do CDC, que Órgãos Mantenedores de Cadastros Restritivos comprovem o envio de correspondência ao endereço fornecido pelo credor, sem que seja necessário a comprovação do efetivo recebimento da carta, mediante AR.."

Por sua vez, denota-se que a matéria está sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça: *"Súmula 404 – É dispensável o Aviso de Recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros."*

Vê-se, portanto, dentro do cenário jurídico atual que o julgado que tratar de matéria repetitiva, como é o caso da dispensa do Aviso de Recebimento - AR na comunicação ao consumidor sobre negativação de seu nome deverá forçosamente ser observado pelos Tribunais e Juízes singulares, com força de súmula vinculante.

Diante desta realidade, contrariar o entendimento das Cortes Superiores significa andar na contramão da direção, porquanto como bem salientou o Des. Dorival Renato Pavan, por ocasião do julgamento da Apelação cível n. 2009.003487-1*: "[...] não adianta se irresignar contra a decisão superior, porque bastará, no recurso especial que vier a ser interposto pela parte, mero pedido de aplicação do paradigma, que será feito por despacho do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, restabelecendo a orientação e a diretriz imprimida por aquele tribunal em relação à matéria decidida. [...]"* (AC n. 2009.003487-1, Quarta Turma Cível, julgado em 3.3.2009).

Assim, com reserva do meu entendimento pessoal, passo a analisar a questão referente à notificação do apelante sobre possível inscrição em cadastro de proteção ao crédito, segundo o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça.

Estabelece o artigo 43, § 2º, que:

> Art. 43 - O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá aceso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.
>
> [...]
>
> § 2º - A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

Como se observa do regramento legal supramencionado, o consumidor possui o direito de ser comunicado, por escrito, da abertura de cadastro, ficha, registro, dados pessoais e de consumo.

No caso, a comunicação deve ser feita antes da colocação da informação no domínio público, a fim de permitir ao consumidor não só a ciência da inscrição, mas a possibilidade de defesa contra eventuais abusos, incorreções, débitos indevidos ou a possibilidade de renegociação da dívida, antes que a inadimplência torne-se pública.

A esse respeito, ensina Antônio Herman de Vasconcellos, que cita Leonardo Roscoe Bessa, *in* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado:

> A comunicação deve ser feita antes da colocação da informação no domínio público. É preliminar a tal.

> Logo, lembra Roscoe Bessa, "antes da comunicação ao titular dos dados, é ilícita qualquer transferência de informações a terceiros". E complementa: "não basta expedir a comunicação. O correto é, além da certeza quanto à efetiva comunicação do registro, conceder prazo razoável, pelo menos de cinco dias, para eventual exercício do direito à retificação. (Obra citada, 8ª Edição, p. 458.)

Cumpre asseverar que a falta de comunicação prévia do consumidor importará no cancelamento do registro, com a conseqüente exclusão do nome dele do órgão restritivo, conforme se infere do julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA AO CONSUMIDOR. DESCUMPRIMENTO DO ART.43, § 2º, DO CDC. ILEGALIDADE DO REGISTRO. CANCELAMENTO. CHEQUE. PRESCRIÇÃO DA EXECUTIVIDADE DO TÍTULO. ART. 43, § 1º, DO CDC.PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE COBRANÇA. ESGOTAMENTO DO PRAZO QÜINQÜENAL DO REGISTRO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NÃO EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO POR TAL FUNDAMENTO. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.
>
> [...]
>
> 2. É necessária a prévia comunicação ao devedor, por parte da administradora do banco de dados, acerca da inscrição do seu nome em cadastro de inadimplentes, sob pena de ilegalidade e de cancelamento do registro, ante a inobservância do previsto na norma inserta no artigo 43, § 2º, do CDC. [...] (REsp n. 789046, Quarta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 24.4.2007, DJ 21.5.2007, p. 586).

Contudo, segundo entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 404), é dispensável o aviso de recebimento – AR na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros.

Como se observa dos autos, existem documentos que comprovam que a empresa apelada comunicou ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros, caso não efetuasse o pagamento pelo prazo de 10 dias, consoante disposto no art. 43, § 2º, do CDC. (f. 40-49)

Por certo que o dispositivo legal em comento não determina de que modo deve ser feita a notificação. Contudo, vê-se pelos documentos apresentados, que a correspondência enviada pela apelada contém o mesmo endereço fornecido pelo apelante.

Assim, como houve comprovação quanto a notificação prévia do apelante, não merece reparos a sentença recorrida.

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 23 de novembro de 2009.

***

Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2006.004344-8/0001-00
Dourados - Primeira Seção Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

E M E N T A – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO HOSPITAL – ATENDIMENTO PRESTADO PELO MÉDICO–PLANTONISTA DO PRONTO – SOCORRO – INADEQUADO – ÓBITO DO PACIENTE – NEGLIGÊNCIA – CARACTERIZADA – NEXO CAUSAL – NÃO COMPROVADO – APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A responsabilidade civil das entidades hospitalares é objetiva, não exigindo do paciente a comprovação da culpa do nosocômio, mas tão-somente a prova do dano e do nexo de causalidade.

A teoria da perda da chance determina a existência do dever de indenizar quando, em que pese a impossibilidade de comprovar o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, estiver demonstrado que o réu deixou de empreender todas as diligências possíveis para minimizar a possibilidade de ocorrência do evento danoso.

Recurso conhecido e não provido.

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, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, unânime. Ausente, justificadamente, o 2º vogal.

Campo Grande, 9 de setembro de 2009.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de embargos infringentes em apelação cível interpostos por Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King – Administrado pela ABD contra o acórdão da lavra dos desembargadores integrantes da Quinta Turma Cível desta Corte que *"por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o vogal"*.

O embargante alega, em síntese, que:

> [...] preliminarmente, cumpre manifestar sua discordância quanto ao afastamento da preliminar de falta de dialeticidade, uma vez que, no entendimento da embargante, a petição recursal dos apelantes de f. 186-194, fere frontalmente o princípio recursal alegado, que exige

como conteúdo do recurso, os fundamentos de fato e de direito que embasam o inconformismo, sendo que, a petição recursal apresentada repete parte do teor da sentença de f. 176-183, transcreve julgados e apresenta, em apenas três parágrafos, todas suas razões recursais, onde modifica apenas a forma do teor das alegações lançadas no curso do processo (f. 246).

[...] a teoria da perda da chance aplicada, tem aplicabilidade quanto a probabilidade de obter um proveito que foi abastada única e exclusivamente pelo ato ilícito de terceiro. Ressalte-se que este instituto não busca o ressarcimento pela vantagem perdida, vez que visa a perda de uma oportunidade de conquistar aquela vantagem ou evitar algum prejuízo, que não está ligado ao resultado final, assim a procura da reparação não é do dano, mas sim da chance. (f. 247)

[...] para que se impute a responsabilidade pela indenização a alguém, há de se ter demonstrado que o dano experimentado efetivamente decorreu do ato ilícito praticado pelo agente. Não basta, portanto, a existência de dano e do ato culposo, há de ser demonstrado que aquele foi decorrente deste ato, devendo haver a correspondência lógica entre um e outro (f. 251).

[...] diante dos fatos apresentados, percebe-se que tanto o médico requerido quanto o hospital não agiram com culpa, já que ofertaram atendimento médico-hospitalar quando procurados. Tanto o médico requerido, bem como, os demais servidores de saúde, ofertaram atendimento de acordo com os sintomas externados e os padrões técnicos usualmente utilizados (f. 256).

[...] a obrigação de resultado, no ramo da atividade médica, só acontece com relação às cirurgias estéticas e não reparadoras, o que não ocorreu na hipótese dos autos. No caso específico dos hospitais, a responsabilidade será objetiva somente no que se referir diretamente aos serviços prestados pelo estabelecimento, ou seja, aqueles que digam respeito à internação, às instalações físicas, aos equipamentos, aos serviços auxiliares, como enfermagem, exames radiologia etc... e não aos serviços profissionais dos médicos que ali atuam ou que prestem serviços ao estabelecimento. (f. 259)

[...] na hipótese de Vossas Excelências não acolherem as teses acima defendidas, o que evidentemente não se espera, é de se analisar que o valor da condenação a título de danos morais, foi vultosa. (f. 262)

[...] havendo o reconhecimento da aplicação da teoria da perda de uma chance, para se formar um juízo valorativo de condenação em indenização por dano moral, deve-se avaliar de forma contundente, quão foi efetivamente perdida a chance com base na ciência estatística, sendo que, a sua quantificação deve ter como parâmetro a reparação da chance perdida pela vítima, não devendo ser igualada a vantagem em que teria resultado esta chance, caso ela tivesse realizado, pois nunca a chance esperada é igual a certeza realizada (f. 264).

Requer seja dado provimento aos presentes embargos infringentes para [...] o consectário reexame do objurgado acórdão de f. 226-240 por parte desta Colenda Câmara, a fim de que sejam acatados os judiciosos e procedentes fundamentos exarados pelo conspícuo Desembargador-Vogal Luís Tadeu Barbosa Silva em seu voto minoritário, às f. 238-240, com o propósito de ser julgado improcedente os pedidos contidos na inicial[...] (f. 265).

O embargado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões (f. 271-282).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de Embargos Infringentes em Apelação Cível interpostos por Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King – Administrado pela ABD contra o acórdão da lavra dos desembargadores integrantes da Quinta Turma Cível desta Corte que *"por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o vogal"*.

O embargante requer seja dado provimento aos presentes embargos infringentes para prevalecer o voto vencido proferido pelo Des. Luís Tadeu Barbosa Silva.

Sem razão, contudo, o recorrente

O recurso, portanto, não merece provimento.

Anote-se, por primeiro, que o recurso de apelação cível interposto pelos ora embargados, não obstante guarde forte semelhança com a peça inicial e as alegações finais apresentadas, contém os fundamentos de fato e de direito que embasaram o seu inconformismo, demarcando a extensão do contraditório perante este órgão recursal, apontando as razões pelas quais pretendem a reforma da sentença, tanto que possibilitou ao recorrido manifestar a sua contrariedade.

Assim, ao contrário do que alegam os embargantes, não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.

No mérito, verifica-se dos autos que Cristiano Lima de Carvalho, 21 anos, filho dos ora embargados, no dia 3.12.2003, às 2 horas, procurou o pronto-socorro do hospital embargante em razão de fortes dores abdominais e febre, tendo sido atendido pelo médico plantonista, Dr. Luciano Matbeussi, que lhe ministrou soro e Buscopan.

O referido médico, alegando melhora do quadro clínico, indicou que o paciente procurasse acompanhamento médico-ambulatorial em posto de saúde, o que fez o rapaz, tendo vindo a óbito durante uma crise convulsiva sofrida na fila do posto, à espera de atendimento, apenas cerca de três horas depois da consulta descrita.

O exame necroscópico foi realizado no mesmo dia do óbito, às 13 horas, tendo o médico legista concluído pela normalidade do órgãos internos e causa da morte falência de múltiplos órgãos, por septicemia (infecção generalizada).

Anote-se, por primeiro, que a responsabilidade civil das entidades hospitalares é objetiva, não exigindo do paciente a comprovação da culpa do nosocômio, mas tão-somente a prova do dano e do nexo de causalidade.

Sobre o tema, leciona Sérgio Cavalieri Filho[1]:

> Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. Esta responsabilidade, como se constata da leitura do próprio texto legal, tem por fundamento o fato gerador do serviço, que, fornecido ao mercado, vem dar causa a um acidente de consumo. O serviço é defeituoso quando, diz o artigo § 1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não oferece a segurança necessária que o consumidor do produto pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se espera e a época em que foi fornecido. (Destaquei)

1 **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.380.

Assim, insista-se, tratando-se de responsabilidade objetiva, basta que o lesado comprove a existência do dano e do nexo de causalidade entre a conduta do prestador de serviços e o sofrimento por ele experimentado, cabendo ao fornecedor de serviços a prova das excludentes de responsabilidade.

No caso, observa-se dos autos que o ato do médico em questão se limitou à consulta e prescrição de soro e buscopan a Cristiano Lima de Carvalho. Destarte, como bem anotou o Des. Sideni Soncini Pimentel quando proferiu o voto condutor no acórdão embargado, "*desnecessária a opinião de um perito para concluir que o erro de diagnóstico do plantonista é evidente, uma vez que ministrou medicação meramente paleativa, apenas amenizando a dor do paciente, para uma enfermidade que de tão grave lhe causou a morte em cerca de três horas. Ademais, há de se questionar o motivo do médico não ter constatado (f. 119) e combatido a febre que acometia o doente, que pode ter sido a causa da convulsão que sofreu tão logo (f. 67- v)*" (f. 230).

Assim, não obstante as alegações do embargante, de que não há comprovação de erro médico no atendimento, o simples fato do paciente ter falecido 3 horas depois em uma fila de posto de saúde já é o suficiente para a conclusão de que houve sim no mínimo negligência.

Ressalte-se, por outro lado, que o laudo necroscópico concluiu que Cristiano veio a óbito em decorrência de falência múltipla de órgãos por infecção generalizada.

Ora, como sabido, Buscopan e soro não são medicamentos indicados para combater infecção. Portanto, houve erro grosseiro de diagnóstico, pois o médico não se ateve à gravidade do estado de saúde do paciente.

Fixada essa premissa, cumpre verificar se o erro ocorreu por negligência, imprudência ou imperícia do médico plantonista, para concluir pela sua culpa ou não.

Na hipótese vertente, é difícil determinar qual seria o atendimento, tratamento e encaminhamento adequado para Cristiano, pois não foi declarado nos autos de que mal ele sofria, nem qual a origem da infecção, que, como visto, tornou-se generalizada e implicou em falência de múltiplos órgãos, causando-lhe a morte.

Contudo, é patente que Cristiano padecia de um quadro infeccioso grave, que não foi percebido pelo médico plantonista do pronto-socorro, profissional este que tinha por dever identificar, senão ao menos desconfiar, determinando a administração de medicamentos mais eficazes, internação e realização de exames mais específicos.

Ora, se Cristiano procurou o pronto-socorro do hospital às 2:00 horas da madrugada, este fato por si só indica a gravidade e a urgência de seu estado de saúde.

Ademais, não há nos autos nenhuma atitude que demonstre uma maior correção no atendimento do paciente, pois este nem ao menos foi mantido sob observação após a medicação indicada, tampouco houve o cuidado de apresentação ou anotação de seu prontuário, documento este que seria hábil a apontar a compatibilidade entre os remédios e os sintomas percebidos.

Por tais razões, conclui-se que, de fato, houve erro do médico-plantonista, na modalidade culposa, em razão de sua negligência por omissão de providências capazes de impedir a morte do paciente.

Assim, demonstrada a culpa, mister verificar o nexo causal entre a conduta lesiva e o dano efetivo.

No caso, como já afirmado, não foi declarado de que mal sofria o paciente, nem qual a origem da infecção, que se tornou generalizada e implicou em falência de múltiplos órgãos, causando-lhe a morte. Contudo, caso Cristiano tivesse sido internado e recebido o tratamento adequado, tal providência por si só não garantiria que iria sobreviver, mas certamente teria ele uma chance, razão pela qual é perfeitamente aplicável a teoria da perda da chance.

Anote-se, por oportuno, que a teoria da perda da chance surge na doutrina da responsabilidade civil justamente para determinar a existência do dever de indenizar quando, em que pese a impossibilidade de comprovar o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, estiver demonstrado que o réu deixou de empreender todas as diligências possíveis para minimizar a possibilidade de ocorrência do evento danoso.

Sobre o tema, oportuna a lição de Fernanda Schaefer[2]:

> É uma teoria desenvolvida na França que caracteriza a perda de uma chance como um tipo especial de dano. Surge quando pela intervenção médica o paciente perde a possibilidade de se curar ou de se ver livre de determinada enfermidade. Admite-se, porém a culpa do médico sempre que sua ação ou omissão comprometa as chances de vida ou de integridade do paciente. [...] Esta teoria afirma não ser necessário demonstrar o nexo de causalidade entre a culpa e o dano, pois a culpa já estaria configurada no simples fato de não ter dado a chance ao paciente" (**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO & ERRO DE DIAGNÓSTICO**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p.75-76). Complementa o entendimento desta teoria João Monteiro de Castro: "A teoria da perda de uma chance é uma evolução jurisprudencial francesa e tem o objetivo de aliviar a carga probatória da causalidade, a cargo da vítima, entre a culpa e o dano" (**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDI**CO. São Paulo: Editora Método, 2005, p.191). E diz mais o mesmo autor: "Esta teoria corresponde a uma corrente jurisprudencial que começou a ganhar corpo na França na década de 60. Por ela ao médico é imposta uma obrigação parcial de indenizar se, por culpa sua, faz perder ao doente, uma chance palpável de cura ou sobrevivência. Na França é designada por perte de chance de guérison ou de survie" (op. cit., p.193), ou seja, perda de chance de cura ou de sobrevivência. E, complementa: "Daí em diante, a teoria foi aplicada em vários casos, tanto na perda de chance de cura quanto perda de chance de sobreviver, mas esposando o entendimento de que somente autorizava uma indenização parcial do dano. [...] Não há como afastar que a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência vale-se de um artifício para contornar o obstáculo que é a exigência de uma causalidade certa entre a culpa médica provada e o dano igualmente estabelecido" (op.cit., p.194)." (Destaquei)

No mesmo diapasão, eis a remansosa jurisprudência:

> EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSA-BILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PERDA DE UMA CHANCE. Conduta negligente do profissional da área médica que contribuiu para a evolução do quadro clínico da paciente de forma insatisfatória. DEVER DE CAUTELA QUANTO AOS PROCEDIMENTOS PRÉ-OPERATÓRIOS E PÓS-OPERATÓRIOS. Dever de cautela que não foi observado pelo profissional da área médica, que deixou de atentar às peculiaridades do estado clínico da paciente, contribuindo para o evento, ainda que não se possa afirmar que a conduta foi decisiva para o resultado. Dispensa de acompanhamento profissional especializado na área de cardiologia que poderia ter contribuído para reduzir o risco de ocorrência de complicações provenientes do pós-operatório e quiçá, o resultado. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. A essência da teoria está justamente na ocorrência de indícios capazes de apontar a responsabilidade do agente, ainda que não haja certeza de que a conduta tenha contribuído para o resultado danoso. VOTO VENCEDOR MANTIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO QUE SE MOSTRA EM CONSONÂNCIA COM AS PARTICULARIDADES DO CASO EM COMENTO. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS.[3](Destaquei)

2 Disponível em http://www.amb.org.br/inst_artigos_template.php3?pagina=art_149; consulta realizada em 4 de setembro de 2009.

3 Embargos Infringentes n 70023108350, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 1.8.2008.

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE DE HOSPITAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE (PERTE DUNE CHANCE), QUE ALARGA O NEXO DE CAUSALIDADE, POSSIBILITANDO A RESPONSABILIDADE MÉDICA, AINDA QUE NÃO OCORRA O ERRO MÉDICO PROPRIAMENTE DITO, SENDO SUFICIENTE A OCORRÊNCIA DE CONDUTAS NEGLIGENTES OU FALTA DE DIAGNÓSTICO PRECISO. NO CASO, HOUVE FALTA DE UM DIAGNÓSTICO PRECISO, ALÉM DE TER HAVIDO ERRO DE PROCEDIMENTO, QUANDO A TRAQUÉIA FOI LESIONADA NA INTUBAÇÃO, EMBORA A INFECÇÃO CAUSADA PELA LESÃO NÃO TENHA SIDO A CAUSA MORTIS DO PACIENTE, MOTIVO PELO QUAL A SENTENÇA FOI DE IMPROCEDÊNCIA. PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE, AINDA QUE O ERRO NO PROCEDIMENTO NÃO TENHA SIDO A CAUSA MORTIS, O FATO DE O PACIENTE NÃO TER TIDO A CHANCE DE SOBREVIVER, EM RAZÃO DA FALTA DE SEGURANÇA DA EQUIPE DAS RÉS EM CONCEDER UM DIAGNÓSTICO PRECISO, JÁ IMPORTA NA CONDENAÇÃO DO HOSPITAL PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS PELA ESPOSA DO FINADO, EM VIRTUDE DO FALECIMENTO DESTE. VERBA COMPENSATÓRIA QUE SE FIXA EM R$ 40.000,00. RECURSO PROVIDO, EM PARTE.[4] (Destaquei)

Assim, em que pese não se ter a certeza de qual foi a origem da infecção que levou a morte o paciente, o tratamento e encaminhamento inadequados realizados pelo médico do hospital-embargante foram determinantes para impossibilitar qualquer chance de cura ou sobrevivência.

Inafastável, portanto, a responsabilidade civil do hospital-embargante, demonstrada a culpa do médico-plantonista, cujo nexo de causalidade encontra-se caracterizado, de onde se extrai o dever de indenizar.

Ante o exposto, nego provimento aos presentes embargos infringentes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 2º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Rêmolo Letteriello, Hildebrando Coelho Neto e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 9 de setembro de 2009.

***

4 Ementário: 20/2008 - n. 16 – 12.6.2008 REV. DIREITO DO T.J.E.R.J., vol 77, pag 271; Precedente Citado : TJRJ AC n. 2006.001.53158, Rel. Des. Edson Vasconcelos, julgado em 24.1.2007.

Apelação Cível n. 2006.014845-6 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – FATURAS NÃO PAGAS – ENTIDADE FILANTRÓPICA – ICMS SOBRE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA – NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 14, DO CTN – RECURSO IMPROVIDO.

O ICMS não está elencado dentre os impostos previstos no artigo 150, inciso VI, alínea "c", da Carta Magna.

O reconhecimento de imunidade tributária de entidade filantrópica está condicionado à comprovação do cumprimento dos requisitos elencados no artigo 150, da Constituição Federal e artigo 14, do Código Tributário Nacional.

O benefício em epígrafe deve ser reclamado ao Poder Público e não à concessionária do serviço de distribuição.

APELAÇÃO CÍVEL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORADOS – RECURSO PROVIDO.

Nas sentenças condenatórias, os honorários advocatícios devem ser arbitrados em percentual sobre o valor da condenação, em observância ao disposto no § 3º, artigo 20, do Código de Processo Civil.

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 da Associação Beneficente de Campo Grande e prover o apelo de Enersul, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de outubro de 2009.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelações cíveis interpostas contra a sentença que julgou procedente o pedido contido na ação de cobrança proposta por Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. – Enersul em face de Associação Beneficente de Campo Grande – Mantenedor do Hospital de Caridade Santa Casa.

A apelante Associação Beneficente de Campo Grande – Mantenedor do Hospital de Caridade Santa Casa busca a reforma da sentença hostilizada, asseverando, em síntese, que:

> De fato a apelante não quitou as aludidas faturas. E não o fez por um motivo especial: encontra-se albergada pela imunidade prescrita no **art. 150, VI, "c"**, cuja redação segue [...] (f. 205) – grifos no original.
>
> Demais disso, a imunidade da qual é dotada a apelante, por força do dispositivo constitucional transcrito, não pode ser burlada por meio de uma simples interposição de pessoa. (f. 206)
>
> [...] por estar imune ao tributo ICMS, as faturas enviadas à Santa Casa contém valor a maior que o devido, de forma que devem ser corrigidas, sem o acréscimo do ICMS. (f. 209)

Ao final, a recorrente requer que "*[...] a sentença prolatada em primeira instância seja reformada, a fim de que a condenação imposta à apelante seja reduzida, em decorrência da imunidade ao ICMS a que tem direito.*" (f. 210)

Em contrarrazões (f. 228-234), a apelada pugna pela manutenção da sentença.

A Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A – Enersul em seu recurso adesivo às f. 236-244, afirma, por sua vez, que:

> […] é de se destacar que a matéria aqui posta em cotejo esta jungido pelo Art. 20, § 3º do estatuto de processo civil, cujos parâmetros não poderiam ter sido abandonados pelo magistrado a quo. (f. 241)
>
> […] analisando-se a decisão recorrida é de se averiguar que esta se divorciou da interpretação dada pela jurisprudência ao referido dispositivo processual, na medida que fixou a verba honorária sucumbencial **no irrisório percentual de aproximadamente 0,2% (zero virgula dois por cento) sobre o valor da condenação**. (f. 243) – grifos no original -
>
> Sendo assim, impõe-se a reformado julgado, para o fim de se fixar a condenação inerente aos honorários sucumbenciais segundo o critério definido pelo § 3º, do artigo 20, do CPC, estabelecendo-o entre 10% e 20% sobre o valor da condenação. (f. 243)

Por derradeiro, a recorrente pugna pelo "*[...] total provimento do presente recurso para, em reforma à sentença de primeiro grau, se fixe o percentual da sucumbência em conformidade com os parâmetros delineados pelo § 3º, do artigo 20, do estatuto processual civil, que, segundo a orientação jurisprudencial, haverá de situar-se entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.*" (f. 244)

A apelada apresentou contrarrazões às f. 271-277.

VOTO (EM 8.9.2009)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas contra a sentença que julgou procedente o pedido contido na ação de cobrança proposta por Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A – Enersul em face de Associação Beneficente de Campo Grande – Mantenedor do Hospital de Caridade Santa Casa.

Analiso primeiramente o recurso de apelação interposto pela requerida Associação Beneficente de Campo Grande – Mantenedor do Hospital de Caridade Santa Casa.

As súplicas da apelante não merecem ser providas.

A apelante alega que goza da imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição Federal de 1988, assim redigido:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedada a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> […]
>
> VI – instituir impostos sobre: [...]
>
> c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

Pois bem. Aludido dispositivo veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

Todavia, o ICMS não incide sobre patrimônio, renda ou serviço, mas sim sobre operações relativas à circulação de mercadorias e, na hipótese, sua incidência se deu quando do fornecimento da energia elétrica pela ora apelante.

Destarte, não há falar em imunidade tributária, pois o ICMS não está elencado dentre os impostos previstos no artigo 150, inciso VI, alínea "c", da Carta Magna.

Por outro norte, cumpre lembrar que além de incumbir à apelante a comprovação dos cumprimento dos requisitos previstos no artigo 14, do Código Tributário Nacional[1], ônus o qual não se desincumbiu, aludido benefício deveria ter sido postulado contra a Fazenda Pública, que é a credora do tributo, porquanto a concessionária de energia elétrica atua no caso como mera substituta tributária, pois somente calcula, exige e repassa mensalmente ao Estado o valor incidente sobre o consumo de energia elétrica.

Eis a posição da Primeira Turma Cível a respeito do tema:

> E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – ENTIDADE FILANTRÓPICA – ICMS SOBRE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL.
>
> 1. Sem a demonstração de que a entidade filantrópica está legalmente imune da incidência do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, não é possível reconhecer o benefício,

1 "Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:
I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela LC n. 104, de 10.1.2001)
II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;
III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.
§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.
§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

> que, aliás, deveria ter sido reclamado do Poder Público e não da concessionária do serviço de distribuição.
>
> 2. Tratando-se de dívida em valores certos e com prazos de vencimentos estabelecidos, a atualização deve ser feita a partir da data em que a obrigação deveria ser cumprida.
>
> 3. Havendo sucumbência recíproca, os seus encargos devem ser proporcionalmente distribuídos entre os litigantes.[2]

Logo, na hipótese, a sentença hostilizada não merece censura neste ponto.

O recurso adesivo interposto pela requerente Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A - Enersul merece guarida.

Como cediço, a lei processual civil adotou como critério para o arbitramento dos honorários advocatícios a natureza da tutela jurisdicional concedida.

No caso, a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de cobrança tem natureza condenatória, devendo, portanto, os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência ser arbitrados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, levando-se em consideração 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, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, assim redigido:

> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. […]
>
> § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:
>
> a) o grau de zelo do profissional;
>
> b) o lugar de prestação do serviço;
>
> c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Assim, em observância às peculiaridades da causa, fixo a verba advocatícia em 10% sobre o valor da condenação, com fulcro no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Esse mesmo entendimento, aliás, já manifestou a Primeira Turma Cível, conforme depreende-se da seguinte ementa:

> E M E N T A – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO POR EXTRAVIO DE DEPÓSITO JUDICIAL – PRESCRIÇÃO – ART. 168, IV, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – PREJUDICIAL REJEITADA – DEVOLUÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL REALIZADO HÁ MAIS DE 40 ANOS, NO INTERESSE DE MENORES –

2 TJMS, AC n. 2005.017522-3, Rel. Des. Josué de Oliveira, julgado em 3.6.2008.

PROVIDÊNCIA QUE SE IMPÕE – OBRIGAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE GUARDAR E CONSERVAR O DINHEIRO A ELA CONFIADO – LEI N. 9.526/97 – TRANSFERÊNCIA DOS VALORES PLEITEADOS PARA O BANCO CENTRAL – PUBLICAÇÃO DE EDITAL – AUSÊNCIA DE PROVA – ÔNUS QUE COMPETIA AO RÉU – ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – EXTINÇÃO DO CONTRATO DE DEPÓSITO PELO ABANDONO – LEI N. 370/37 – INOCORRÊNCIA – CORREÇÃO MONETÁRIA – PRESERVAÇÃO DO VALOR NOMINAL DA MOEDA – INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO DEPÓSITO – JUROS DE MORA E JUROS REMUNERATÓRIOS – CUMULAÇÃO – CABIMENTO – JUROS MORATÓRIOS – PEDIDO IMPLÍCITO – ART. 293 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SENTENÇA ALTERADA PARA MAJORAÇÃO DA VERBA, COM FIXAÇÃO EM 15% DO VALOR DA CONDENAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 20, § 3º, LETRAS "A" A "C" DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE – RECURSO DO RÉU IMPROVIDO E DAS AUTORAS PROVIDO.

[…]

Os honorários advocatícios, nas sentenças condenatórias, devem ser arbitrados em percentual sobre o valor da condenação, em observância ao disposto no § 3º art. 20 do Código de Processo Civil.[3]

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto pela Associação Beneficente de Campo Grande – Mantenedor do Hospital de Caridade Santa Casa e dou provimento ao recurso adesivo interposto pela Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A – Enersul, para alterar o critério de fixação dos honorários advocatícios, fixando-os em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO PARA A SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO REVISOR, DES. JOENILDO DE SOUZA CHAVES, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE CAMPO GRANDE E DAR PROVIMENTO AO APELO DE ENERSUL. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 6.10.2009)

O Sr. Des. Joenildo de Souza Chaves (Revisor)

Trata-se de apelações cíveis interpostas pela autora, Enersul S.A., e pela ré, Sociedade Beneficente de Campo Grande – Santa Casa, contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado na presente ação de cobrança.

A ré-apelante, Sociedade Beneficente de Campo Grande – (Hospital Santa Casa), objetiva a reforma da sentença asseverando que, por se tratar de entidade filantrópica, está imune quanto à incidência do ICMS sobre consumo de energia elétrica. Alega que sua imunidade tributária encontra guarida no art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, de maneira que as faturas de energia devem ser corrigidas, sem o acréscimo do ICMS.

De outro lado a autora-apelante, Enersul S.A., através de seu recurso de apelação adesivo, busca a majoração dos honorários de sucumbência, em conformidade com os parâmetros delineados pelo § 3º, do art. 20, do CPC.

3 TJMS, AC n. 2007.027260-2, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 7.7.2009.

Em julgamento iniciado na sessão de 8.9.2009 o eminente relator, Des. Sérgio Fernandes Martins, negou provimento ao recurso de apelação da Associação Beneficente de Campo Grande e deu provimento ao recurso adesivo interposto pela Enersul, diante do que, pedi vista dos autos para melhor examiná-los e proferir com segurança minha decisão, que doravante passo a expor.

A pretensão recursal da ré, Associação Beneficente de Campo Grande, não comporta provimento.

O fato de a ré-apelante intitular-se, ou mesmo ser reconhecida como entidade filantrópica, não é suficiente para justificar a alegada imunidade, necessita de disposição legal específica que a exonere da obrigação tributária. Demais disso, o benefício deve ser postulado contra a Fazenda Pública, que é a credora do tributo, uma vez que a concessionária de energia elétrica atua como mera substituta tributária, eis que somente calcula, exige e repassa mensalmente ao Estado de Mato Grosso do Sul o valor do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica.

Acerca do tema este Colegiado já teve a oportunidade de julgar o recurso de apelação cível n. 2005.017522-3, sob relatoria do eminente Des. Josué de Oliveira, do qual transcrevo um trecho que me permito utilizar como razão de decidir:

> [...] o benefício deveria ser postulado contra a Fazenda Pública, que é a credora do tributo, uma vez que a concessionária de energia elétrica atua no caso como mera substituta tributária, pois tão-somente calcula, exige e repassa mensalmente ao Estado o valor incidente sobre o consumo de energia elétrica.
>
> O Superior Tribunal de Justiça vem manifestando o entendimento de que os sujeitos desta obrigação tributária de natureza indireta, guardam certas peculiaridades, pois 'Nesse tipo de exação, despontam as figuras dos chamados 'contribuintes de direito' e 'contribuinte de fato'. O primeiro é o sujeito que concretiza a hipótese de incidência descrita na norma, vale dizer, realiza o fato gerador do tributo. Já o segundo é aquele que sofre o ônus financeiro da tributação que lhe é repassado pelo contribuinte de direito por força de autorização legal decorrente da não-cumulatividade da exação incidente sobre o produto/serviço adquirido'. (excerto do voto do Ministro Castro Meira, como relator do REsp n. 983.814, de Minas Gerais, julgado em 4.12.2007).
>
> Em ocasião anterior aquela Corte Superior decidiu que 'O consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e de fato. A distribuidora de energia elétrica não é contribuinte do imposto ICMS, mas mera responsável pela retenção, pois limita-se a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Ilegitimidade de parte das empresas recorrentes afastada'. (REsp n. 838.542/MT, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 15.8.2006).
>
> Por isso, é que concluiu no primeiro precedente citado, que 'A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetidão de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte'.
>
> Ante esta constatação, a empresa consumidora que deseja ver reconhecida a alegada imunidade, só pode pleitear a não-incidência tributária perante o sujeito ativo da exação, nunca em face de quem atua como mero substituto tributário.

A ementa do julgado acima citado já foi posicionada alhures pelo eminente relator em seu voto.

Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

> TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – TELECOMUNICAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO – ART. 150, INCISO VI, ALÍNEA 'A', DA CF – SUPOSTA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – INEXISTÊNCIA. 1. Restringe-se a controvérsia acerca da imunidade tributária recíproca entre o município e o Estado membro no que tange à incidência do ICMS. 2. A imunidade recíproca ou intergovernamental recíproca decorre da essência do sistema federativo pátrio. Por certo, depreende-se da Constituição da República que os entes de Direito Público, quais sejam, União, Estados, Distrito Federal e Municípios não podem instituir impostos sobre diversas entidades, serviços ou renda uns dos outros. (Art. 150, inciso VI, alínea 'a', da CF). 3. Na hipótese dos autos, o ICMS não incide sobre o patrimônio a renda ou os serviços do Município, mas, incide sobre o fornecimento dos serviços de energia elétrica e de telefonia por ele consumidos, descaracterizando, por conseguinte, a suposta imunidade recíproca do art. 150, inciso VI, alínea 'a', da Constituição da República. Recurso em mandado de segurança improvido. **(**MS n. 19.711/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 27.2.2007).

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA. 1. Tratam os autos de mandado de segurança impetrado pelo Município de Pedro Leopoldo contra ato do Secretário Estadual da Fazenda e do Subsecretário da Receita Estadual de Minas Gerais objetivando o reconhecimento da imunidade tributária recíproca, nos termos do art. 150, VI, 'a', da CF/88, bem como a declaração de nulidade da cobrança do ICMS sobre o consumo de energia elétrica do Município. 2. Acórdão do TJMG segundo o qual: 'A imunidade tributária entre pessoas jurídicas de direito público consagrado na Lei Maior não alcança o ICMS exigido do município por empresas concessionárias de serviços de energia elétrica.' 3. Esta Corte já decidiu no sentido de ser legítima a cobrança do ICMS nas faturas de fornecimento de energia elétrica consumida na administração municipal, por ser insuscetível do benefício tributário da imunidade recíproca, na medida em que o referido imposto não incide sobre o patrimônio, a renda ou serviços do município. 4. Precedentes: MS n. 19.711/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 9.3.2007; MS n. 7.040/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 9.3.1998. 5. Recurso ordinário não-provido. **(**MS n. 26.578/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 27.5.2008).

Desse modo, merece prestígio a sentença, neste tópico, devendo a apelante pleitear a imunidade tributária, e eventual repetição de indébito, perante o sujeito ativo da tributação, no caso, o Estado de Mato Grosso do Sul, e não contra a autora-apelada, que atua como mera substituta tributária.

Quanto ao recurso adesivo da autora, relativo à majoração dos honorários advocatícios de sucumbência, entendo que comporta provimento.

No caso, acompanho integralmente o entendimento do nobre relator, uma vez que observada a norma disposta na legislação processual, diversamente do que estabelecido pelo magistrado na sentença.

Vejamos o que dispõe o Código de Processo Civil:

> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 3° Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:

Assim, correta a majoração da verba advocatícia em 10% sobre o valor da condenação, em observância à regra acima citada.

Diante do exposto, acompanho o relator para negar provimento ao recurso de apelação interposto pela Associação Beneficente de Campo Grande – Hospital Santa Casa, e dar provimento ao recurso adesivo manejado pela Empresa Energética de Mato Grosso do Sul.

O Sr. Des. João Maria Lós (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE CAMPO GRANDE E PROVERAM O APELO DE ENERSUL, 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, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 6 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.015711-4 - Dourados
Primeira Turma Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES – EQUÍVOCO ENTRE TIPIFICAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DA VIA DE TRÁFEGO – AUTO DE INFRAÇÃO NULO – MULTA INEXIGÍVEL – RECUSO PROVIDO.

Quando houver equívoco entre a tipificação descrita no auto de infração e a classificação da via de trânsito, deve ser declarada a nulidade do auto de infração e inexigível a multa a ele correspondente, com a devida restituição do valor pago.

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, 20 de outubro de 2009.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelação cível interposta por Adão Bazé contra decisão (f. 76-79) que julgou improcedente o pedido inicial nos autos da ação anulatória de auto de infração de trânsito cumulada com devolução de valores pagos promovida em desfavor do município de Dourados e Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – Detran-MS.

O apelante, em suma, alega que:

> [...] O que deve ser revisto na r. decisão, é o fato de ter reconhecido que houve o erro de classificação do tipo legal atribuído ao apelante, mas, não ter declarado nulo o auto de infração, alegando que não trouxe prejuízo ao apelante, o que não é devido; já que julgou improcedente o pedido inicial, não obstante a documental trazida aos autos comprovar a procedência do pedido. (f. 88).

> Data vênia, equivocada a interpretação do julgador "a quo", que, apesar de ter constatado o erro previsto no auto de infração (o apelante foi notificado como incurso no art. 218, II, da Lei n. 9.509, mas na verdade teria cometido eventual infração, a qual deveria ser tipificada no art. 218, I, da Lei n. 9.503); não o declarou nulo. (f. 88).

> Ou seja, reconheceu o erro de enquadramento, o que torna o ato da notificação nulo, mas considerou válido o auto de infração. O que é inadmissível […]. (f. 88).
>
> Em suma, tanto faz, para que se constate o erro, seja pela classificação do Município que entendeu ser a Av. Marcelino Pires, via de Trânsito rápido; ou pelo entendimento do Juízo, que entendeu ser tal via arterial, em ambos os casos, a tipificação correta ao caso, em havendo infrações por excesso de velocidade, deveria ser com base no art. 218, I, do CTB, e não com base no art. 218, II, como feito ao apelante. (f. 90).

Ao final, requer *"[...] conhecer do apelo e lhe dar provimento para reformar a sentença recorrida, declarando nulo o auto de infração questionado e condenando os apelados a devolverem os valores pagos por tal multa, invertendo-se o ônus da sucumbência."*

Os apelados, devidamente intimados, apresentaram contrarrazões (f. 102-105 e 107-112), pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se, como relatado, de apelação cível interposta por Adão Bazé contra decisão (f. 76-79) que julgou improcedente o pedido inicial nos autos da ação anulatória de auto de infração de trânsito cumulada com devolução de valores pagos promovida em desfavor do município de Dourados e Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – Detran-MS.

Verifica-se, no presente caso, que o apelado ajuizou ação anulatória de auto de infração de trânsito cumulada com devolução de valores pagos em desfavor dos apelados, alegando, em suma, que houve *"... erro substancial quanto ao enquadramento legal, o que torna o ato nulo e insubsistente […]."* (f. 4).

O juízo de origem, ao receber a inicial, naquilo que interessa à solução do presente recurso, decidiu (f. 76-79):

> [...]
>
> Pois bem. À luz do art. 22, da CF, compete privativamente à União legislar sobre trânsito. Nessa trilha, em tratando de matéria de ordem pública, aquele Código cogencia que o trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação (art. 1º, CTB) se rege por ele. De conseguinte, os conceitos e definições estabelecidos para os efeitos deste Código são os constantes do Anexo I. E para este é: a) VIA DE TRÂNSITO RÁPIDO – aquela caracterizada por acessos especiais com trânsito livre, sem interseções em nível, sem acessibilidade direta aos lotes lindeiros e sem travessia de pedestres em nível; b) VIA ARTERIAL – aquela caracterizada por interseções em nível, geralmente controlada por semáforo com acessibilidade aos lotes lindeiros e às vias secundárias e locais, possibilitando o trânsito entre as regiões da cidade; c) VIA COLETORA – aquela destinada a coletar e distribuir o trânsito que tenha necessidade de entrar ou sair das vias de trânsito rápido ou arteriais, possibilitando o trânsito dentro das regiões da cidade. Destarte, por se tratar de matéria de competência legislativa privativa da União, a SEMSUR, órgão executivo de trânsito do Município de Dourados, não está autorizada a dar às vias da referida cidade definições diversas daquelas constantes do CTB, dando-lhe classificação equivocada (TJMS, AC n. 2005.006136-4, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli).

De outro norte, conforme o art. 61, § 1º, I, "b", do CTB, a velocidade máxima permitida para a via será indicada por meio de sinalização, obedecidas suas características técnicas e as condições de trânsito. Onde não existir sinalização regulamentadora, a velocidade máxima será de sessenta quilômetros por hora, nas vias arteriais. Porém, a velocidade mínima não poderá ser inferior à metade da velocidade máxima estabelecida, respeitadas as condições operacionais de trânsito e da via, consoante determina o art. 62, daquele codex. Nessa toada, o art. 218, I, "a", do CTB, vigente ao tempo do ato, tipificava e apenava, com multa e suspensão do direito de dirigir, o transitar em velocidade superior a máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil em rodovias, vias de trânsito rápido e vias arteriais quando a velocidade fosse superior à máxima em até 20% (vinte por cento). Enquanto no inciso II, "a", do mesmo artigo, tanto se dava nas demais vias quando a velocidade fosse superior à máxima em até 50% (cinquenta por cento). Nada obstante, em atenção ao princípio pas de nullité sans grief, descabido falar-se em declaração de nulidade se não estiver concretamente demonstrado o prejuízo (STJ, RMS n. 21518/RN, Rel. Min. Castro Meira). Adite-se por inclusivo que a presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei e, em decorrência desse atributo, presume-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. Enquanto isso, a presunção de veracidade refere-se aos fatos, razão pela qual presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração, portanto dotados de fé pública todos seus documentos expedidos. Nessa trilha, a simples alegação de que não houve infração às normas de trânsito não é causa para a desconsideração da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo. E, a prova testemunhal não é suficiente para invalidar o ato administrativo praticado por um agente público (TJMS, AC n. 2001.009482-7, Rel. Des. Hamilton Carli). No caso posto em juízo, as autuações se deu no dia 06.03.2004 em barreira eletrônica de velocidade localizada na Avenida Marcelino Pires que é arterial em razão de sua própria definição legal, porquanto possibilita o trânsito entre diversas regiões da cidade, como é público, notório e constatável em simples transitar ou através de consulta ao mapa da cidade, até encontradiço no "link" http://www.dourados.ms.gov.br/mapas/mapa- evolucao%20dos%20loteamentos.pdf. Porém, o auto de infração menciona enquadramento no "art. 218, II, da Lei 9.503". Entrementes, tal tipificação não evidencia a possibilidade prejuízo ao infrator. Primeiro, porque o auto em questão atesta com fé pública imaculada que a velocidade máxima do local, indicada por meio de sinalização, é de 30 km/h. Ao depois, porque também garante que a velocidade foi aferidas em "40 km/h" e considerada em "33 km/h" - f. 52 -. Enfim, porque, nesses moldes, as penalidades respeitaram o limite de 20% (vinte por cento), previsto no art. 218, I, "a", do CTB. O que evidentemente também se enquadra no limite de 50% do art. 218, II, "a", daquele codex. E, assim, em nada prejudicou o requerente, porquanto empreendia velocidade inadequada para o lugar. Mesmo porque, o auto de infração, por ser ato administrativo, goza de fé pública, presunção de legitimidade e veracidade, somente afastados com prova robusta em contrário, o que in casu, não se tem. Nessa ordem de idéias, a pretensão autoral é de sem-razão, não obstante seus argumentos. Daí, a improcedência do pedido é medida que se impõe. É ainda bem de ver, que a parte beneficiária da justiça gratuita, quando vencida, sujeita-se ao princípio da sucumbência, não se furtando ao pagamento dos consectários dela decorrentes. A condenação respectiva deve constar da sentença, ficando, contudo, sobrestada até e se, dentro em cinco anos, a parte vencedora comprovar não mais subsistir estado de miserabilidade da parte vencida (STJ, REsp n. 8.751/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo). Soçobram considerações sobre o mais; fundamentado pelas partes, por não terem força de mutação no deslinde da vexata quaestio. Mesmo porque o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu (STJ, REsp n. 663240/PR, Rel. Min. Humberto Ma). POSTO ISSO, julgo improcedente o pedido. Em conseqüência, condeno o vencido no pagamento das custas e honorários, estes fixados em R$ 900,00 (novecentos reais), na proporção de 50% (cinqüenta por cento) para cada contestante,

por mostrar suficiência para atender aos requisitos indicados nos arts. 20, § 4º e 23, do Digesto de Formas Cíveis. Fica, entretanto, sobrestada a execução dessas verbas, nos termos do art. 12, da LAJ." (Grifei).

É contra esta decisão que o ora apelante interpõe o presente recurso.

Com razão, o recorrente.

Pois bem. Constata-se, após análise dos autos, que se imputou ao recorrente as irregularidades descritas no auto de infração (f. 47-48), que teriam sido praticadas quando trafegava pela Rua Coronel Ponciano e pela Av. Presidente Vargas, no município de Dourados.

O ora apelante alega em suas razões recursais que o magistrado de origem equivocou-se, pois reconheceu o erro de classificação do tipo legal atribuído à infração cometida, mas não declarou nulo o respectivo auto de infração.

Nesse sentido, assevera ainda que os documentos juntados aos autos (f. 20 e 46) classificam a Rua Coronel Ponciano e a Av. Presidente Vargas como vias de trânsito rápido, cuja velocidade máxima limita-se a 40 km/h, nos termos do que dispõem os artigos 60 e 61, ambos do Código de Trânsito Brasileiro,[1] e a Lei Federal n. 9503/1997. Destarte, afirma que a infração deveria ter sido enquadrada no inciso I[2] do artigo 218 do CTB, que dispõe sobre o excesso de velocidade em vias de trânsito rápido e não no inciso II[3], que dispõe sobre o excesso de velocidade em vias coletoras.

Como cediço, o auto de infração de trânsito lavrado pela autoridade competente deve preencher os requisitos dispostos no artigo 280 do CTB. Veja-se:

---

1 *"Código de Trânsito Brasileiro - Art. 60. As vias abertas à circulação, de acordo com sua utilização, classificam-se em:*
I - vias urbanas:
a) via de trânsito rápido;
b) via arterial;
c) via coletora;
d) via local;
II - vias rurais:
a) rodovias;
b) estradas.
Art. 61. A velocidade máxima permitida para a via será indicada por meio de sinalização, obedecidas suas características técnicas e as condições de trânsito.
§ 1º Onde não existir sinalização regulamentadora, a velocidade máxima será de:
I - nas vias urbanas:
a) oitenta quilômetros por hora, nas vias de trânsito rápido:
b) sessenta quilômetros por hora, nas vias arteriais;
c) quarenta quilômetros por hora, nas vias coletoras;
d) trinta quilômetros por hora, nas vias locais;
II - nas vias rurais:
a) nas rodovias [...]
§ 2º O órgão ou entidade de trânsito ou rodoviário com circunscrição sobre a via poderá regulamentar, por meio de sinalização, velocidades superiores ou inferiores àquelas estabelecidas no parágrafo anterior."

2 *"Art. 218. Transitar em velocidade superior à máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, em rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias:*
I - quando a velocidade for superior à máxima em até 20% (vinte por cento):
Infração – média;
Penalidade – multa; [...]."

3 *"II - quando a velocidade for superior à máxima em mais de 20% (vinte por cento) até 50% (cinqüenta por cento):*
Infração - grave;
Penalidade – multa; [...]."

> Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:
>
> I - tipificação da infração;
>
> II - local, data e hora do cometimento da infração;
>
> III - caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação;
>
> IV - o prontuário do condutor, sempre que possível;
>
> V - identificação do órgão ou entidade e da autoridade ou agente autuador ou equipamento que comprovar a infração;
>
> VI - assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

Saliente-se, por oportuno, que os atos administrativos praticados por servidores públicos, inclusive pelas autoridades de trânsito, possuem presunção de veracidade decorrente da fé pública que detêm aqueles agentes, presumindo-se como verdadeiras as informações constantes nos autos de infração, bem como sua regularidade formal. No entanto, referida presunção de veracidade é *juris tantum,* ou seja, relativa.

Sobre o tema, ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Presunção de legitimidade é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção juris tantum de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Esta, sim, é uma característica comum aos atos administrativos em geral; as subsequentemente referidas não se aplicam aos atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados.[4]

Ora, a Secretaria Municipal de Serviços Urbanos de Dourados classificou a Av. Presidente Vargas e a Rua Coronel Ponciano (f. 19-20) como vias de trânsito rápido, cuja velocidade máxima permitida é de 40 Km/h. Entretanto, o art. 61, § 1º, inciso I, alínea "a", do CTB, dispõe que a velocidade máxima de via de trânsito rápido é de 80Km/h.

Por outro norte, o superintendente de transporte e trânsito do município de Dourados, em ofício encaminhado ao Detran-MS (f. 70), informa que *"[...] em Dourados existem apenas vias locais e vias coletoras e que as vias abaixo citadas são todas coletoras, de acordo com o artigo 60 e 61 da Lei Federal n. 9503 de 23.9.1997 – Código de Trânsito: [...] Av. Presidente Vargas; Rua Coronel Ponciano; […]."*

Conclui-se, portanto, que, no caso, a real classificação da via torna-se inócua, ou seja, em qualquer dos casos (trânsito rápido ou arterial), as infrações imputadas ao ora apelante deveriam ter sido enquadradas no inciso I do artigo 218 da Lei n. 9503/97. No entanto, as infrações imputadas ao recorrente foram classificadas erroneamente na alínea "a" do inciso II do artigo 218 do CTB.

No caso, como visto, não há correspondência entre a tipificação contida na norma e o fato analisado.

4 **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., 2006. p.399.

Eis o entendimento desta 1ª Turma sobre matéria semelhante:

> E M E N T A: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – TIPIFICAÇÃO ERRÔNEA QUANTO À QUALIFICAÇÃO DA VIA DE TRÁFEGO – ART. 218 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO NACIONAL – MULTA INEXIGÍVEL – RECURSO PROVIDO. O auto de infração consubstanciado em tipificação errônea quanto à real qualificação da via de tráfego é nulo, razão pela qual não pode subsistir a multa de trânsito dele decorrente.[5]

Por tais razões, portanto, os autos de infração em epígrafe devem ser declarados nulos e os valores pagos pelo recorrente a título de multa devem ser devolvidos.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para reformar a decisão singular, a fim de declarar nulos os autos de infração n. 0357064LE (f. 47) e n. 0356583LE (f. 48), e, por conseguinte, condeno os recorridos (I) à devolução dos valores pagos pelo recorrente, acrescidos de correção monetária calculada pelo INPC, desde o efetivo pagamento da multa, bem como de juros de mora de 1% ao mês, sem capitalização, a contar da data da citação válida e; (II) ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R$ 500,00, com fundamento no artigo 20, § 3º do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 20 de outubro de 2009.

***

5 AC n. 2005.006106-5, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, DJ 12.2.2008

Apelação Cível n. 2009.024830-8 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – LEGITIMIDADE PASSIVA DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO E DA SEGURADORA LITISDENUNCIADA – LUCROS CESSANTES – NÃO COMPROVADOS – DANOS MORAIS – CUMULAÇÃO COM DANOS ESTÉTICOS – FALTA DE INTERESSE RECURSAL – VALOR MANTIDO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO E DO CONDUTOR DO VEÍCULO – RECONHECIDA – DENUNCIAÇÃO DA SEGURADORA – IMPROCEDÊNCIA – AUSÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL PARA DANOS MORAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Ao proprietário do veículo incumbe a responsabilidade solidária pelos danos causados a terceiros pelo condutor, ante seu dever de guarda, seja pela culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, considerando que um automóvel é sabidamente perigoso, daí sua legitimidade para figurar no pólo passivo.

2. A legitimidade da seguradora denunciada decorre da existência de contrato de seguro com o denunciante, proprietário do veículo.

3. Não há nos autos nenhum documento ou depoimento testemunhal a corroborar a pretensão de indenização por lucros cessantes.

4. Da análise da petição inicial constata-se que a apelante não realizou pedido de indenização por dano estético e moral separadamente, pleiteando a única quantia de um milhão e duzentos mil reais, daí que carece de interesse recursal para que sejam arbitrados valores independentes.

5. O valor equivalente a 30 salários-mínimos, fixado pelo juiz de primeiro grau, não merece reparos, uma vez que se pautou pelo bom-senso e pelas circunstâncias que envolveram o caso em tela, considerando que o primeiro apelado não deixou de prestar assistência material à apelante após o acidente, reduzindo-lhe o sofrimento e transtornos que lhe foram causados, e ainda que existam cicatrizes na perna da apelante, mas que não houve redução funcional daquele membro.

6. A responsabilidade do proprietário do veículo é solidária, portanto a condenação por danos morais suportada pelo condutor do veículo fica-lhe igualmente atribuída. Porém, a responsabilidade da seguradora não é solidária, mas sim decorrente do contrato de seguro firmado com a denunciante, que tem, portanto, direito de regresso até o limite da apólice. Não houve contratação de cobertura para danos morais, única condenação nesta demanda, razão pela qual deve ser julgada improcedente a denunciação.

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, 22 de outubro de 2009.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Iviany Espíndola da Cunha apela da sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais, Morais e Estéticos, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados em face de Edmilson Fernandes Leite, HDI Seguros S.A. e João Garcia Ferreira.

Sustenta a apelante que ingressou com a presente demanda objetivando a reparação por danos materiais, morais e estéticos sofridos em decorrência de acidente de trânsito, onde o primeiro requerido dirigia embriagado e em alta velocidade veículo pertencente ao segundo requerido, segurado pela litisdenunciada; que a sentença deve ser reformada, primeiramente, em relação à exclusão do pólo passivo do segundo requerido e a seguradora; que o segundo requerido emprestou o veículo ao irmão do primeiro requerido, sendo, portanto, responsável pela utilização inadequada dele; que se aplica neste caso a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*; que o proprietário é responsável solidário e, consequentemente, sua seguradora deve também ser mantida no pólo passivo.

Alega que deve ser ressarcida nos lucros cessantes informados na inicial, por ser autônoma e ter ficado impossibilitada de trabalhar, o que restou provado nos autos.

Aduz também que o julgador *a quo* prolatou a sentença quanto aos danos morais e estéticos como sendo um só, o que deve ser modificado, pois são distintos e merecem ser reconhecidos separadamente; que a condenação por danos morais deve ser majorada e os danos estéticos arbitrados pelo Tribunal, em virtude da grande cicatriz que restou em sua perna, causando-lhe vergonha e feiúra para usar saia, bermuda ou roupa de banho.

Pugna pela reforma da sentença, a fim de que seja fixada indenização por lucros cessantes e danos estéticos, bem como majorada a indenização por danos morais, condenando todos os requeridos de forma solidária.

Apenas o apelado Edmilson Fernandes Leite apresentou contrarrazões ao recurso de apelação (f. 368-375), defendendo a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

O pedido indenizatório inicial teve como causa de pedir os danos materiais, morais e estéticos sofridos pela requerente/apelante em virtude do acidente ocorrido por culpa do primeiro requerido, o qual dirigia veículo pertencente ao segundo requerido, segurado pela litisdenunciada.

Após as partes terem transigido quanto aos danos materiais, o juízo *a quo* proferiu sentença acolhendo a ilegitimidade do proprietário do veículo e da seguradora, condenando o motorista apenas à indenização por danos morais, ante a cumulação indevida do pedido de indenização por dano estético e falta de prova dos lucros cessantes.

A requerente apela buscando a reforma da sentença para que seja atribuída responsabilidade solidária ao segundo requerido e consequentemente seu retorno ao pólo passivo, juntamente com a seguradora denunciada, bem como para que seja fixada indenização por lucros cessantes e danos estéticos, com majoração dos danos morais.

Legitimidade do proprietário do veículo e da seguradora litisdenunciada

Pois bem. No que se refere à culpa do primeiro requerido pelo acidente, a sentença transitou em julgado, ante a inexistência de recurso pela parte passiva. A responsabilidade solidária do segundo requerido, proprietário do veículo, foi afastada pelo juiz da causa apenas por considerar que este jamais entregou o bem ao requerido e sim ao irmão deste último, que o fez sem o seu consentimento, excedendo a permissão de uso, inexistindo culpa *in eligendo* ou *in vigilando.*

A meu ver, a sentença deve ser reformada neste ponto, tendo em vista que ao proprietário do veículo incumbe a responsabilidade solidária pelos danos causados a terceiros pelo condutor, ante seu dever de guarda, seja pela culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, considerando que um automóvel é sabidamente perigoso, daí sua legitimidade para figurar no pólo passivo.

A respeito:

> ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE BENÉVOLO. VEÍCULO CONDUZIDO POR UM DOS COMPANHEIROS DE VIAGEM DA VÍTIMA, DEVIDAMENTE HABILITADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO DO AUTOMÓVEL. RESPONSABILIDADE PELO FATO DA COISA. - Em matéria de acidente automobilístico, o proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz e que provoca o acidente, pouco importando que o motorista não seja seu empregado ou preposto, ou que o transporte seja gratuito ou oneroso, uma vez que sendo o automóvel um veículo perigoso, o seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros. - **Provada a responsabilidade do condutor, o proprietário do veículo fica solidariamente responsável pela reparação do dano, como criador do risco para os seus semelhantes.** Recurso especial provido. (REsp n. 577902/DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 13.6.2006, DJ 28.8.2006, p. 279). (destaquei)

Nesse mesmo sentido esta Turma Cível já decidiu:

> [...] O proprietário do veículo tem responsabilidade por acidente causado por terceiro, em virtude de lhe incumbir o dever de guarda sobre o mesmo. (AC n. 2009.007801-7, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 1.10.2009).

Assim, considerando que a culpa do condutor já restou decidida e que o segundo requerido, proprietário do veículo, emprestou o bem, sem observar se este não seria repassado a terceiro, bem como seu dever de guarda, deve João Garcia Ferreira ser mantido no pólo passivo, assim como a seguradora HDI Seguros S.A., suportando ambos a condenação na forma que mais adiante será analisada, dada a existência de recurso também quanto aos valores fixados.

Lucros cessantes

Quanto aos lucros cessantes, embora a apelante sustente que restaram suficientemente provados nos autos, não é o que verifico da análise de todo o processado. Note-se que a apelante apenas alega, mas não prova,

que trabalhava como vendedora autônoma de bijuterias à época do acidente, nem tão pouco que deixou de auferir renda mensal de um salário e meio pela abrupta suspensão da atividade em decorrência do acidente. Não há nos autos nenhum documento ou depoimento testemunhal a corroborar tal pretensão.

Desta forma, a sentença deve ser mantida quanto a improcedência do pedido de indenização por lucros cessantes.

Possibilidade de cumulação de indenização por danos morais e estéticos.

Com isso, resta apenas apreciar a possibilidade de cumulação do dano moral e estético e a eventual necessidade de reforma da sentença quanto a este capítulo.

Com relação à cumulação do dano moral com o estético, é induvidoso 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"*[1].

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"* (grifei). Em outras palavras, nada impede que o dano estético, o qual também é dano moral, possa ser separadamente aferido, pois a conseqüência 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 24.11.1998). Nesse sentido, não haveria *bis in idem*.

No caso *sub judice*, verifico que a apelante pretende em seu recurso que sejam atribuídos valores distintos para cada espécie de dano, pois o juiz da causa teria incluído tudo na condenação por dano moral. Contudo, da análise da petição inicial constato que a apelante não realizou pedido destas indenizações separadamente, pois pleiteou a título de dano moral e estético a única quantia de um milhão e duzentos mil reais.

Assim, tenho que a apelante carece de interesse recursal neste ponto.

Valor da indenização por danos morais

Insurge-se a apelante contra o valor dos danos morais, por considerar irrisório o montante de 30 salários-mínimos, à vista do sofrimento experimentado. É certo que o dano de natureza puramente moral não pode ser compreendido por simples equação matemática, de expressão pecuniária. A indenização do dano moral mediante determinada prestação patrimonial não tem o propósito de recompor o dano em si mesmo, uma vez que, em geral, este jamais se desfaz por inteiro.

Nesse aspecto devem ser compreendidas as premissas que norteiam o arbitramento do quantitativo da indenização, onde entre elas se destacam o propósito da sanção, diante do conteúdo pedagógico com o qual se apresenta: a gravidade da lesão; a intensidade da culpa ou dolo do agente; o comportamento da vítima; a repercussão patrimonial da indenização em favor da vítima e em detrimento do responsável; a satisfação da vítima diante da dor sofrida, etc.

Quanto ao conteúdo pedagógico da sanção, não deve ser ínfimo a ponto de não incutir temor no responsável, mas o suficiente para desencorajá-lo a novas empreitadas. Também não deve ser extremo a ponto de fazer estragos desproporcionais ao seu patrimônio.

1 *Ob. cit.*, p. 1194.

No que concerne à satisfação, é preciso ressalvar que a indenização não tem o propósito de trazer à vítima uma alegria maior que a própria dor, pois que não é esta a fonte das riquezas senão o trabalho digno. A professora Maria Helena Diniz, citada na obra de Carlos Roberto Gonçalves, sobre a fixação dos danos morais expressa que:

> Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom-senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa e ao nível sócio-econômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso *sub examine*. (GONÇALVES, Carlos Roberto**. Responsabilidade Civil.** 8ª edição. Editora Saraiva, 2003**).**

Feitas essas considerações, entendo que o valor equivalente a 30 salários mínimos, fixado pelo juiz de primeiro grau, não merece reparos, uma vez que se pautou pelo bom-senso e pelas circunstâncias que envolveram o caso em tela, considerando que o primeiro apelado não deixou de prestar assistência material à apelante após o acidente, reduzindo-lhe o sofrimento e transtornos que lhe foram causados, e ainda que existam cicatrizes na perna da apelante, mas que não houve redução funcional daquele membro.

Diante destas considerações, o improvimento do recurso neste ponto é medida que se impõe.

Reponsabilidade/condenação do proprietário do veículo e da seguradora litisdenunciada

Consoante declarei em tópico anterior, entendo que o proprietário do veículo e a seguradora foram incorretamente excluídos da lide na sentença, pois o primeiro, por responsabilidade solidária, e o segundo, por responsabilidade contratual, possuem legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda.

Dito isso, estando o processo apto a julgamento em relação a estas partes, em aplicação ao que prevê o artigo 515, § 3º, do CPC, passo a definir a extensão da condenação em relação a cada um.

Conforme já adiantei, a responsabilidade do proprietário do veículo é solidária, portanto a condenação por danos morais suportada pelo condutor do veículo fica-lhe igualmente atribuída. Porém, a responsabilidade da seguradora não é solidária, mas sim decorrente do contrato de seguro firmado com a denunciante, que tem, portanto, direito de regresso. A requerente/apelante não possui nenhuma relação jurídica com a apelada e não lhe cabe a escolha contra quem executar a sentença, daí a necessidade de desmembrar as obrigações do denunciante e da denunciada.

Apesar da diversidade de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito, me posiciono ao lado daqueles que entendem que não se trata de obrigação solidária dos arts. 896 e seguintes do Código Civil/1916, mas sim de obrigação da seguradora garantir o resultado da demanda, em relação unicamente à sua quota. Confira:

> EMBARGOS INFRINGENTES – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – DENUNCIAÇÃO DA LIDE À SEGURADORA – CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO DENUNCIANTE E DO DENUNCIADO – INADMISSIBILIDADE. Em se tratando de denunciação da lide, o magistrado deve decidir, na mesma sentença, a lide entre o autor e o réu e aquela que se forma entre denunciante e denunciado, não havendo, portanto, condenação solidária, mas sim regressiva, visto que o litisdenunciado deverá reembolsar aquilo que o segurado despendeu, nos limites da apólice. (EmbInfr n. 2003.002336-4, Mundo Novo, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 8.9.2003).

> [...] 2. Ajuizada a ação contra a vendedora e contra a seguradora, a condenação de ambas não caracteriza a instituição de responsabilidade solidária, até porque a responsabilidade de uma de outra não tem origem no mesmo fato mas em fatos distintos. Não colhe, assim,

> o argumento de que houve imposição de responsabilidade solidária às rés.[...] (TRF, Terceira Região, AC n. 2001.03.99.020241-2,(688633), Quinta Turma, Relª. Desª. Fed. Ramza Tartuce, DJU de 25.7.2006, p. 265).

Assim, não há falar em condenação da denunciada como responsável solidária com o denunciante, tendo em vista que a litisdenunciada não mantém relação jurídica com a requerente/apelante. Nesse sentido, é o escólio de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Não é possível haver condenação solidária do denunciado e do denunciante, em face do adversário deste, já que não há relação jurídica entre eles. Nada obstante não poder o juiz, tecnicamente, condenar o litisdenunciado solidariamente, a sentença pode ser executada contra o litisdenunciado, por meio do cumprimento de sentença (CPC 475-I et seq). Pode o ganhador da ação principal executar a sentença diretamente contra o litisdenunciado, que perdeu a denunciação, caso o devedor condenado na ação principal, e vencedor da denunciação, não tenha condições de suportar a execução da ação principal. Ocorre sub-rogação do credor da ação principal nos direito do devedor, vencedor da denunciação. Neste sentido: Athos Gusmão Carneiro, Intervenção de Terceiros (**Conferência proferida no Instituto de Direito**, RJ, 31.5.1997). (*In* **Código de Processo Civil Comentado**, RT, 10ª ed., p. 294, nota 4 do art. 76).

Com isso, bem delineada a obrigação do denunciante proprietário do veículo (segundo requerido), em solidariedade com o condutor (primeiro requerido), impõe-se a condenação regressiva da seguradora denunciada até o limite da apólice.

Sustentou a litisdenunciada em sua contestação (f. 306-319) que houve perda do direito ao seguro em face da ausência de aviso de sinistro; que não há cobertura diante da divergência do perfil do contratante e do efetivo condutor do veículo, mormente quanto a idade; a ausência de cobertura quanto ao danos morais por expressa exclusão e o excessivo valor pleiteado a este título.

Neste ponto, independentemente das outras alegações, do estudo da apólice contratada (f. 315-316) verifico que de fato não houve contratação de cobertura para danos morais, única condenação nesta demanda.

Assim, deve ser julgada improcedente a denunciação, isentando a seguradora de ressarcir o denunciante de qualquer valor que venha a desembolsar pela condenação de indenização por danos morais.

Consequentemente dou parcial provimento ao recurso de apelação, reconhecendo a legitimidade do proprietário do veículo João Garcia Ferreira e da seguradora HDI Seguros S.A. para figurarem no pólo passivo desta demanda, condenando solidariamente João Garcia Ferreira a pagar a indenização por danos morais a que foi condenado na sentença o condutor do veículo Edmilson Fernandes Leite, cujo valor fica mantido, isentando a seguradora de qualquer pagamento, dada a improcedência da denunciação à lide, ante a falta de cobertura contratual para indenização por danos morais.

Em face da alteração parcial da sentença, hei por bem redistribuir o ônus da sucumbência, sendo que o rateio inicialmente determinado entre autora e primeiro requerido deverá ser feito entre autora e os dois primeiros requeridos, este dois últimos em solidariedade, e os honorários devidos à seguradora deverão ser suportados pelo denunciante, em aplicação ao princípio da causalidade. Os demais termos da sentença ficam mantidos para todos os jurídicos e legais efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 22 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.025055-4 - Amambai
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA CONSTITUTIVA DE DIREITO DE PRORROGAÇÃO DE DÍVIDAS AGRÍCOLAS – PRORROGAÇÃO OBTIDA ADMINISTRATIVAMENTE APÓS A CONTESTAÇÃO – DESISTÊNCIA – CONCORDÂNCIA TÁTICA DO RÉU E RECONHECIMENTO DO PEDIDO – SUCUMBÊNCIA – ÔNUS DO RÉU – RECURSO PROVIDO.

Nos casos de desistência da demanda quando há concordância da parte requerida, ainda que tácita, como ocorreu nos autos, os honorários devem ser suportados por esta última. Por outro lado, ainda que o julgador tenha homologado a desistência do pedido formulada pelos autores da ação, ora apelantes, o fato é que está evidente nos autos que foi o apelado, não os apelantes, quem deu causa à propositura da demanda, devendo, portanto, ser interpretado e aplicado o art. 26 do CPC, com vistas ao atendimento de sua finalidade, que é imputar a responsabilidade pelo custo do processo àquele que deu causa à sua instauração, que, no presente caso, foi claramente o apelado.

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 ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de novembro de 2009.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Diego Tieppo Rossi, Zilo Fulgêncio Rossi e Fátima Justina Vancet Rossi interpõem recurso de apelação contra a sentença proferida nos autos da Ação Declaratória Constitutiva de Direito de Prorrogação de Dívidas Agrícolas que promovem em face de Banco do Brasil S.A.

Sustentam que seu inconformismo reside nos honorários de sucumbência; que ajuizaram a presente ação ante a resistência do banco apelado em conceder a prorrogação compulsória da Cédula Rural Pignoratícia; que o banco apelado contestou a ação afirmando terminantemente que não concedia a prorrogação porque os apelantes não preenchiam os requisitos legais; que, no entanto, os apelante sempre agiram de boa-fé e nunca se esquivaram de cumprir o avençado; que o banco concedeu administrativamente a prorrogação mediante a condição de desistência da ação; que intimado o apelado para manifestar sobre a desistência, quedou-se inerte; que o juízo homologou a desistência e atribuiu aos apelantes o ônus do pagamento de honorários; que, pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda deve arcar com as despesas da

sucumbência, no caso o banco apelado; que a renogociação da dívida é direito previsto em lei e não mera faculdade do banco; que os apelantes não sucumbiram, pois tiveram reconhecidos seus direitos administrativamente. Pugna pela inversão do ônus da sucumbência e, se não prosperar, diante da pouca complexidade da causa, falta de instrução, pouco tempo dispendido e desistência da ação, requer a redução dos honorários.

O apelado não apresentou contrarrazões, apesar de intimado (f. 125).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Diego Tieppo Rossi, Zilo Fulgêncio Rossi e Fátima Justina Vancet Rossi objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da Ação Declaratória Constitutiva de Direito de Prorrogação de Dívidas Agrícolas que promovem em face de Banco do Brasil S/A, em relação à distribuição da sucumbência.

Extrai-se dos autos que os apelantes ingressaram com a presente ação pugnando pela prorrogação compulsória de Cédula Rural Pignoratícia em razão da frustração da safra ocorrida e também dos baixos preços de mercado dos produtos agrícolas, com limitação constitucional de juros ao patamar de 6,75% ao ano, sem capitalização. O banco requerido apresentou contestação, opondo resistência ao pedido (f. 83-94). Em seguida (f. 96), os requerentes/apelantes atravessaram petição requerendo a homologação de desistência do feito, tendo em vista que as partes entabularam acordo para prorrogação da dívida, objeto da demanda, sobre o que o banco/apelado, depois de intimado, nada manifestou (f. 99). O juízo *a quo* extinguiu o processo ante a desistência (f. 100) e condenou os autores ao pagamento de R$ 600,00 de honorários (f. 106-107), contra o que recorrem pugnando pela inversão do ônus, em aplicação ao princípio da causalidade.

A meu ver, a sentença deve ser reformada.

Em que pese o entendimento manifestado pelo juízo da causa, tenho que nos casos de desistência da demanda, quando há concordância da parte requerida, ainda que tácita, como ocorreu nos autos, os honorários devem ser suportados por esta última. Não obstante isso, constato que o acordo realizado entre as partes implicou inequívoco reconhecimento do pedido, pois o apelado concedeu a prorrogação pleiteada na inicial.

Assim, é inegável que, a despeito da precipitação dos apelantes e da impropriedade técnica de tal pedido, o que pretendeu foi manifestar ao juízo que o processo não tinha mais por que prosseguir, dada a satisfação espontânea da pretensão pela parte ré, ou, em outras palavras, devido o reconhecimento do pedido.

Por essa razão, o julgador, em vez de ter homologado a desistência do pedido, deveria ter declarado a extinção do processo, com resolução do mérito, com fundamento no art. 269, II, do Código de Processo Civil, condenando o apelado, como de fato fez na sentença, ao pagamento das despesas e honorários.

No entanto, ainda que o julgador tenha homologado a desistência do pedido formulada pelos autores da ação, ora apelantes, o fato é que está evidente nos autos que foi o apelado, não os apelantes, quem deu causa à propositura da demanda. O art. 26 do Código de Processo Civil, que dispõe que, "se o processo terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu", deve, portanto, ser interpretado e aplicado com vistas ao atendimento de sua finalidade, que é imputar a responsabilidade pelo custo do processo àquele que deu causa à sua instauração, que, no presente caso, foi claramente o apelado.

Como ensina Misael Montenegro Filho, "a desistência da ação embute o raciocínio de que o autor deu causa à instauração do processo, mesma interpretação, no sentido oposto, confirmando-se diante do reconhecimento do pedido, justificando a condenação da parte ao pagamento das verbas em exame, **não em decorrência do princípio da sucumbência, [...] mas em atenção ao princípio da causalidade**, determinando a pessoa que descabidamente deu ensejo à formação do processo" (**Código de Processo Civil Comentado e Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 73 e 74).

Reitero que o fato de ter havido desistência por parte dos apelantes não autoriza concluir que tenham sido eles os responsáveis pela instauração do processo, já que houve o reconhecimento do pedido e a concordância tácita com a desistência da ação, o que deve ser levado em consideração na imputação das verbas devidas, sob pena de sacrificar-se a finalidade da norma (LICC, art. 5º) e encarecer o fato isolado e decorrente da impropriedade técnico-processual.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, com o fim de inverter os ônus da sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 5 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.026634-4 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

E M E N T A – APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – COBERTURA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – INVALIDEZ PERMANENTE – EPILEPSIA – JULGAMENTO ANTECIPADO – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – AUTOS SUFICIENTEMENTE INSTRUÍDOS – ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* – AFASTADA – ENFERMIDADE CABALMENTE CONFIRMADA DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO – PRESCRIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

Para a caracterização do cerceamento de defesa é necessário que fique demonstrado o prejuízo da ausência da instrução processual, e não apenas a mera alegação genérica de cerceamento de defesa. Consoante o disposto no art. 436 do CPC, o julgador não está limitado à conclusão da perícia técnica e deve levar em conta todos os elementos dos autos para formar sua convicção, de modo que a gravidade da doença e do tratamento, bem como o fato do apelado ter sido aposentado por invalidez, sendo irreversível seu retorno ao *status quo ante,* e, consequentemente, ao trabalho, deve ser considerada permanente para fins de invalidez. Tendo firmado contrato de seguro em grupo e a enfermidade vindo a ser irrefutavelmente confirmada na vigência do contrato avençado, não há que se falar em ilegitimidade passiva. Prescrição do pleito indenizatório – Súmula 278 STJ - Da ciência inequívoca do sinistro.

RECURSO ADESIVO – JUSTIÇA GRATUITA – PRECLUSÃO – NÃO OCORRÊNCIA – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA – FATO NOVO – INEXISTÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

O fato do indeferimento do pedido de justiça gratuita ter sido confirmado em sede de agravo de instrumento não caracteriza a preclusão, desde que a parte demonstre mudança, trazendo um fato novo que aponte a situação de hipossuficiência.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de novembro de 2009.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Chubb do Brasil Cia de Seguros apela da sentença de procedência prolatada nos autos da ação de cobrança de seguro por invalidez permanente que lhe move Osmar Alves Pinheiro, alegando, preliminarmente, que o juiz

da causa agiu em cerceamento de defesa, ao proferir julgamento antecipado; que possuía o direito de produzir prova pericial, já que o quadro clínico do apelado não poderia ser classificado como invalidez permanente e total, mas apenas como invalidez parcial. Aduz que em face da independência da esfera previdenciária e securitária, o juízo *a quo* não poderia basear sua convicção no diagnóstico exarado pelos peritos do INSS.

Afirma também que a data em que a enfermidade se manifestou em meados de 2001, o que certamente afastaria a obrigação da apelante, uma vez que a questão está abarcada pela prescrição consumativa, pois entre a ciência inequívoca da patologia do apelado e a data da propositura da presente ação transcorreu mais de um ano e dia, enquadrando-se assim no artigo 206, § 1º, II, do Código Civil.

Aduz, ainda, ilegitimidade passiva, porque a enfermidade que acometeu o apelado teve início em meados de 2001, sendo que a apólice do seguro contratada junto a apelante começou a fluir somente em outubro de 2002, ou seja, data posterior a consumação do sinistro. No mérito, afirma que as matérias preliminares se confundem substancialmente com o mérito da ação, especialmente com relação ao quadro clínico do apelado. Ao final pugna para que seja reformada a sentença, reconhecendo-se a prescrição do direito do apelado em pleitear a indenização securitária, julgando-se totalmente improcedente os pedidos iniciais.

Em contrarrazões o apelado afirma que a sentença não merece reforma; que não há que se falar em ilegitimidade passiva, uma vez que a apelante era a seguradora responsável pelo pagamento do seguro, tendo em vista que sua apólice estava em vigência na época do conhecimento da invalidez do apelado. Aduz que a súmula n. 278 do STJ é clara no sentido de que "o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral". Ao final, pugna pelo improvimento do recurso apresentado pela apelante.

Por seu turno, o apelado apresentou recurso adesivo no tocante a justiça gratuita, afirmando que o fato de receber pensão do INSS não é óbice ao deferimento da justiça gratuita. Requereu, ao final, que fosse julgado procedente o recurso adesivo, deferindo-lhe os benefícios da justiça gratuita, nos termos da declaração acostada à f. 7.

A seguradora ofertou contrarrazões ao recurso adesivo aduzindo que a questão já se encontra acobertada pela preclusão, ocorrida com o trânsito em julgado da decisão de f. 55-60, a qual negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo ora apelante.

Requereu o não provimento do recurso, mantendo-se a negativa de concessão dos benefícios da gratuidade judiciária.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Da apelação interposta por Chubb do Brasil Cia de Seguros.

Inicialmente, no que se refere à preliminar de cerceamento de defesa, arguida pela apelante, entendo que não merece prosperar.

O questionamento da apelante consiste na alegação de que, como pretendia produzir prova pericial, já que o convencimento do juízo *a quo,* calcado na concessão de aposentadoria concedida pelo INSS, não tem o condão de afirmar de forma veemente se a invalidez do apelado era realmente permanente, o julgamento antecipado da lide implicou em cerceamento de defesa.

Pois bem. Não se pode olvidar que em nosso ordenamento a prova se destina ao Juízo, vigorando o princípio do livre convencimento motivado, expressamente previsto no art. 131 do CPC, sendo assim, não basta a apresentação de provas, pois estas estão sujeitas à valoração de seu conteúdo probatório. Sobre essa questão, escreve João Batista Lopes,[1] com precisão costumeira:

> Em última análise, um fato só se considera provado no momento em que o juiz o admite como existente ou verdadeiro, isto é, o juiz, como destinatário da prova, é quem diz a última palavra sobre a existência ou veracidade do fato.

Dessa forma, analisando os fundamentos da sentença (f. 402-419), resta claro que o juízo *a quo* embasou seu convencimento em todo conjunto probatório dos autos. Frise-se que há nos autos robusta prova documental (f. 6-40). Daí que, a produção de outras provas, conforme pretendido pela apelante, no caso específico dos presentes autos, seria dispensável. Sobre essa questão, confira a opinião do mestre Nelson Nery Júnior, citando jurisprudência no mesmo sentido:

> Existindo fatos controvertidos, a necessidade de prova a respeito deles exige ainda que sejam eles pertinentes e relevantes. Fato pertinente é o que diz respeito à causa, o que não lhe é estranho. Fato relevante é aquele que, sendo pertinente, é também capaz de influir na decisão da causa. Se o fato, apesar de controvertido (questão de fato), não é pertinente, é irrelevante, a necessidade de produção de prova a respeito dele inexiste, pelo que a instrução em audiência seria pura perda de tempo, com prejuízo para a celeridade do processo, tornando-se imperativo, nesse caso, o julgamento antecipado da lide (RT 684/124)[2]

Ao contrário do que sustenta a apelante, a independência da esfera previdenciária da securitária não proíbe o juízo *a quo* de também basear seu convencimento em documento produzido pelo perito do referido órgão, INSS. O que ocorre é que o juízo não fica vinculado ao documento.

Portanto, mera alegações genéricas da apelante para que os documentos acostados pelos médicos são de forma unilateral, não têm o condão de caracterizar o cerceamento de defesa. Cumpre destacar que há presunção de veracidade nos documentos acostados, uma vez que são documentos assinados por peritos no assunto. Ocorre que a apelante não impugnou os documentos acostados aos autos de modo a demonstrar de forma cabal e real a necessidade de se produzir outras provas, mas apenas alegou que o apelante não é inválido.

Por fim, vale ressaltar que a legislação processual permite ao juiz conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença quando não houver *necessidade* de produção de prova em audiência, consoante prevê o art. 330, I, do CPC.

Sendo assim, constato que não houve prejuízo à apelante em virtude do julgamento antecipado, ficando, pois, rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa.

Da ilegitimidade passiva "*ad causam*"

No que tange a preliminar de ilegitimidade arguida pela apelante, tenho que mais uma vez não lhe assiste razão. É que se insurge alegando que a enfermidade que acometeu o apelado deu-se em meados de 2001 e a apólice do seguro contratado começou a vigorar apenas em outubro de 2002, data posterior ao sinistro. Diante disso, sustenta não haver elementos legais que lhe atribua o dever de indenizar.

1 *In* **A prova no Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 53.

2 **Código de Processo Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 600.

Inicialmente, destaco que o fato do apelado não estar se sentindo bem e procurar orientação médica, não deve ser considerado como fato gerador da obrigação, até mesmo porque referido diagnóstico seria prematuro e imediatamente contestado pela outra parte. Conforme se extrai dos autos, a seguradora e o segurado são partes no contrato firmado, que começou a viger em 31.10.2002, sendo que a seguradora, ora apelante, compete pagar a quantia estipulada, quando da ocorrência do risco previsto no contrato.

Pelo que se vislumbra dos autos, a enfermidade que acometeu o apelado foi cabalmente confirmada em agosto de 2003, quando obteve a concessão da aposentadoria pelo INSS. Portanto, o juízo *a quo* agiu com acerto quando manteve a seguradora apelante no polo passivo da ação, uma vez que vigia o contrato de seguro firmado entre as partes quando do implemento da condição nele estabelecida – invalidez permanente por doença.

Da Prescrição

Afirma a apelante que a enfermidade teve início em meados de 2001, por isso, o direito de propor a ação está abarcada pela prescrição, uma vez que da data da ciência inequívoca da moléstia e da data da propositura da ação transcorreu mais de ano e dia, enquadrando-se assim no artigo 206, § 1º, II, do Código Civil. De fato. O artigo 206, § 1º, II, alínea "b" do CPC dispõe que:

> Art. 206. Prescreve:
>
> § 1º Em um ano:
>
> [...]
>
> II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:
>
> "a" – para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador:
>
> "b"- quanto aos demais seguros, **da ciência do fato gerador da pretensão;** (destaquei).

De acordo com a Súmula n. 278 do STJ, "*o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve* ***ciência inequívoca*** *da incapacidade laboral*".(destaquei).

A Súmula n. 229 do STJ, por sua vez, estabelece que "*o pedido de pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão*".

Para que a conjugação destes dois enunciados sumulares não gere distorções, há apenas uma interpretação possível, qual seja, a de que o *dies a quo* da prescrição corresponde à data em que o segurado toma ciência inequívoca da incapacidade, sendo que a contagem do prazo anual se suspende diante de eventual comunicação de sinistro à seguradora, voltando a fluir somente após o segurado ser informado acerca da negativa de pagamento da indenização.

Portanto, como bem delineado na sentença recorrida, não basta o conhecimento precário da situação ou sintomas da doença, mas é necessário o conhecimento inequívoco da incapacidade laboral.

E esse conhecimento inequívoco, segundo consta dos autos, somente ocorreu em 22.8.2003 (f. 14), quando o apelado obteve a concessão da aposentadoria, começando a fluir o prazo prescricional a partir dessa data. Frise-se que em 22.8.2003 o apelado teve ciência da aposentadoria por invalidez; em 26.9.2003 notificou a seguradora acerca do sinistro; em 22.12.2003 teve ciência da recusa da seguradora em pagar a indenização; e em 20.4.2004 foi distribuída a ação de cobrança. Portanto, não há falar em prescrição.

Diante disso, o não provimento do recurso de apelação é medida que se impõe.

Do Recurso Adesivo interposto por Osmar Alves Pinheiro.

Insurge-se o apelante apenas quanto ao indeferimento dos benefícios da justiça gratuita pleiteada na inicial. O apelado apresentou contrarrazões arguindo que a matéria já se encontra preclusa, uma vez que a decisão foi confirmada por este tribunal em sede de agravo de instrumento.

Pois bem, quanto a preclusão levantada pela apelada, tenho que não é caso para sua aplicação. Explico.

Com o devido respeito à tese sustentada, tenho que o fato deste Tribunal ter mantido a decisão que indeferiu a concessão da justiça gratuita, nada impede de haver reiteração de seu pedido, havendo modificação fática consistente na possibilidade de quem o pede, isto porque a justiça gratuita está umbilicalmente atrelada ao princípio do livre acesso ao judiciário (inciso XXXV da CF/88) e, portanto, matéria voltada ao interesse público.

No entanto, no caso dos autos o apelante apenas reiterou seu pedido inicialmente pleiteado e já decidido, não trazendo nenhum fato novo que demostra sua situação de hipossuficiência. Portanto, o pedido em sede de apelação de decisão que indeferiu a concessão dos benefícios da justiça gratuita somente deve ser deferido se houver algum fato novo a ser considerado e analisado. Este é o entendimento atual desta Corte, *in verbis:*

> E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA REVISIONAL DE CONTRATO C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – **INDEFERIMENTO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA – HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DEMONSTRADA** – CORRETA A DETERMINAÇÃO PARA CORREÇÃO DO VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. A presunção de pobreza firmada em declaração não é absoluta, podendo o magistrado indeferir o benefício da assistência judiciária quando tiver fundadas razões de que a parte possui condições para arcar com as custas processuais sem prejuízo do seu sustento e de sua família. 2. Não restou comprovado nos autos, o estado de hipossuficiência que a agravante alega, não há lhe ser deferidos os benefícios da assistência judiciária gratuita, em observância ao artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. (TJMS, Ag n. 2008.018165-8, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 18.8.2008).

Assim, não merece acolhida a pretensão de Osmar Alves Pinheiro, manifestada em recurso adesivo.

Posto isto, hei por bem conhecer do recurso de apelação interposto por Chubb do Brasil Cia de Seguros e do recurso adesivo interposto por Osmar Alves Pinheiro, porém, nego-lhes provimento, mantendo-se na íntegra a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 19 de novembro de 2009.

***

Mandado de Segurança n. 2003.005213-5 – Capital
Órgão Especial
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO DE CONCURSO DE PROMOÇÃO – ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DO ATO SER PRATICADO SINGULARMENTE E AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO ATO – ILEGALIDADES NÃO COMPROVADAS – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E DE BOA-FÉ – ORDEM DENEGADA.

Se não há previsão de que o ato tenha que ser praticado pelo colegiado – Conselho Superior da Defensoria Pública –, não há falar na impossibilidade de revogação singular pelo respectivo Presidente, autoridade que no exercício de sua competência praticou o ato revogado.

Desnecessária a existência de dispositivo legal que autorize expressamente a revogação de ato administrativo, ante o Poder Discricionário da Administração, que pode revogar seus atos com fundamento em sua conveniência e oportunidade, tendo como limite somente o interesse social ou coletivo, sob pena de desvio de finalidade.

Se não há comprovação que a autoridade praticou o ato em benefício de particular, não há falar em ilegalidade da revogação, sendo assegurada tanto a presunção de legitimidade do ato administrativo quanto a de inocência do indivíduo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares. Denegar a segurança, unânime, com o parecer. Ausentes, justificadamente, o 2º e 6º vogais.

Campo Grande, 7 de outubro de 2009.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Olga Lemos Cardoso de Marco impetra Mandado de Segurança contra ato praticado pela ex-Presidente do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado e ex-Procuradora-Geral da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, e pelo Presidente do Conselho Superior da Defensoria Pública e Procurador-Geral da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na revogação do Concurso de Promoção para Classe de Procurador da Defensoria Pública, aberto pelo Edital PGDP/014/2001, de 5.6.2001.

Aduz, em síntese, que concorria no referido certame para o cargo de Procurador da Defensoria Pública, bem como que o referido concurso se encontrava *sub judice,* analisando se o candidato Almir Silva Paixão preenchia ou não os requisitos necessários a recorrer, quando a primeira autoridade revogou o concurso, sob o fundamento de conveniência da Administração, o que acredita ser para proteger o candidato *sub judice*, pois outro concurso foi aberto pouco mais de um mês depois, quando então o referido concorrente passou a preencher os requisitos necessários.

Alega ser evidente o desvio de finalidade da revogação do concurso anterior, com o fim de beneficiar o candidato Almir Silva Paixão. Defende que, para a revogação pudesse ser levada a efeito, necessitaria, além de permissivo legal, de aprovação pelo Conselho Superior da Defensoria Pública (art. 8º, VIII, RICSDP), o que foi desprezado pela primeira autoridade coatora, que produziu singularmente o ato, e sem disposição legal que o amparasse.

Afirma terem sido infringidos os princípios da legalidade, impessoalidade, finalidade, moralidade, publicidade e eficiência administrativa.

Requereu a concessão de liminar, por entender estarem presentes os requisitos autorizadores, para suspender o concurso atualmente em curso, não efetuando a promoção de nenhum candidato até o julgamento final da demanda, e, por fim, requer seja concedida a segurança para que seja anulado o ato que revogou o Concurso de Promoção aberto pelo Edital PGDP/014/2001, de 5.6.2009, tornando nulos os atos subsequentes, inclusive a abertura do novo concurso.

A liminar foi deferida às f. 134-137.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou as informações às f. 131-172, suscitando preliminar de existência de recuso administrativo com feito suspensivo e falta de interesse processual, em razão da impetrante não ter figurado na lista tríplice do novo concurso. No mérito, sustentou a ausência de direito líquido e certo, pois tanto a abertura como a revogação de concurso para promoção é ato discricionário da Administração, motivado pela conveniência e oportunidade, o que se extrai do próprio Regimento Interno do Conselho Superior da Defensoria Pública – art. 8º, VIII e art. 34, § 2º.

Nesse passo, alega ter sido respeitado o direito líquido e certo da impetrante concorrer em igualdade de condições com os demais candidatos que preenchiam os requisitos para participar do certame de promoção. Aduz, ainda, que o mandado de segurança anteriormente impetrado, para discutir a candidatura de Almir Silva Paixão, foi extinto pela perda de objeto, em face da revogação do concurso, decisão contra a qual a impetrante não interpôs recurso. Por fim, requereu a denegação da ordem.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo afastamento das preliminares e, no mérito, pela denegação da segurança.

O então relator, Des. Horácio Vanderlei Pithan, por entender a ocorrência da coisa julgada material, indeferiu monocraticamente o mandado de segurança, com base no art. 8º da Lei n. 1.533/51, decisão mantida pelo colegiado após a interposição de Agravo Regimental.

Em sede de Recurso Ordinário, a referida decisão foi reformada pelo STJ, que determinou o retorno dos autos a este e. Tribunal (f. 323-328), para que fosse julgado o mérito deste *mandamus,* que veio concluso a esta relatora.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Passo diretamente à análise do mérito, em observância ao que restou determinado na decisão de f. 323-328.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Olga Lemos Cardoso de Marco, contra ato praticado pela ex-Presidente do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado e ex-Procuradora-Geral da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, e pelo Presidente do Conselho Superior da Defensoria Pública e Procurador-Geral da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na revogação do Concurso de Promoção para Classe de Procurador da Defensoria Pública, aberto pelo Edital PGDP/014/2001, de 5.6.2001, bem como na abertura de novo certame, através do Edital PGDP/006/2003.

Tenho que a ordem deve ser denegada.

Isso porque se verifica que o ponto nodal destes autos está assentado na suposta ilegalidade da revogação do concurso de promoção acima citado, que para ser válida necessitaria, além de permissivo legal, de aprovação pelo Conselho Superior da Defensoria Pública (art. 8º, VIII, RICSDP).

Vejamos o que dispõe o dispositivo invocado pela impetrante em suas argumentações:

> Art. 8º – Compete ao Conselho Superior da Defensoria Pública:
>
> VIII – organizar e homologar os concursos de ingresso e julgar os de remoção e acesso na carreira;

Resta claro, da simples leitura do dispositivo acima, que não compete ao Conselho Superior da Defensoria Pública revogar, encerrar ou sequer homologar concursos de promoção realizados na instituição em comento, razão pela qual o ato de revogação não precisava ser submetido a seu julgamento, podendo ser praticado singularmente pela autoridade que instaurou o procedimento, no uso das atribuições que lhe concede a legislação atinente à matéria – art. 18 da Lei Complementar Estadual n. 51/90:

> Art. 18. Compete ao Procurador-Geral da Defensoria Pública, como auxiliar direto do Governador do Estado, além de outras atribuições que lhe sejam conferidas por Lei ou que forem inerentes ao seu cargo, especialmente:
>
> I - dirigir e representar a Defensoria Pública;
>
> II - planejar e executar, em todo o Estado, a política da Defensoria Pública;
>
> III - firmar convênio ou ajustes com entidades públicas e particulares, visando à melhoria dos serviços da Defensoria Pública;
>
> IV - convocar o Colégio de Procuradores e o Conselho Superior da Defensoria Pública, presidir-lhe as sessões e dar execução as suas deliberações, quando for o caso;
>
> V - designar o Corregedor-Geral;

> VI - diligenciar o provimento dos cargos praticando os atos de concessão de direitos e vantagens, indenizações, férias, licenças, dispensa do serviço e aplicação de sanções, inclusive designação para o exercício de funções;
>
> VII - promover abertura de concurso para provimento de cargos efetivos da Defensoria Pública e da sua Procuradoria-Geral, presidindo sua realização;
>
> VIII - dar posse aos membros da Defensoria Pública;
>
> [...]
>
> XXVIII - exercer outras atribuições que lhe forem conferidas por lei ou que forem inerentes a seu cargo.

No que se refere ao permissivo legal, é prescindível a existência de norma específica que permita à autoridade praticar a revogação de um ato administrativo que deixa de atender à necessidade e conveniência da Administração – satisfação do interesse público –, em razão de seu Poder Discricionário, que encontra seus limites somente no interesse social ou coletivo, sob pena de desvio de finalidade.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello[1]:

> A revogação tem lugar quando uma autoridade, no exercício de competência administrativa, conclui que um dado ato ou relação jurídica atendem ao interesse público e por isso resolve eliminá-los a fim de prover de maneira mais satisfatória às conveniências administrativas.
>
> Pode-se conceituá-la do seguinte modo: **revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuadas por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes.**
>
> Portanto: […] **seu fundamento é uma competência discricionária para incidir sobre situação dantes regulada**;

In casu, em que pesem as alegações iniciais, não vislumbro que as autoridades impetradas tenham praticado o ato administrativo com interesse particular, ensejando o alegado desvio de finalidade, mesmo porque em nenhum momento a impetrante foi impedida de concorrer à promoção em condições de igualdade com os demais candidatos.

Ademais, insta salientar que o ato administrativo goza de presunção de legalidade e legitimidade, assim como que a má-fé não se presume, sob pena de violar o princípio da presunção de inocência. Nesse passo, se não restaram comprovados os fatos alegados na inicial, não se pode presumir que Almir Silva Paixão tenha sido intencionalmente beneficiado com o ato impugnado.

Nesse sentido é o entendimento dos Tribunais Superiores:

> EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ANULAÇÃO DO XVIII CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. I - **O exame**

1 **Curso Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 326

dos documentos que instruem os PCAs 371, 382 e 397 não autoriza a conclusão de que teria ocorrido afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade na realização do XVIII concurso para ingresso na carreira inicial da magistratura do Estado de Rondônia. II - **Não é possível presumir a existência de má-fé ou a ocorrência de irregularidades pelo simples fato de que duas das candidatas aprovadas terem sido assessoras de desembargadores integrantes da banca examinadora**. III - Segurança concedida." (STF, MS 26700/RO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 21.5.2008).

"EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE TORNOU NULA A ADMISSÃO DE SERVIDOR NA SECRETARIA DO TRT DA 13ª REGIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO TCU. APROVAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE QUE OCUPAVA CARGO DE JUIZ CLASSISTA. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. POSSE E EXERCÍCIO APÓS O PRAZO LEGAL. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CULPA DO SERVIDOR. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O Tribunal de Contas da União é parte legítima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, quando a decisão impugnada revestir-se de caráter impositivo. Precedentes. 2. Ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório: inexistência, visto que o impetrante teve oportunidade de interpor pedido de reconsideração e de manifestar-se em embargos de declaração perante o órgão impetrado. 3. Acumulação de cargos. Óbice à posse de candidato aprovado em concurso público, afastado pela superveniente aposentadoria proporcional do interessado como Juiz Classista (EC 20/98, artigo 11). 4. Não se pode considerar nula a posse efetivada após decorrido o prazo legal, se o candidato, tendo cumprido todas as exigências legais, não contribuiu para a mora da Administração. 5**. Mera presunção sem base probante não autoriza a conclusão de que houve má-fé na postergação do ato administrativo.** 6. Não é decadencial o prazo de trinta dias, haja vista que a própria lei admite hipóteses de suspensão do trintídio para a posse e exercício. Casos excepcionados pelo TCU em que esse termo não tem sido cumprido. Segurança concedida." (STF, MS n. 24001/DF, Tribunal Pleno, Min. Maurício Corrêa, julgado em 20.5.2002).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VALORES RECEBIDOS A MAIOR POR AGENTES POLÍTICOS. CONDENAÇÃO À DEVOLUÇÃO. LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. NÃO COMPROVADOS. DANO EFETIVO. AUSÊNCIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. A simples indicação do dispositivo tido por violado (art. 186, do CC; arts. 62 e 63, da Lei n. 4.320/64 e art. 4º, III, "a", da Lei n. 4.717/64), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, consoante se infere do voto condutor do acórdãos de apelação (f. 799-810) e dos embargos de declaração (f. 821-823), obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ: "Inadimissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo."

2. A exigência do prequestionamento, impende salientar, não é mero rigorismo formal, que pode ser afastado pelo julgador a que pretexto for. Ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas ao E. Superior Tribunal de Justiça, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 105. Neste dispositivo não há previsão de apreciação originária por este E. Tribunal Superior de questões como a que ora se apresenta. A competência para a apreciação originária de pleitos no C. STJ está exaustivamente arrolada no mencionado dispositivo constitucional, não podendo sofrer ampliação.

> 3. In casu, a conclusão do Tribunal local acerca da ausência de lesividade à Municipalidade, quanto às contratações realizadas à míngua de procedimento licitatório durante o ano de 1.988, vale dizer, há 20 (vinte) anos atrás, conducente ao parcial provimento da apelação dos demandados, ora recorridos, decorreu do exame do contexto fático-probatório encartado nos autos, fato que denota a insindicabilidade do thema pelo STJ, ante o óbice erigido pela Súmula 07 desta Corte
>
> 4. A título de argumento *obiter dictum* merece destaque as situações fáticas, insindicáveis nesta Corte, assentadas pelo Tribunal local:"[...] O problema é que não se pode falar em lesão ou dano ao patrimônio público municipal apenas e tão-somente em virtude de questionadas irregularidades de forma, no tocante à prestação de contas dos administradores do município. É que, não havendo prova no sentido de que tenha o administrador se beneficiado com as operações relativas às alegadas falhas formais, não se admite tenha havido comprovação de ocorrência de prejuízo do erário municipal. Até mesmo pelo contrário. Dos documentos e demais elementos de prova constantes dos autos, depreende-se que, até demonstração cabal em contrário, as verbas aqui versadas devem ser tidas como tendo sido revertidas em prol da comunidade do Município de São João Nepomuceno. [...] Estabelecida desta forma a necessidade de se comprovar a responsabilidade do Administrador, seja por má-fé, dolo, ou locupletamento ilícito (ainda que inexistentes as duas primeiras modalidades de vícios), verifica-se, ante a análise da extensa documentação acostada pelas partes, que o Ministério Público, na verdade, não conseguiu comprovar a existência de qualquer destes elementos, no tocante à maior parte do débito atribuído aos Apelantes. De fato, no que se refere às "autorizações de despesas não afetas ao município"; aos "pagamentos de notas de empenho sem notas fiscais"; à "autorização de despesas e pagamentos sem empenho prévio"; e às "obras, compras e serviços sem a observância do princípio licitatório", **não se vislumbra comprovação de que tenha o ex-alcaide do Município de São João Nepomuceno operado com a necessária má-fé, ou que tenha obtido qualquer vantagem ilícita nestas operações.** Assim, a meu ver, não há como se condenar o ex-prefeito a proceder à devolução das verbas contidas nos pontos acima elencados, uma vez que a presunção é de que tais verbas tenham revertido para o proveito da coletividade do município em questão**. Vale dizer, sem a comprovação do locupletamento ilícito ou da má-fé do ex-administrador, corre-se o risco de impor ao mesmo uma condenação completamente injusta, o que inclusive viria a afrontar o princípio constitucionalmente assegurado da presunção de inocência[**...]"
>
> 5. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 866129/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.11.2008).

Ressalta-se que este é um remédio constitucional em que o direito deve ser líquido e certo, demonstrável por provas documentais pré-constituídas. Sob esse prisma, tenho que não restou comprovado que a primeira autoridade impetrada tenha praticado a revogação do concurso de promoção em benefício de particular, e não por oportunidade e conveniência da Administração.

Desse modo, não sendo constatada a ilegalidade apontada na inicial, forçoso é reconhecer a ausência de direito líquido e certo a amparar a pretensão motivadora deste mandado de segurança, pelo que, com o parecer, denego a ordem impetrada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES. DENEGARAM A SEGURANÇA, UNÂNIME, COM O PARECER. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, O 2º E 6º VOGAIS.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves, Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Ildeu de Souza Campos e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 7 de outubro de 2009.

***

Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2008.027022-3/0001-00
Campo Grande - Segunda Seção Cível
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

E M E N T A – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – FINANCIAMENTO – JUROS REMUNERATÓRIOS – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO STJ – CAPITALIZAÇÃO EM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO – POSSIBILIDADE – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – PERMITIDA APÓS A MORA E COM O AFASTAMENTO DOS DEMAIS ENCARGOS – RECURSO PROVIDO.

Não havendo prova a contento de que os juros remuneratórios praticados destoam da taxa média de mercado, não há que se falar em sua limitação, devendo ser mantido conforme o pactuado, consoante entendimento pacífico do Superior Tribunal Federal.

A capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano é permitida nos contratos celebrados após a Medida Provisória n. 1963-17, de 31.3.2000.

É legal a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, aplicável após a mora, devendo, para tanto, ser afastados os demais encargos – juros moratórios e remoratórios, correção e multa – consoante entendimento do STJ, externado, inclusive, pelas Súmulas 296, 294 e 30.

Recurso provido.

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, dar provimento aos embargos, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 15 de outubro de 2009.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

BV FINANCEIRA S/A interpõe embargos infringentes contra o acórdão proferido pela Colenda Primeira Turma Cível que, por maioria, nos termos do voto do relator, deu provimento ao recurso de apelação apresentado por Elizeu de Souza Fernandes contra a decisão proferida nos autos da *Ação Revisional de Contrato c/c Consignação em Pagamento*, proposta por aquele em seu desfavor.

Alega, em síntese, que deve prevalecer o voto de não provimento ao recurso de apelação proferido pelo i. Relator Des. Josué de Oliveira, porquanto encontra-se em total consonância com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça.

Aduz que os juros remuneratórios devem permanecer no percentual contratado, ante a inaplicabilidade do Decreto n. 22.626/33.

Argumenta ser legal a cobrança da capitalização mensal de juros e da comissão de permanência.

Ao final, pugna pelo provimento dos embargos infringentes, a fim de que prevaleça o voto vencido proferido no julgamento do recurso de apelação.

O embargado apresentou contrarrazões às f. 213-221, postulando pelo improvimento dos embargos.

VOTO

A Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

De início, verifica-se que o objeto discutido nestes autos se refere a um contrato de financiamento, onde foi alienado um veículo automotor como garantia fiduciária do negócio entabulado.

Pretende o embargante a prevalência do voto vencido, da lavra do i. relator Des. Josué de Oliveira, que negava provimento ao recurso de apelação do embargado por entender que não é ilegal a cobrança de juros remuneratórios superiores a 12% (doze por cento) ao ano, da capitalização mensal de juros e da comissão de permanência.

A meu ver, o recurso deve ser provido.

Dos Juros Remuneratórios

Após reiterada manifestação do Superior Tribunal de Justiça[2] acerca da possibilidade de cobrança de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, sobretudo após a conclusão do julgamento do primeiro recurso repetitivo relativo a contratos bancários (REsp. n. 1.061.530 – RS[3]), alterei meu posicionamento, admitindo a cobrança de juros remuneratórios acima daquele percentual, desde que não destoantes da média de mercado[4].

Isso porque, quanto à competência recursal, a função do STJ é justamente garantir uniformidade de interpretação da lei federal, de modo que os tribunais pátrios harmonizem seus entendimentos sobre determinado assunto[5]. Assim, imperioso seguir a orientação consolidada daquela Corte, sobretudo após o advento da Lei n. 11.672/2008[6] (Lei dos Recursos Repetitivos).

---

2 Vide *AgRg no Ag 1073312/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16.12.2008, DJ 11.2.2009; AgRg no REsp n. 1065947/MS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 25.11.2008, DJ 9.12.2008.*

3 *"ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS - a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto n. 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto."*

4 Nas palavras do Ministro Ari Pargendler, "*do ponto de vista jurídico, são abusivos apenas os juros remuneratórios que destoam da média do mercado sem estarem justificados pelo risco próprio do negócio — conclusão que, no entanto, depende de prova in concreto[...]*" (AgRg no REsp n. 747.522/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 2.9.2008, DJ 20.11.2008)

5 Vide art. 105, III, "c", da Constituição Federal:
"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...] c) ***dar a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal****." (destacou-se)*

6 *"Acresce o art. 543-C à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça."*

Com efeito, é preciso observar que o princípio do livre convencimento motivado não pode ser visto de forma isolada, já que encontra limites na própria lei e em outros princípios constitucionalmente consagrados, dentre eles, o princípio da valoração e relevância dos pontos de vista, segundo o qual os pontos de vista incumbidos de interpretar as normas constitucionais devem promover a unidade política proposta e criada pela Constituição Federal[7].

Ora, se por força da nossa Lei Maior o STJ é incumbido de pacificar a interpretação de lei federal e já o fez na questão dos juros remuneratórios, ao órgão julgador inferior compete tão-somente a análise desses juros segundo a média de mercado e desde que observado o princípio da função social do contrato.

No presente caso, não há prova a contento de que os juros remuneratórios praticados destoam da taxa média de mercado; assim, não há como limitá-los, já que não se afiguram abusivos.

Desse modo, mantenho os juros remuneratórios conforme o pactuado entre as partes.

Da Capitalização de Juros

Conforme reiteradamente vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça[8], é legal a capitalização de juros em período inferior a um ano para os contratos celebrados a partir de 31.3.00, em aplicação ao art. 5º da Medida Provisória n. 1963-17, desde que pactuada.

Por outro lado, para contratos anteriores àquela data, o mesmo Tribunal havia pacificado o entendimento segundo o qual não cabia capitalização, aplicando-se a regra do Decreto n. 22.626/33. É o que se vê do seguinte julgado:

> *"Financiamento para compra de veículo. Renegociação: possibilidade de revisão. Juros. Capitalização. TR. Precedentes da Corte.*
>
> *1. Tratando-se de renegociação de débitos financeiros é válida a apreciação judicial do negócio desde a sua origem.*
>
> *2. Não existe nos contratos de financiamento comum a limitação dos juros remuneratórios.*
>
> *3. É vedada a capitalização dos juros em contratos de financiamento para os quais não exista previsão específica. […]*(REsp n. 285.827/RS, Terceira Turma, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 27.8.2001, DJ 8.10.2001 p. 213).

O eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito fez constar de seu voto o seguinte:

> *"O terceiro ponto é sobre a capitalização.* ***A Corte tem entendido que não cabe a capitalização em contratos do tipo questionado neste feito, observada a vedação cominada no Decreto n. 22.626/33****: REsp n. 149.638/RS, da minha relatoria, DJ de 22.2.1999; REsp n. 234.485/RS, da minha relatoria, DJ de 1.8.2000; REsp n. 180.940/RS, Relator o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 22.2.1999; REsp n. 156.773/RS, da minha relatoria, [...]"* (destacou-se).

7 Como se extrai da lição de Uadi Lammêgo Bulos, ao citar Konrad Hesse: "se a Constituição propõe criar e manter a unidade política, os pontos de vista incumbidos de interpretar as suas normas, diante dos problemas jurídico-constitucionais, devem promover a manutenção de tal unidade" (*in* Bulos, Uadi Lammêgo. "**Manual de interpretação constitucional**". São Paulo: Saraiva, 1997, p. 40).

8 *Vide* AgRg no Ag n. 1013961/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 17.2.2009.

No presente caso, o contrato havido entre as partes é posterior à Medida Provisória n. 1963-17, razão dou provimento ao recurso para o fim de manter a capitalização na forma pactuada.

Da comissão de permanência

Embora a questão da comissão de permanência não tenha sido ainda apreciada pelo rito da Lei dos Recursos Repetitivos, acompanho o posicionamento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA. CUMULAÇÃO COM OS DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. PROIBIÇÃO. COBRANÇA LIMITADA À TAXA PACTUADA NO CONTRATO. SÚMULAS 30, 294 E 296/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> 1. É possível a cobrança de comissão de permanência desde que não cumulada com outros encargos moratórios, sempre limitada ao percentual fixado no contrato (Súmula n. 294/STJ) 2. O recurso veicula tese manifestamente contrária ao entendimento pacífico do STJ, sendo, dessa forma, manifestamente infundado, o que implica aplicação de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao seu depósito, nos termos do art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp n. 1070680/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 9.6.2009, DJ 22.6.2009) (destacou-se).
>
> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO LIMITAÇÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MATÉRIAS PACIFICADAS.
>
> A decisão agravada está em conformidade com a orientação pacificada nesta Corte no sentido da possibilidade de cobrança de comissão de permanência, não cumulada com outros encargos, e da não limitação dos juros remuneratórios com base na lei de usura. Dessa forma, é de rigor a incidência da Súmula 83 deste Superior Tribunal de Justiça. 2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp n. 990.109/MS, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 28.10.2008, DJ 17.11.2008).
>
> "Agravo regimental. Recurso especial. Ação revisional. Contrato bancário. Cumulação da comissão de permanência com juros moratórios e multa contratual. Precedentes da Corte. Limitação à taxa do contrato.
>
> 1. Confirma-se a jurisprudência da Corte que veda a cobrança da comissão de permanência com os juros moratórios e com a multa contratual, ademais de não permitir a sua cumulação com a correção monetária e com os juros remuneratórios, a teor das Súmulas n. 30, 294 e 296 da Corte.
>
> 2. A comissão de permanência permitida à base da taxa média dos juros de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil não pode ultrapassar o que foi pactuado. 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp n. 790.637/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 15.3.2007, DJ 4.6.2007 p. 344).

Transcrevo nesta oportunidade parte do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, referente ao último julgado supramencionado:

> "A jurisprudência desta Corte, aos poucos, foi enfrentando a comissão de permanência diante de outros encargos cobrados nos contratos bancários, analisando a finalidade destes últimos. Historicamente, foi afastada, em primeiro lugar, a cumulação da comissão de permanência com a correção monetária, restando editada a Súmula n. 30/STJ.
>
> Simultaneamente a esta discussão, já havia precedentes consolidando a orientação de que não seria possível a cobrança cumulativa da comissão de permanência, também, no tocante à multa e aos juros de mora [...].
>
> Em 12 de março de 2003, finalmente, concluiu-se o julgamento do REsp n. 271.214/RS, iniciado em 24.10.2001, perante a Segunda Seção, no qual fui designado Relator para lavrar o acórdão, vencido o Ministro Ari Pargendler, DJ de 4.8.2003, oportunidade em que restou firmada a orientação de que não se poderia cumular a comissão de permanência, também, com os juros remuneratórios diante da natureza jurídica e da finalidade daquela.
>
> [...]
>
> A comissão de permanência, caso seja pactuada, não pode ser cumulada com outros encargos da mora, criados por lei e com finalidades específicas, sob pena de incorrer em bis in idem.
>
> Esse entendimento restou consolidado na Segunda Seção desta Corte, em julgamentos ocorridos em 27/4/05, no AgRgREsp n. 712.801/RS, de minha relatoria, DJ de 4.5.2005, e no AgRgREsp n. 706.368/RS, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 8.8.2005, no sentido de não ser cabível a cobrança da comissão de permanência cumulada com os juros moratórios e com a multa contratual, ademais de vedada a sua cumulação com a correção monetária e com os juros remuneratórios.
>
> [...]
>
> Quanto ao ponto da limitação da comissão de permanência pela taxa de juros remuneratórios, já decidiu a Terceira Turma desta Corte, em precedente da minha relatoria, que 'a comissão de permanência permitida à base da taxa média dos juros de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil não pode ultrapassar o que foi pactuado, ensejando mais do que uma simples correção monetária, já que em sua formação é encontrada, também, taxa de juros. Nesse caso, sendo a comissão de permanência composta, igualmente, de juros remuneratórios, deve sofrer a limitação destes, como alinhavado no julgamento do REsp n. 139.343/RS, sendo certo que em alguns casos o contrato pode estabelecer, especificamente, uma taxa para a comissão de permanência, ficando, em conseqüência, limitada a essa taxa. Assim decidimos no REsp n. 271.214/RS, DJ de 4.8.2003, Segunda Seção, no qual fui designado Relator para acórdão" (AgRg em EDcl em Ag n. 631.636/RS, DJ de 9.5.2005).

Sobre o tema, anote-se os seguintes precedentes:

> 'COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO. CDC, ART. 51. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E 356/STF. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. VEDAÇÃO. SÚMULA

> N. 121-STF. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INCIDÊNCIA. PERÍODO DA INADIMPLÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. CARÊNCIA DA AÇÃO. CPC, ART. 267, IV.
>
> [...]
>
> III. Segundo o entendimento pacificado na 2ª Seção (REsp n. 271.214/RS, Rel. p. acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, por maioria, DJU de 4.8.2003), os juros remuneratórios serão devidos até o advento da mora, quando poderão ser substituídos pela comissão de permanência, calculada pela variação da taxa média do mercado, segundo as normas do Banco Central, limitada aos valores dos encargos do período de vigência do contrato.
>
> [...] (REsp n. 399.274/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 22.3.2004).
>
> [...]
>
> 'COMERCIAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. VEDAÇÃO. SÚMULA N. 121-STF. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INCIDÊNCIA. PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA. LIMITE. VERBA HONORÁRIA. COMPENSAÇÃO. VALIDADE. ART. 21 DO CPC. ARTS. 22 E 23 DA LEI N. 8.906/94.
>
> I. Segundo o entendimento pacificado na egrégia Segunda Seção (REsp n. 271.214/RS, Rel. p/acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, por maioria, DJU de 4.8.2003), os juros remuneratórios serão devidos até o advento da mora, quando poderão ser substituídos pela comissão de permanência, calculada pela variação da taxa média do mercado, segundo as normas do Banco Central, limitada à taxa de juros pactuada, acrescida dos encargos contratuais previstos para a inadimplência e observado o teor da Súmula n. 30-STJ.
>
> [...] (AgRg em REsp n. 594.936/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 15.3.2004). [...]"(destacou-se).

Como se vê do voto acima destacado, o STJ pacificou o entendimento de que os juros remuneratórios são devidos enquanto cumprido o avençado entre as partes; porém, a partir do inadimplemento passa a ser devida tão-somente a comissão de permanência, afastando-se quaisquer outros encargos decorrentes da mora.

Nessa linha de raciocínio a Corte Superior sumulou a questão:

> Súmula n. 296 - "Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado." (Segunda Seção, julgado em 12.5.2004).
>
> Súmula n. 294 - "Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato." (Segunda Seção, julgado em 12.5.2004).
>
> Súmula n. 30 - "A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis." (Segunda Seção, julgado em 9.10.1991).

No caso em tela, o contrato **prevê** a comissão de permanência, motivo pelo qual mantenho tal encargo, a partir da mora, com o afastamento de outros (juros moratórios, juros remuneratórios, correção monetária – seja por TR, IGPM ou INPC –, multa, etc).

Por todo o exposto, dou provimento aos presentes embargos infringentes, para que prevaleça voto do i. Des. Josué de Oliveira no tocante à possibilidade de cobrança de juros superiores a 12% ao ano, capitalização em periodicidade inferior a um ano e aplicação da comissão de permanência a partir da mora, desde que afastados os demais encargos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AOS EMBARGOS, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência da Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Dorival Renato Pavan, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves e Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 15 de outubro de 2009.

***

Habeas Data n. 2009.017857-5 - Capital
Órgão Especial
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – *HABEAS DATA* – PRETENSÃO DA PARTE OBTER CÓPIA INTEGRAL DAS TRANSCRIÇÕES DE SESSÕES DE JULGAMENTO – INEXISTÊNCIA DE INFORMAÇÕES RELATIVAS À PESSOA DO IMPETRANTE, CONSTANTES DE REGISTRO OU BANCO DE DADOS DE ENTIDADES GOVERNAMENTAIS OU DE CARÁTER PÚBLICO – INOCORRÊNCIA DA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 7º DA LEI 9.507/97 – PRETENSÃO QUE NÃO SE COADUNA COM O OBJETIVO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL UTILIZADO – ORDEM DENEGADA.

Constatando-se que a pretensão do impetrante é obter documentos hábeis a instruir futura ação, bem como a inexistência de informações relativas a sua pessoa constante em registros ou banco de dados públicos, transmissíveis a terceiros, a presente via é inadequada.

Não havendo subsunção às hipóteses elencadas no art. 7º da Lei n. 9.507/97, a denegação da ordem é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, denegar o *habeas data*. Ausentes, justificadamente, os vogais 9º e 11º.

Campo Grande, 25 de novembro de 2009.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Luiz Eduardo Auricchio Bottura impetra *Habeas Data* com pedido liminar, contra o Exmo. Sr. Desembargador Corregedor-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, em razão de que, sem sucesso até o momento, requereu junto ao impetrado o fornecimento de cópia integral da transcrição do julgamento do Mandado de Segurança n. 2009.008811-1, e seu respectivo agravo regimental.

Afirma que seu requerimento foi protocolado há mais de 10 dias e até o presente momento o impetrado não forneceu as informações solicitadas, que se referem a sua pessoa, configurando a hipótese prevista no art. 7º, I, da Lei n. 9.507/97.

Requer seja julgado procedente o pedido, marcando-se dia e hora para que o impetrado apresente as informações requeridas, nos termos do art. 13 da Lei n. 9.507/97.

A autoridade coatora prestou informações às f. 106-108, suscitando preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, pugnou pela improcedência do pleito com fulcro na Súmula n. 02 do STJ.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do remédio constitucional, bem como por sua denegação.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de *habeas data* impetrado por Luiz Eduardo Auricchio Bottura, em razão do pedido realizado junto ao Exmo. Sr. Desembargador Corregedor-Geral de Justiça deste Tribunal, visando a obtenção de cópia integral da transcrição do julgamento do Mandado de Segurança n. 2009.008811-1 e seu respectivo regimental, baseando sua pretensão no art. 7º da Lei n. 9.507/97.

Da preliminar de inadequação da via eleita

O impetrado suscitou preliminar de inadequação da via eleita, acarretando em falta de interesse de agir do impetrante.

Considerando a especificidade do presente remédio constitucional, tenho que a preliminar argüida pela autoridade impetrada se confunde com o mérito, onde será analisado se houve subsunção do fato à norma invocada pelo impetrante.

Do mérito

O presente *habeas data* deve ser denegado.

Vejamos o que dispõe o diploma invocado pelo impetrante:

> Art. 7° Conceder-se-á *habeas data*:
>
> I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
>
> II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;
>
> III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.
>
> Art. 8° A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil será apresentada em duas vias e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.
>
> Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:
>
> I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

> II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou
>
> III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2° do art. 4° ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.
>
> Art. 9°. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que julgar necessárias.
>
> Art. 10º. A inicial será desde logo indeferida, quando não for o caso de habeas data, ou se lhe faltar algum dos requisitos previstos nesta Lei.
>
> Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso previsto no art. 15.

Com efeito, Alexandre de Moraes define o *habeas data "**como o direito que assiste a todas as pessoas de solicitar judicialmente a exibição dos registros públicos ou privados, nos quais estejam incluídos seus dados pessoais,** para que deles se tome conhecimento e se necessário for, sejam retificados os dados inexatos ou obsoletos ou que impliquem em discriminação.*[1] "

No presente caso, o impetrante não aspira a exibição de seus dados pessoais que eventualmente se encontrem em registro público, mas sim a transcrição integral de sessões de julgamento – documentos internos –, que apenas dizem respeito a este e. Tribunal de Justiça. Por mais que o impetrante figure como parte em processos julgados por este Tribunal, tal fato não implica existirem dados pessoais registrados a seu respeito durante as sessões, mesmo porque os resultados dos julgamentos são devidamente lavrados e publicados.

Nesse sentido já se pronunciou o STJ:

> RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. *HABEAS DATA*. CABIMENTO. OBTENÇÃO DE CERTIDÃO JUNTO AO INSTITUTO MILITAR DE ENGENHARIA – IME. CONTAGEM PARA O BENEFÍCIO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO À INFORMAÇÃO. ART. 5º, XXXIII, DA CARTA MAGNA DE 1.988. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PLEITO QUE DEVE SER DEDUZIDO EM SEDE DE WRIT OF MANDAMUS.
>
> 1. A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, LXXII que conceder-se-á *habeas data:* a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.
>
> 2. A Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1.997, por sua vez, ao disciplinar o habeas data, acrescentou mais uma hipótese de cabimento da medida, além daquelas já previstas constitucionalmente, dispondo, em seu art. 7º, III, verbis: para anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.
>
> Sob esse enfoque, a ratio essendi do habeas data é assegurar, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica que se distingue nos seguintes aspectos: a) direito

1 *In* **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 151.

> ao acesso de registro; b) direito de retificação de registro e c) direito de complementação de registros. Portanto, o referido instrumento presta-se a impulsionar a jurisdição constitucional das liberdades, representando no plano institucional a mais eloqüente reação jurídica do Estado às situações que lesem, de forma efetiva ou potencial, os direitos fundamentais do cidadão.
>
> [...]
>
> 5. A pretensão do impetrante, de obter certidão para o cômputo do adicional por tempo de serviço, respeita ao direito de informação, cuja previsão encontra-se no art. 5º, XXXIII, da Carta Magna de 1.988, devendo ser pleiteada via mandado de segurança (precedentes: EDcl no HD n. 67, DF, Primeira Seção, Relª. Minª. Denise Arruda, DJ de 2.8.2004; HD n. 67 MC, SP, decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, DJ de 18.11.2004).
>
> 6. Recurso especial conhecido e provido, com o fim de declarar a impropriedade da via eleita pelo impetrante.

Sob esse prisma, indubitável que a pretensão do impetrante não se coaduna com o objetivo deste remédio constitucional, caracterizando a inadequação da via eleita, que viola o binômio necessidade-adequação, essencial à demonstração do interesse de agir, ao tempo em que também deixa de atender ao art. 7º da Lei n. 9.507/97, impedindo a concessão da ordem.

Este Tribunal já se pronunciou a respeito:

> E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL – HABEAS DATA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PRETENSÃO DA PARTE OBTER DOCUMENTOS PARA INSTRUIR FUTURA AÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Se a pretensão da parte é obter documentos a fim de instruir futura ação judicial, o habeas data não é a via adequação para tal intento.
>
> Conforme disposto no art. 7º da Lei n. 9.507/97, - conceder-se-á *habeas data*: I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.
>
> O *habeas data* não se confunde com a garantia constitucional de obter certidões ou documentos para instrução processual. (AgRg em HD n. 2009.017829-0/0001.00, Órgão Especial, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 2.9.2009).

Sobre os requisitos do *habeas data*, José da Silva Pacheco[2] explica que:

> O caráter público dos registros ou banco de dados advém da transmissão e não somente da transmissibilidade das suas informações. Ainda que, por seus atos constitutivos, seu regulamento interno ou por sua natureza, tenham conotação privada, se forem transmitidas as informações, dá-se-lhes tratamento condizente ao caráter público, porque o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.507-97 considera-os desse modo quando as informações sejam ou possam ser transmitidas.

2 *In* **O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 370.

> **Em síntese, pois, são de caráter público os registros e banco de dados sob a guarda**: **1º) de entidades ou órgãos públicos, sujeitos ao princípio da publicidade por sua própria natureza (art. 37 da Constituição); 2º) de entidades ou órgãos de qualquer natureza, ainda que privados, desde que as informações sejam transmissíveis ou transmitidas a terceiros** (Lei n. 9.507/97).

Como dito alhures, as informações buscadas por meio do presente instrumento, não caracterizam registro ou banco de dados sobre o impetrante, tampouco estão sujeitos à transmissão a terceiros, pois possuem a única finalidade de auxiliar a lavratura do acórdão que é publicado, este sim documento sujeito ao princípio da publicidade, e que está ao alcance do impetrante.

Constata-se que, na verdade, a intenção do impetrante é obter documentos hábeis a instruir futura ação judicial, o que vai de encontro com a finalidade desta via.

Ante o exposto, com o parecer, por não vislumbrar qualquer ilegalidade no ato apontado como coator, pela inocorrência da hipótese prevista no art. 7º da Lei n. 9.507/97, denego a ordem impetrada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DENEGARAM O HABEAS DATA. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS 9º E 11º.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Luiz Carlos Santini, Joenildo de Sousa Chaves, Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 25 de novembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.022117-2 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AUTOR DA AÇÃO QUE SE ENCONTRAVA NO INTERIOR DE ÔNIBUS DE PROPRIEDADE DA RÉ, VINDO ESTE A SE ENVOLVER EM ACIDENTE DE TRÂNSITO, CAUSANDO LESÕES – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA TRANSPORTADORA, POR DANOS CAUSADOS EM PASSAGEIRO – RECURSO PROVIDO

Afasta-se a preliminar de não-conhecimento do recurso por violação ao princípio da dialeticidade se o recorrente em sua peça expõe os fatos e o direito, com motivação e fundamentação indispensáveis ao seu conhecimento.

Em se tratando de transporte coletivo de passageiro, a responsabilidade civil da empresa concessionária é objetiva, por força do que prescreve o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, de maneira que somente admite-se sua exoneração de reparar o dano causado se provar que o evento decorreu de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

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, rejeitar a preliminar, unânime. Deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime.

Campo Grande, 1º de outubro de 2009.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Aurélio Hermes Vandresen interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais e morais em face de Expresso Maringá Ltda., objetivando sua reforma.

Em suas razões (f. 263-276), alegou não ter sido feita uma profunda análise dos documentos juntados aos autos e do laudo pericial apresentado, e que o julgamento pelo juízo *a quo,* pautou-se nas respostas de alguns quesitos, excluindo outros importantes.

Alegou que ao contrário da sentença proferida, a perícia reconheceu o dano estético, sendo necessária a realização de cirurgias plásticas.

A apelada apresentou contrarrazões, alegando ofensa ao princípio da dialeticidade e pelo não-conhecimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Aurélio Hermes Vandresen irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais e morais formulado em face de Expresso Maringá Ltda.

A) Preliminar de Ofensa ao Princípio da Dialeticidade.

Segundo a apelada, o apelante não atendeu ao princípio da dialeticidade para a propositura do recurso, porquanto deveria ele expor as razões do pedido da reforma da decisão, o que obsta o conhecimento do presente apelo.

Vê-se que o apelante discursou sua tese, trazendo os elementos imprescindíveis para que o Tribunal possa julgar o mérito do recurso, ponderando-as em confronto com os motivos da decisão recorrida.

Assim, rejeito a preliminar e passo à análise do mérito recursal.

B) Mérito.

Segundo se infere dos presentes autos, o autor ajuizou ação de indenização em face do apelado, devido ao acidente de trânsito que ocorreu como ônibus da empresa a qual viajava, e que foi vítima de tombamento do veículo, pelo fato do condutor ter perdido o controle da direção.

Em decorrência do acidente, o apelante passou por longo tempo em tratamento fisioterapêutico, e impossibilitado de praticar vários exercícios físicos e em decorrência das cirurgias e das lesões do acidente, ficou com diversas cicatrizes.

Afirmou que a sentença de primeira instância merece reforma, uma vez que o juízo *a quo*, não analisou devidamente os documentos juntados aos autos e o laudo pericial, que ao contrário da sentença, reconheceu a ocorrência de dano estético, e que seria necessária a realização de cirurgias plásticas, para melhorar algumas cicatrizes e o valor dependeria da instituição e profissional para fazer tal procedimento.

A sentença restou assim disposta em sua parte dispositiva:

> Ante o exposto julgo improcedentes os pedidos formulados nesta Ação de Indenização de Danos Materiais e Morais, proposta por Aurélio Hermes Vandresen, em face de Expresso Maringá Ltda, eis que não restaram devidamente comprovados nos autos os danos materiais e morais alegados.

Entendo que a sentença deve ser reformada.

A vítima sofreu lesão estética, que se subsume no conceito de dano moral, consistente em diversas cicatrizes na mão, braço, joelhos e couro cabeludo.

Trago à colação o seguinte precedente deste Sodalício:

> APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – AUSÊNCIA DE CULPA DO MOTORISTA DO COLETIVO – RESPONSABILIDADE

OBJETIVA – FATO DE TERCEIRO QUE GUARDA CONEXIDADE COM O TRANSPORTE – RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR.

O transporte constitui um contrato de adesão, em que o passageiro se obriga a pagar o valor da passagem, e no qual está ínsita a obrigação de incolumidade. Na responsabilidade decorrente de transporte terrestre não há que se perquirir de culpa do transportador, pois a responsabilidade deste é sempre presumida, resultando manifesta a obrigação de indenizar se não demonstrada a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. Não haverá exclusão da responsabilidade do transportador, se o dano foi ocasionado por fato de terceiro, que guarda conexidade com o transporte, inserindo-se nos riscos próprios do deslocamento.

DANOS MORAIS – DANOS ESTÉTICOS – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE.

Possível a cumulação dos danos material, estético e moral, ainda que decorrentes de um mesmo sinistro, se possível a identificação das condições justificadoras de cada espécie.

O dano moral sofrido pelo apelado decorre da lesão estética, que deixou como sequela algumas cicatrizes nos joelhos, tornozelo esquerdo e mão esquerda e no couro cabeludo, cujas cicatrizes poderão ser corrigidas por meio de cirurgia plástica reparadora, conforme atestado firmado pelo médico Luiz Roberto Rodrigues (f. 218-219). As fotografias encartadas às f. 47-50 e 56-58 também comprovam as lesões estéticas sofridas pelo apelado.

Também, ao que consta, a deformidade não resultou em incapacidade ou redução para o trabalho ou em debilidade permanente de membro, sentido ou função, até porque não foi juntado laudo de exame de corpo de delito complementar.

Considerando essas circunstâncias, a condição social da vítima, arbitro para a indenização por dano moral no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a fim de compensar o sofrimento imposto ao ofendido.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar a sentença de primeiro grau e condenar a empresa apelada ao pagamento de indenização por dano moral que arbitro em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a fim de compensar o sofrimento imposto ao ofendido.

O valor da indenização será corrigido monetariamente a partir desta data, em consonância com o enunciado da Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor: *"A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento"*.

Sobre o montante do débito, já atualizado monetariamente, incidirão juros moratórios de um por cento ao mês, a partir da data do evento danoso, qual seja 05 de janeiro de 2001, em consonância com o art. 406 do Código Civil, combinado com o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional e enunciado da Súmula 54 do STJ, *in verbis: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual."*

Condeno a apelada ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios que arbitro em quinze por cento sobre o montante da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, levando em consideração o trabalho realizado pelo profissional e o tempo despendido na sua execução.

Sempre que necessário, o cálculo de atualização monetária terá por base o Índice Geral de Preços de Mercado, divulgado pela Fundação Getúlio Vargas – IGP-M/FGV.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 1º de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.001422-6 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – VIATURA DO CORPO DE BOMBEIROS QUE COLIDINDO COM OUTRO VEÍCULO PERDE O CONTROLE E INVADE EMPRESA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO PREPOSTO ESTATAL E O PREJUÍZO OCASIONADO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – DENUNCIAÇÃO À LIDE DO TERCEIRO ENVOLVIDO – NÃO-CABIMENTO – RECURSOS IMPROVIDOS.

Na ação de reparação de danos, a responsabilidade do Estado é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, somente se eximindo o agente pelo fato, quando demonstrada culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Na averiguação do acidente de trânsito em si, a questão deve ser enfocada pelo aspecto da responsabilidade subjetiva, na qual haverá perquirição do verdadeiro culpado pelo acidente, motivo pelo qual, não se mostra razoável a denunciação da lide de terceiro, o que, inegavelmente se mostrará prejudicial aos autos.

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 negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 8 de outubro de 2009.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, que julgou procedente o pedido formulado na ação de indenização por danos morais que lhe ajuizou São Bento Comércio de Medicamentos e Perfumaria Ltda., apela a este Tribunal.

Alega em suas razões a ilegitimidade de parte, ante a existência de culpa de terceiro no referido acidente, faltando um dos requisitos que ensejam o dever de indenizar, ou seja, a culpa do causador do dano, que é *in casu*, do condutor do veículo GM/Celta, Sr. Guilherme Paulino de Souza, funcionário da Prossegur Brasil S.A. Transportadora de Valores e Segurança, devendo esta ser responsabilizada solidariamente, requerendo sua denunciação à lide.

Afirma que apesar de ser do apelante o veículo que invadiu o estabelecimento comercial da apelada, resta configurada a culpa do motorista do Celta, não devendo se aplicar a responsabilidade objetiva prevista no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, mas sim a responsabilidade subjetiva, onde há que se perquirir sobre a culpa do agente estatal.

Contrarrazões às f. 605-13.

O magistrado submete a sentença ao reexame necessário.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de apelação cível e reexame necessário em face da sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de indenização por danos materiais que São Bento Comércio de Medicamentos e Perfumaria Ltda. ajuizou em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Segundo consta dos autos, no dia 13.12.2005, às 19h40min, no cruzamento da Rua 14 de Julho com a Av. Fernando Correa da Cosa, o caminhão de propriedade do Corpo de Bombeiros, que se deslocava na Av. Fernando Correa da Costa para o atendimento de uma emergência, colidiu com o veículo GM/Celta que trafegava pela Rua 14 de Julho, momento em que se desgovernou e adentrou o estabelecimento comercial da requerente, provocando inúmeros danos materiais que incluiram o conserto do prédio e móveis, a aquisição de um freezer, remédios, lucros cessantes pela paralisação temporária das atividades.

O magistrado julgou procedente o pedido, restando consignada a sentença em sua parte dispositiva:

> Ante todo o exposto, julgo procedente o pedido para condenar o réu a pagar à autora os danos emergentes, no valor de R$ 18.314,31, e os lucros cessantes, correspondente ao lucro líquido, no período correspondente a seis dias, considerados os dias próximos à paralisação, corrigidos pelo INPC/IBGE a partir do desembolso, na primeira hipótese, e dos dias de interrupção do atendimento ao público, na segunda, aplicando-se os juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano sobre a condenação, a partir da citação. Condeno o réu ao pagamento de honorários de advogado, que fixo em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Sem custas em virtude de isenção legal.

Analiso conjuntamente, o recurso voluntário e o recurso obrigatório.

Alega inicialmente o apelante a ilegitimidade de parte, pois a culpa do acidente seria do condutor do veículo Celta, funcionário da empresa Prossegur Brasil S.A., requerendo sua denunciação à lide, por ser solidariamente responsável. A preliminar de ilegitimidade confunde-se com o mérito e como tal será tratada.

Trata-se no presente caso, de ação de indenização por danos materiais, proveniente de acidente de veículo, onde o veículo do apelante, após colidir com o veículo Celta dirigido por Guilherme Paulino de Souza invadiu a farmácia da apelada derrubando paredes e móveis, causando danos materiais.

Observo que no presente caso, incide a responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal prevendo que: *"as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Vê-se, assim, que é suficiente a simples comprovação da relação causal entre a conduta do agente e o resultado, não se exigindo a prova de culpa do servidor para que haja a responsabilização do Estado de indenizar, cabendo se aferir o dolo ou a culpa do agente causador do dano, somente para fins de ação regressiva.

Porém, se o Estado conseguir atribuir à vítima determinado grau ou culpa total na ocorrência do evento lesivo, ou então, o caso fortuito ou a força maior, aí sim haverá, conforme o caso, minoração proporcional do *quantum* indenizatório ou sua exclusão total, não se atribuindo ao Estado a responsabilidade pelo evento.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca do assunto:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INDENIZAÇÃO. http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=responsabilidadde+objetiva&u=http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=responsabilidade+objetiva&u=http://stf.gov.br/jurisprudencia/RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. [...] 5. Precedentes da Corte ao assentarem que "I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=responsabilidade+objetiva&u=http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=responsabilidade+objetiva&u=http://www.stf.gov.br/jurisprudencia responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II - Essa http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/sph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=responsabilidade+objetiva&u=http://stf.gov.br/jurisprudencia/http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/cph-brs?d=SJUR&n=responsabilidade+objetiva&u=http://stf.gov.br/jurisprudencia/responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. (RExtra n. 178.086-RJ) 6. Inexiste, na espécie, qualquer elemento a indicar tenha a vítima concorrido para o evento danoso. 7. Recurso conhecido e provido para julgar procedente a ação. (RExtra n. 217389/SP Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA. Segunda Turma. DJ 24.5.2002, PP-0006).

No caso presente, resta incontroverso que os danos sofridos pelo autor foram ocasionados por ato comissivo do agente bombeiro, preposto do apelante que, colidindo com veículo que atravessava a avenida à sua frente, perdeu o controle do seu veículo, que invadiu, literalmente, a empresa da apelada, conforme certidão de ocorrência n. 001/CMB/2006 (f. 30-6), croqui de f. 37 e fotos de f. 38-46.

Dessarte, resta configurada a responsabilidade do Estado em ressarcir os prejuízos causados ao apelado, haja vista o nexo causal evidente entre a conduta e o dano ocasionado, não cabendo a alegação de ilegitimidade passiva, ante a culpa de terceiro, pois que o objetivo da presente lide é a reparação dos danos diretos sofridos pela apelada e ocasionados pela viatura do apelante.

Não cabe também assim, o pedido de denunciação à lide do terceiro envolvido, pois, se restar ao final, comprovada a culpa do condutor do veículo Celta, como responsável pelo acidente, caberá ao apelante ação regressiva em relação a ele.

Como bem observou o magistrado de primeiro grau, a denunciação à lide neste momento, trará prejuízos aos autos, pois na análise do acidente de trânsito em si, caberá a averiguação de culpa concorrente ou exclusiva dos condutores envolvidos, uma vez que a questão deve ser vista sob a modalidade da responsabilidade subjetiva, não se aplicando a teoria do risco administrativo como no presente caso.

Assim, não configurada qualquer das causas excludentes da responsabilidade do Estado e, reconhecido o nexo de causalidade entre a conduta do agente estatal e os prejuízos ocasionados à apelada, a reparação do dano é medida que se impõe.

Ante todo o exposto, conheço de ambos os recursos, mas nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 8 de outubro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.006328-1 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – ÁREA DA SAÚDE – PLANTÕES EVENTUAIS (LEI N. 3.659/99) – INCIDÊNCIA DOS REFLEXOS SOBRE O 13º SALÁRIO, FÉRIAS E APOSENTADORIA SÃO PRESTADOS COM HABITUALIDADE – NÃO-PREVISÃO – VERBA DE CARÁTER EVENTUAL – RECURSO IMPROVIDO.

Os plantões eventuais são considerados serviços prestados pelos profissionais da área de saúde, na forma de 12 (doze) ou 6 (seis) horas consecutivas, em sistema de escala, por servidores em exercícios na unidade de saúde da Secretaria Municipal de Saúde, inclusive pelos profissionais integrantes do Convênio de Municipalização da Saúde (art. 1º, da Lei n. 3.659/99).

O 13º (décimo terceiro) salário é calculado com base no vencimento e vantagens de caráter habitual e correspondente a 1/12 (um doze avos) para cada mês trabalhado no respectivo ano.

O servidor fará jus, após cada 12 (doze) meses de efetivo exercício, ao gozo de 30 (trinta) dias de férias, com o percebimento de sua remuneração habitual.

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. No mérito, improveram o recurso, unânime.

Campo Grande, 1º de outubro de 2009.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Pedro Lopes Tomicha, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória c/c cobrança que moveu em face do Município de Campo Grande, apela a este Tribunal.

Alega que os plantões eventuais nada têm de eventuais, pois são praticados em caráter de habitualidade, há mais de cinco anos, em desobediência à própria Lei Municipal n. 3659/99, que prevê a definição do limite mensal de plantões, sendo que o Regime Estatutário prevê que o pagamento sobre a gratificação natalina será creditada com base no vencimento de caráter habitual. Da mesma forma, as férias e a aposentadoria.

Assevera que a própria Lei Municipal n. 3029/93, em seu art. 1º, reconhece a habitualidade dos plantões, pois que prevê que os mesmo são realizados em sistema de escala, que é reconhecidamente habitual, devendo seus reflexos, incidir sobre as férias, 13º salários e aposentadorias.

Contrarrazões (f. 133-45), onde o apelado alega o ferimento do princípio da dialeticidade.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta contra sentença proferida na ação declaratória c/c cobrança que Pedro Lopes Tomicha moveu em face do Município de Campo Grande.

O autor ajuizou a presente ação pretendendo, a declaração de incidência dos reflexos dos plantões eventuais sobre o pagamento do décimo-terceiro salário, férias e aposentadoria, embasado no fato de que, os plantões são efetuados com habitualidade e não eventualidade.

Inicialmente, com relação à alegação do apelado, de ferimento do princípio da dialeticidade, não lhe assiste razão, visto que o apelante, ao manejar suas razões recursais, insurgiu-se, com presteza, contra os fundamentos que ensejariam a reforma da sentença, não havendo nenhuma ausência de fundamentos fáticos ou jurídicos que vicie seu pleito.

Com relação ao mérito, a Lei n. 3.029/93, com as alteração dada pela Lei n. 3.659/99 e pela Lei n. 3.918/2001, regulamentada pelo Decreto n. 7.947/99, Decreto n. 8.334/01 e Decreto n. 8.583/02, estabeleceu o regime de plantão eventual, como sendo o serviço prestado por doze ou 6 seis horas consecutivas, em sistema de escala, por servidores em exercícios na unidade de saúde da Secretaria Municipal de Saúde, inclusive pelos profissionais integrantes do Convênio de Municipalização da Saúde (art. 1º, da Lei n. 3.659/99).

Assim, a verba decorrente da realização do plantão é paga em razão da escala do servidor para a prestação do serviço numa determinada data, que será realizado no período de doze horas ou seis horas, conforme art. 2º da Lei n. 3.659/99.

De acordo com a lei que rege o assunto, conclui-se, portanto, que a verba paga ao servidor em decorrência da realização dos plantões, trata-se de verba de natureza transitória, posto que só é devida quando em razão da condição de trabalho, *in casu*, a realização do plantão, não sendo devida quando não o funcionário não cumpre o plantão.

Não cabe, portanto, a alegação de se tratar de verba habitual, apesar, de ser característica dos servidores em exercícios nas unidades de saúde da Secretaria Municipal, que são realizados para atender às necessidades do próprio sistema que são de caráter contínuo, pois se entende que o servidor possa realizar o plantão em datas não pré-estabelecidas, dependendo da necessidade da administração.

Assim, não assiste razão ao apelante, ao pretender que os reflexos dos plantões eventuais sejam incidentes sobre as verbas do 13º salário, posto que este é calculado de acordo com o vencimento e verbas de caráter habitual, de acordo com o art. 96, da Lei Complementar n. 7, de 30 de janeiro de 1996 (Estatuto do Servidor Público Municipal), *verbis*:

> Art. 96 – Ao servidor municipal será creditado até o dia 20 de dezembro de cada ano, a título de gratificação natalina, o 13º (décimo terceiro) salário, calculado com base no vencimento e vantagens de caráter habitual e correspondente a 1/12 (um doze avos) para cada mês trabalhado no respectivo ano.

Assim também o art. 92 dispõe sobre o pagamento das férias remuneradas, *verbis*:

> Art. 92 – O servidor fará jus, após cada 12 (doze) meses de efetivo exercício, ao gozo de 30 (trinta) dias de férias, com o percebimento de sua remuneração habitual.

Portanto, não basta que o apelante alegue que o plantão eventual é de caráter habitual, pois o mesmo é definido em legislação especial como tal (Lei n. 3659/99), o que, diga-se de passagem, somente seria possível se houvesse nova legislação prevendo que o plantão eventual passaria a se chamar habitual, para que passasse a integrar as verbas descritas acima, pois se compõem de remuneração habitual.

De acordo com o art. 89 do Estatuto do Servidor Público Municipal, temos a definição de remuneração segundo sua natureza, *verbis*:

> Art. 89 – A remuneração do servidor, segundo sua natureza, classifica-se em:
>
> I – permanente, representada pelo percebimento do vencimento e acrescido das vantagens de que tratam os incisos I e IV, do art. 84, desta Lei Complementar;
>
> II – habitual, representada pelo percebimento do vencimento e de vantagens inerentes ao exercício do cargo ou função de que tratam os incisos I, II, III, V, VI, VII e VIII, do art. 85, ou ainda, de vantagem acessória de que tratam os incisos I, II e III, do art. 87, desta Lei Complementar.
>
> III – eventual, as que ocorrem provisoriamente, seja em razão de direito de concessão ou de condição de trabalho, na forma dos incisos II e III, do art. 84, inciso IV, do art. 85 e incisos I, II e III do art 86, desta Lei Complementar.

Vê-se, portanto, que dentre as verbas de natureza habitual, não se encontram os plantões, não havendo que se pretender que possam seus reflexos integrar às remunerações pretendidas, pois que a administração pública, somente se pode pautar pelos princípios da legalidade, e não havendo previsão legal, a pretensão não procede.

Com relação ao argumento do apelante do desconto das verbas recebidas pelos plantões para fins previdenciários, observo que de acordo com a Lei Complementar n. 64/04, tais contribuições são devidas, pois legalmente previstas. Cabendo ao apelante a comprovação de que não são revertidas em sua aposentadoria, o que não ocorreu.

Assim, estando a sentença proferida de inteiro acordo com a legislação pertinente, não assiste razão ao apelante em sua insurgência.

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. NO MÉRITO, IMPROVERAM O RECURSO, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 1 de outubro de 2009.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Apelação Criminal n. 2008.034011-1 - Miranda
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – PLEITO ABSOLUTÓRIO – VÍTIMA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS – SUPOSTO CONSENTIMENTO – PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE – PRETENSÃO DE ABRANDAMENTO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL – CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL – REAJUSTE AO PATAMAR PREVISTO ANTES DA LEI N. 11.106/06 – CRIME CONTINUADO – APLICAÇÃO DA MODALIDADE MAIS GRAVOSA – NÃO PROVIMENTO.

A coerência e força do conjunto probatório obtido pela convincente palavra da vítima, corroborada pela prova testemunhal, ao demonstrar que o acusado constrangeu a menor à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, impede seja prolatado em seu favor um decreto absolutório.

A presunção de violência nos crimes sexuais cujas vítimas tenham menos de 14 (quatorze) anos de idade é absoluta; e, mesmo se houvesse consentimento, tal seria irrelevante em face da ausência de capacidade biopsicológica e legal para o mesmo, mormente quando tal alegação sequer restou configurada.

Ao julgador não se admite a fixação da reprimenda abaixo dos parâmetros estabelecidos por lei, sob pena de flagrante violação ao princípio da reserva legal.

Em se tratando de crime continuado, que se arrasta ao longo do tempo em que ocorreu a majoração do *quantum* estabelecido à reiteração delitiva, é de se aplicar o montante fixado na legislação atual, ainda que mais gravosa. Aplicação da Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal.

Apelação criminal defensiva a que se nega provimento, ante a correta apreciação do acervo probatório e devida aplicação da lei penal.

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, negar provimento ao recurso, unânime e com o parecer.

Campo Grande, 5 de outubro de 2009.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Isabelino Ária interpõe Apelação Criminal objetivando a reforma da sentença que o condenou à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de atentado violento ao pudor (art. 214 c.c. o art. 224, "a" c.c. o art. 226, II e art. 71, *caput*, todos do Código Penal).

O apelante pleiteia a absolvição, ante a suposta insuficiência probatória.

Assevera que a presunção de violência deve ser relativizada, porquanto *"a vítima jamais teria se oposto a eventuais carícias do réu, tanto que os fatos teriam chegado ao conhecimento da genitora dela pela boca do enteado do réu"* (f. 129).

Alternativamente, requer o abrandamento da pena-base, para estabelecê-la em patamar abaixo do mínimo legal e permitir a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pugna, ademais, pelo reajuste do acréscimo decorrente da aplicação do art. 226, II, do Código Penal, pois, à época dos fatos, a previsão legal era de 1/4 (um quarto).

Ao final, prequestiona dispositivos legais pertinentes à matéria recorrida.

Contrarrazões pelo improvimento do apelo (f. 135-147).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 154-167).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Isabelino Ária objetivando a reforma da sentença que o condenou à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de atentado violento ao pudor (art. 214 c.c. o art. 224, "a" c.c. o art. 226, II e art. 71, *caput*, todos do Código Penal).

Infere-se dos autos que, durante o lapso temporal compreendido entre os anos de 2003 a 2006, o apelante constrangeu *IRIA A. N. A.*, sua filha e que à época contava com cerca de 10 (dez) anos de idade, à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes em acariciar sua vagina e seios.

Segundo a prefacial, *"tais fatos geralmente ocorriam quando a vítima, que morava e estudava na Fundação Bradesco, estava de férias na casa de seu pai, oportunidade em que ele deitava na cama e passava a molestá-la"* (f. 03).

Consta que os fatos foram descobertos pelo menor Diego A. A. N., o qual presenciou os abusos sofridos pela vítima, sua irmã e os noticiou a sua genitora.

Inconformado com sua condenação, o acusado pleiteia ser absolvido, ante a suposta insuficiência probatória, aduzindo, ainda, que a presunção de violência deve ser relativizada.

A prática delitiva restou demonstrada pelas declarações da vítima (f. 09-10 e 75-76), que relata de maneira firme e convincente o abuso sexual contra si perpetrado.

No mesmo sentido o relato das testemunhas Rosedalva Nascimento, genitora da vítima, e Diego A. A. N., seu irmão e testemunha presencial dos fatos (f. 13-14, 74 e 77).

Portanto, autoria e materialidade restaram incontroversas nestes autos.

No tocante à presunção de violência nos crimes sexuais cujas vítimas tenham menos de 14 (quatorze) anos de idade, tenho que a mesma traz um caráter inarredável, porquanto não restaura a responsabilidade objetiva no Direito Penal, mas, apenas, afirma *"a incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual."* [1]

Sobre o assunto, já assentou o Superior Tribunal De Justiça:

> Não é de se confundir 'inocentia consilli' com mero conhecimento, objetivo, do que é um ato sexual. Aquela diz com a maturidade psico-ética, com a livre determinação no plano das atividades sexuais. Isto, 'venia concessa', dificilmente existe numa pessoa de 13 anos.
>
> Portanto, a questão de ser absoluta ou relativa a denominada presunção diz, em verdade, com o dolo. Qualquer outra consideração, como, v. g., a demonstração de consentimento 'válido', escapa à objetividade mínima que a aplicação do Direito exige. Acarreta vagueza, ora expandindo arbitrariamente a incriminação, ora, injustificadamente, acarretando a impunidade, tudo de acordo com o momento, com o subjetivismo de quem julga. E não é só. Está enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução, ressalvadas tristes exceções que podem eventualmente ensejar a aplicação do erro de proibição, que ninguém deve envolver-se com menores. É até comum o uso de expressão 'de menor'. Não é recomendável, então, apesar do claro texto legal, que o Poder Judiciário, contrariando esse entendimento generalizado, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como inconseqüente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. Por uma, justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera aventura amorosa. Por outra, a nossa legislação - repetindo - protege, contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração, etc.; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrido, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, e apesar de expresso texto legal deixando desprotegidas aquelas menores, justamente as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, objetivo válido para os irresistíveis prazeres de inescrupulosos adultos. E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada prostituição infantil. Data venia, a lei não pode levar a esta forma de conclusão.
>
> Ela protege a liberdade sexual da vitima e não do réu. O Estado não pode garantir condutas como a do recorrido, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular, com respaldo na lei, repugna. [2]

Com efeito, não se pode negar que, nos dias atuais, crianças e adolescentes, cada vez mais precocemente, têm contato com o mundo do sexo, haja vista, principalmente, a rápida disseminação de informações veiculadas nos meios de comunicação e nas escolas.

Entrementes, tal constatação não induz à automática quebra da presunção de violência nos crimes contra a liberdade sexual, cometidos contra menores de quatorze anos, porque a tutela da lei, nesse caso, diz respeito à invalidade do consentimento da vítima, não se relacionando com a sua experiência sexual ou perversão.

1 STF, HC n. 81.268/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 16.10.2001.

2 STJ, REsp n. 762.044/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, julgado em 21.2.2006.

Ainda que a sociedade evolua e renove seus conceitos, sob o ponto de vista biopsicológico (e isto é o que importa para fins legais, e não os conceitos de ordem subjetiva ou particular, ou mesmo a presunção geral) é patente que uma criança com idade inferior a 14 (quatorze) pode até saber a respeito, mas nem por isto passa a ter condições de consentimento válido para o ao ato sexual – como em nada mais, também, conforme preceitua o Código Civil.

Entender em contrário leva a solução de que, se para fins criminais o menor de catorze anos pode consentir, o que se dirá para fins civis e comerciais em relação ao mesmo menor com quinze ou dezesseis anos de idade.

Aliás, caso não prevaleça tal raciocínio, daqui a pouco estaremos relativizando a inimputabilidade do menor infrator, para averiguar se, no caso concreto, possuía maturidade suficiente para entender o caráter ilícito da sua conduta e se auto-determinar de acordo com esse entendimento, o que é inaceitável.

Outrossim, não considero a conduta do apelante desprovida da lesividade exigida no tipo previsto no art. 214, *caput*, do Código Penal, uma vez que o mesmo dolosa e gravemente violou a liberdade sexual da vítima.

Acerca da matéria, elucida a doutrina que *"tendo em vista que conjunção carnal é a cópula vagínica, todos os demais atos que servem à satisfação do prazer sexual são considerados libidinosos, tais como o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos, dentre outros [...]."* [3]

Nesse passo, a manutenção da condenação é medida que se impõe.

Finalmente, pretende o abrandamento da pena-base para estabelecê-la no abaixo do mínimo legal, dando aplicação ao princípio da adequação.

Ante a precisão de seus argumentos, julgo por bem trazer à baila os apontamentos do *Parquet* de 1ª instância (f. 145-146):

Nesse sentido:

> O recurso neste ponto é absolutamente carente de fundamentação jurídica, até mesmo porque não é dado ao Poder Judiciário legislar, como quer a defesa, para o fim de aplicar a pena de 1 (um) ano de reclusão.
>
> Qual a base jurídica para chegar a tal montante?
>
> Ademais, é princípio da reserva legal é basilar do Direito Penal é por óbvio deve ser respeitado.

Na esteira de tais argumentos, forçoso reconhecer que o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mostra-se de todo improcedente.

O mesmo pode ser dito quanto ao pedido de modificação do *quantum* referente à aplicação do art. 226, II, do Código Penal.

No ponto, hei de relembrar que o apelante foi condenado pela prática do crime de atentado violento ao pudor na forma continuada, de maneira que por ocasião da data inicial da prática delitiva o disposto no art. 226, II, do Código Penal, contivesse previsão de que o aumento deveria ser de 1/4 (um quarto), a lei mais grave há de ser a aplicada, ante as disposições da Súmula 711, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *"a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência"*.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

Diante de tais considerações, afasto o prequestionamento suscitado.

Pelo exposto, **nego provimento** a Apelação Criminal interposta por Isabelino Ária mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME E 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. Desembargador Carlos Eduardo Contar, Juiz Manoel Mendes Carli e Desembargador Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 5 de outubro de 2009.

***

Habeas Corpus n. 2009.028743-4 - Costa Rica
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – VIAS DE FATO – ÂMBITO DOMÉSTICO – AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA – REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA – DISPENSABILIDADE – NÃO CONCESSÃO.

A ação penal instaurada para apurar a contravenção penal de vias de fato praticada no âmbito doméstico é de natureza pública incondicionada, ao teor do art. 17, da Lei de Contravenções Penais, e do art. 41, da Lei n. 11.340/2006, de sorte que a representação da vítima é totalmente dispensável. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Writ a que se nega concessão em face da regularidade formal da ação penal.

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, denegar a ordem, unânime e com o parecer.

Campo Grande, 16 de novembro de 2009.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

A Defensoria Pública ingressa com pedido de *Habeas Corpus* em favor de Oranisio Milker Alves Dias, sob a alegação de que esse sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Costa Rica.

Relata que o paciente está sendo processado como incurso no art. 21 (vias de fato), da Lei de Contravenções Penais, porque, aos 28 de setembro de 2008, teria entrado em luta corporal com sua esposa.

Alega que o processo é nulo, pois falta requisito obrigatório para oferecimento da denúncia*, "qual seja, a representação da vítima."*

Pondera que *"a denúncia não deveria ter sido oferecida e nem recebida face o desejo da vítima em não representar"*, e *"o previsto na mencionada Lei Maria da Penha não autorizou que esses crimes fossem tratados como sendo de ação penal pública incondicionada, pelo contrário, frisou tratar de ação penal condicionada à representação da vítima."*

Assim, requer a concessão da ordem, com o fito de decretar a nulidade do processo.

A autoridade coatora prestou as informações de estilo (f. 38-41).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação (f. 46-50).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Malgrado os argumentos expendidos pela impetrante, a pretensão não merece acolhimento.

Inicialmente, é importante frisar que a ação penal decorrente da contravenção penal de vias de fato é pública incondicionada, nos termos do art. 17, do Decreto-Lei n. 3.688/41.

Embora alguns doutrinadores sustentem que o advento da Lei n. 9.099/95, ao dispor que o delito de lesão corporal leve enseja ação penal pública condicionada, teria operado a mesma modificação quanto à contravenção de vias de fato, tal raciocínio não se sustenta por ausência de expressa previsão legal nesse sentido.

Sobre o assunto, já se manifestou a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal:

> A regra do art. 17 LCP – segundo a qual a persecução das contravenções penais se faz mediante ação pública incondicionada não foi alterada, sequer com relação a de vias de fato, pelo art. 88 da Lei n. 9.099/95, que condicionou à representação a ação penal por lesões corporais leves (HC n. 80.617, Pertence, RTJ 177/866). [1]

> Trata-se de contravenção penal de vias de fato, prevista no art. 21 da Lei de Contravenções Penais, de ação penal incondicionada. Em conseqüência, para que a infração seja apurada, o estado não dependerá de representação da vitima ou de seu representante legal. Ao tomar conhecimento de sua prática, de oficio deverá providenciar a sua apuração. Não dependerá, pois, da manifestação de vontade do ofendido ou do representante deste, para poder agir. [2]

> A exigência de representação da vítima para processar o autor de lesões corporais não se estende à contravenção de vias de fato, ante a falta de previsão legal para tanto. Prevalece, nessa hipótese, a regra geral da ação penal pública incondicionada. [3]

Destarte, a mera leitura da Lei de Contravenções Penais permite concluir que o processamento do paciente dispensa a representação da vítima.

E, ainda que se pense o contrário, a Lei n. 11.340 não reafirmou a natureza pública condicionada das ações penais instauradas para apurar vias de fato e lesão corporal leve cometidas no âmbito doméstico, pois o art. 41, do seu texto legal, dispõe exatamente o contrário, *verbis*: "*aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.*"

Aliás, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu a respeito e firmou o entendimento que:

1 STF, HC n. 86.058-3/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 25.10.2005.

2 TJMT, AC n. 1.754/2007, Barra dos Bugres, Rel.ª Des.ª Maria Aparecida Ribeiro, julgado em 11.10.2007.

3 TACRIM/SP, RSE n. 1.408.059/0, Décima Quinta Câmara, Rel. Juiz Décio Barretti, julgado em 3.6.2004.

> Lesões corporais leves praticadas contra a mulher no âmbito familiar também constituem delito de ação penal pública incondicionada, pois "se a Lei n. 9.099/1995 não pode ser aplicada, significa que seu artigo 88, que prevê a representação para a lesão corporal leve e culposa nos casos comuns, não pode, por conseguinte, ser aplicado a essas espécies delitivas quando estiverem relacionadas à violência doméstica encampadas pela Lei Maria da Penha. [...]
>
> Dessa forma, os institutos despenalizadores e as medidas mais benéficas da Lei dos Juizados Especiais não se aplicam aos casos de violência doméstica, independendo, portanto, de representação da vítima para a propositura da ação penal pelo Ministério Público nos casos de lesão corporal leve ou culposa. [4]

Na verdade, a exigência da representação da vítima está mantida apenas nas hipóteses de ações penais públicas disciplinadas fora da Lei n. 9.009/95, daí porque a Lei n. 11.340, em seu art. 16, ainda prevê a designação de audiência específica para a renúncia, ou seja, as ações penais referentes aos crimes inseridos no âmbito doméstico não foram todas transformadas em públicas condicionadas, como quer a impetrante.

Ante o exposto, **nego concessão** ao pedido de *Habeas Corpus* impetrado em favor de Oranisio Milker Alves Dias**.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DENEGARAM A ORDEM, UNÂNIME E COM O PARECER.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 16 de novembro de 2009.

***

4 HC n. 106.805/MS, Sexta Turma, Rel.ª Des.ª conv. Jane Silva, julgado em 3.2.2009.

Agravo Criminal n. 2009.031143-6 - Dourados
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME – LEGITIMIDADE – NÃO PROVIMENTO.

O cometimento de falta grave gera, além da regressão de regime, a interrupção da contagem do prazo para novas progressões, eis que tal benefício está intrinsecamente vinculado ao comportamento carcerário do sentenciado consoante interpretação lógico-sistemática que se dá ao art. 118, da Lei de Execução Penal.

Agravo de execução penal a que se nega provimento, por falta de sustento fático-legal a amparar a pretensão defensiva.

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, negar provimento ao recurso, unânime e com o parecer.

Campo Grande, 30 de novembro de 2009.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Leovaldo Rodrigues interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão que interrompeu a contagem do lapso temporal para progressão de regime em razão da prática de falta grave no regime fechado, sob o argumento de que não há previsão legal para tanto.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 9-17).

Em juízo de retratação, o magistrado *a quo* manteve o entendimento combatido (f. 18).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não-provimento (f. 38-42).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Leovaldo Rodrigues objetivando a reforma da decisão que interrompeu o lapso temporal para concessão de progressão de regime, decorrente da prática de falta grave no regime fechado.

Malgrado a argumentação despendida pelo agravante, o expediente adotado pelo juízo da execução é fruto da interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico pátrio e merece prevalecer.

Como cediço, ao impor uma sanção penal àquele considerado culpado, assume o Estado o dever de restringir o direito de liberdade deste, a fim de puni-lo, prevenir o cometimento de novos delitos e, especialmente, promover a ressocialização.

Para tanto, previu o legislador – art. 112, da Lei de Execução Penal – que a pena corporal será executada de modo progressivo, mediante a colocação gradual do sentenciado em liberdade, conforme demonstre aptidão para tanto.

A respeito, leciona a doutrina:

> A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade. [1]

Destarte, conclui-se que a conduta carcerária do reeducando é essencial e influi diretamente no manejo do regime progressivo, tanto que, os Tribunais têm entendido, sem hesitação, que a prática de falta grave – condutas deletérias previstas no art. 50, do mesmo diploma – além de ensejar a regressão de regime (art. 118, da Lei de Execução Penal), desencadeia o efeito secundário de interromper o prazo para a concessão da progressão de regime, embora não exista dispositivo legal expresso nesse sentido.

Deveras, não faria sentido alocar o condenado para regime mais severo contando-se o prazo em que esteve no mais brando, porquanto é necessário submetê-lo a nova prova de comportamento, por intermédio de requisitos temporais proporcionais à sanção imposta, já estipulados na Lei de Execução Penal; caso contrário, estar-se-ia conferindo àquele o direito de, em pouquíssimo tempo, a depender o estágio em que se encontrava anteriormente, tornar a requerer o benefício.

Assim, forçoso reconhecer que *"a prática de falta grave revela absoluta ausência de mérito e interrompe o lapso temporal para a progressão de regime prisional, afetando o requisito objetivo. Cometida a falta grave pelo condenado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade, inicia-se a partir de tal data a nova contagem da fração de um sexto da pena como requisito objetivo da progressão."* [2]

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, colhem-se iterativos julgados sobre a matéria:

> O cometimento de falta grave pelo detento tem como consequência o reinício da contagem do lapso temporal de 1/6 da pena para a progressão de regime prisional. [3]

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 130.

2 MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123-4.

3 HC n. 97.481/CE, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 6.10.2009.

> É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que, em caso de falta grave, é de ser reiniciada a contagem do prazo de 1/6, exigido para a obtenção do benefício da progressão no regime de cumprimento da pena, adotando-se como paradigma, então, o quantum remanescente da pena. Fuga determina o reinício do cômputo deste prazo a partir da recaptura do sentenciado (cf., por exemplo, HC n. 85.141, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 12.5.2006. Precedentes). [4]

O Superior Tribunal de Justiça adota o mesmo proceder:

> O cometimento de falta grave pelo sentenciado enseja a interrupção do prazo para a obtenção do benefício da progressão de regime. Precedente. [5]

> O cometimento de falta grave implica o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão do benefício da progressão de regime prisional. [6]

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso interposto por Levoaldo Rodrigues.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME E 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, o Juiz Manoel Mendes Carli e o Desembargador Cladudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 30 de novembro de 2009.

***

4 HC n. 96.830/RS, Primeira Turma, Rel.ª Min.ª Carmen Lúcia, julgado em 16.6.2009.

5 HC n. 116.949/SP, Quinta Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, julgado em 1.9.2009.

6 HC n. 130.303/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, julgado em 1.9.2009.

Apelação Criminal n. 2009.011142-7 - Miranda
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PREVARICAÇÃO – FALSIDADE IDEOLÓGICA – LAVAGEM DE DINHEIRO – VEREADOR – CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA DE "FACHADA" PARA CONTRATAÇÃO COM A MUNICIPALIDADE – ELABORAÇÃO DE CONTRATOS FRAUDULENTOS – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – INDÍCIOS INSUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO – FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE DE REFORMA – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.

Havendo apenas indícios que indicam a existência de crimes contra a Administração Pública e, em sentido oposto, fortes elementos probatórios no sentido contrário, a sentença absolutória é compatível com o sistema penal.

O juízo condenatório exige a certeza do julgador sobre a autoria e a materialidade delitiva. Se o conjunto probatório apresentado é frágil, não há que se falar em reforma da sentença que absolve os acusados, por insuficiência de provas.

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, negar provimento ao recurso, unânime e contra o parecer.

Campo Grande, 26 de outubro de 2009.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de Apelação Criminal, inconformado com a sentença (f. 1.148-1.153) que absolveu Geraldo Nunes Siqueira, Reginaldo Rodrigues da Silva, Amauri Lopes Ferreira e Rosângela Lopes Ferreira Siqueira da prática do crime previsto no art. 319 (prevaricação), c/c art. 288 (formação de quadrilha) c/c art. 299 (falsidade ideológica), todos do Código Penal, c/c art. 1.º, V e VII, § 1.º, II, § 4.º (lavagem de dinheiro praticada por organização criminosa, contra a Administração Pública), da Lei n. 9.613/98.

O Ministério Público Estadual, em suas Razões Recursais (f. 1.164-1.197), em apertada síntese, afirma que existem provas suficientes do envolvimento de todos os acusados na prática das condutas que lhe foram imputadas, exceto o crime de formação de quadrilha ou bando, sendo necessária a reforma da decisão absolutória, para condená-los.

Os apelados, em suas Contra-Razões Recursais (f. 1.202-1.234), em apertada síntese, pugna pelo improvimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 1.240-1.257), opina pelo provimento parcial do recurso ministerial, apenas para condenar todos os acusados, pela prática do crime de falsidade ideológica.

VOTO

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

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto pelo Ministério Público Estadual, inconformado com a sentença (f. 1.148-1.153) que absolveu Geraldo Nunes Siqueira, Reginaldo Rodrigues da Silva, Amauri Lopes Ferreira e Rosângela Lopes Ferreira Siqueira da prática do crime previsto no art. 319 (prevaricação), c/c art. 288 (formação de quadrilha) c/c art. 299 (falsidade ideológica), todos do Código Penal, c/c art. 1.º, V e VII, § 1.º, II, § 4.º (lavagem de dinheiro praticada por organização criminosa, contra a Administração Pública), da Lei n. 9.613/98.

Consta na denúncia que todos os acusados, agindo em conluio e sob o comando de Geraldo Nunes Siqueira (Vereador do Município de Bodoquena), constituíram uma empresa de "fachada", para efetuar transporte público escolar, com o propósito de driblar o impedimento de contratação de parlamentar com o Poder Público.

Em síntese, o acusado Geraldo (que acumulava o emprego de Administrador da Fazenda Tapera) teria determinado a abertura de uma empresa em nome de Reginaldo Rodrigues da Silva (tratorista da Fazenda Tapera). Esta empresa teria estabelecido contrato de locação com a acusada Rosângela Lopes Ferreira Siqueira (esposa do acusado Geraldo), para que a sede da empresa fosse localizada na sala de jantar da residência de Geraldo e Rosângela.

Finalmente, Geraldo teria determinado a Amauri Lopes Ferreira (seu cunhado) que adquirisse um ônibus e celebrasse contrato de locação com Reginaldo, a fim de que o veículo fizesse parte da frota da aludida empresa de transporte.

Após a instrução probatória sobreveio sentença absolutória, que, apesar de reconhecer a existência de declarações comprometedoras aos acusados, fundamenta-se em outras que as "contrariam e ferem de morte a tese acusatória" (f. 1.150).

O apelante afirma que existem provas suficientes do envolvimento de todos os acusados na prática das condutas que lhe foram imputadas, exceto o crime de formação de quadrilha ou bando, sendo necessária a reforma da decisão absolutória, para condená-los.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento parcial do recurso ministerial, apenas para condenar todos os acusados, pela prática do crime de falsidade ideológica.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, em decorrência do princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, bem como da inércia da jurisdição, este Sodalício somente pode se manifestar sobre as acusações de cometimento dos crimes de prevaricação, de falsidade ideológica e de lavagem de dinheiro, eis que ocorreu a absolvição dos acusados do crime de formação de quadrilha ou bando e o recurso do *Parquet* não questionou este aspecto.

A irresignação recursal é referente apenas às acusações de prevaricação, falsidade ideológica e lavagem de dinheiro. Nesse aspecto, como os fatos estão relacionados entre si e as condutas narradas se entrelaçam, a análise deve ser feita em conjunto.

Após leitura minudente das razões de apelação, constata-se que a sentença absolutória não merece retoques.

É certo que o órgão acusador trouxe ao processo algumas testemunhas que apresentam indícios da prática de crimes, por parte dos recorridos, entretanto, não se pode olvidar a existência de animosidades entre adversários políticos de interior e a influência que isso pode trazer ao Poder Judiciário.

Alguns fatos chamam a atenção para corroborar a tese absolutória.

O primeiro é que tramitou, também na comarca de Miranda, a Ação Civil Pública de n. 015.05.001380-1, que envolvia os mesmo fatos e acusava os mesmos recorridos da prática de atos de improbidade administrativa. Tal qual nesta ação penal, aquela ação civil pública foi julgada improcedente, por insuficiência de provas e, ainda, porque o serviço de transporte escolar fora, efetivamente, prestado, portanto não há nenhum prejuízo para a Administração Pública.

O segundo é referente à movimentação financeira do acusado Geraldo Nunes Siqueira. O próprio *Parquet* destaca que durante o período de 7 de julho de 2004 a 7 de julho de 2005, houve a movimentação financeira de R$ 284.657,93 (duzentos e oitenta e quatro mil reais, seiscentos e cinquenta e sete reais e noventa e três centavos); entretanto, o contrato de transporte escolar com a municipalidade de Bodoquena foi celebrado apenas em 10 de fevereiro de 2005 e foi paga apenas a quantia de R$ 83.154,84 (oitenta e três mil, cento e cinquenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos) pelos serviços prestados.

Como ressaltado pelos acusados, sabendo-se o valor exato pago pela municipalidade, a análise dos demais valores movimentados na conta de Geraldo Nunes Siqueira é absolutamente despicienda, eis que o máximo que o recorrente poderia ter de proveito do suposto crime seria o total pago pela municipalidade, e não mais.

Ocorre que a presteza e a diligência do órgão acusador acabam por corroborar a versão defensiva, já que a movimentação financeira anterior à celebração do contrato administrativo ratifica a afirmação de Geraldo Nunes Siqueira, de que o proprietário da fazenda que ele administrava efetuava depósitos em sua conta, conforme a necessidade de compra de gado.

Não há nenhum óbice a se admitir a versão defensiva, eis que não se nota nenhuma mudança significativa na movimentação financeira do acusado no período em que o contrato administrativo esteve em vigência.

Aliás, causa espécie perceber que a denúncia reputa proveniente de atividade ilícita várias quantias depositadas na conta bancária de Geraldo Nunes Siqueira, unicamente, por serem incompatíveis com o que o órgão acusador acredita ser a renda do acusado.

Ademais, ainda que se observe a movimentação de altas quantias na conta do recorrente, não se nota qualquer alteração significativa nas contas dos demais acusados, o que poderia corroborar, ou não, a versão acusatória de que a empresa seria de "fachada" e o dinheiro público se destinaria ao verdadeiro proprietário.

Ou seja, a única conta bancária que o Ministério Público Estadual entende ter ocorrido movimentação bancária "estranha" é a do acusado Geraldo Nunes Siqueira, que apresenta a versão, plausível e verossímil, de que se tratavam de depósitos efetuados por seu patrão, para a aquisição de gado.

É certo que as acusações constantes da denúncia não envolvem, necessariamente, a ocorrência de prejuízo para o Poder Público ou de lucro para os supostos envolvidos. Todavia, é inegável que a tese acusatória

se entrelaça, a todo momento, com o suposto benefício financeiro que o primeiro acusado teria alcançado com a constituição da aludida empresa e efetivação do contrato de transporte escolar.

Desta forma, a análise deste aspecto dá grande credibilidade à versão defensiva, de que não há nenhum contrato fraudulento e, consequentemente, nenhum ato de prevaricação e nem de lavagem de dinheiro.

A testemunha Celeida Peixoto Aranda, arrolada pelo próprio órgão acusador, em seu depoimento judicial (f. 874), confirma a versão defensiva:

> Que a depoente é contadora, tendo prestado serviços de contabilidade para a empresa R. Rodrigues da Silva. Que a função da empresa referida er o transporte escolar do município de Bodoquena. Que a empresa referida funcionava na Rua Miguel José Fagundes, n. 500, em Bodoquena. Que não sabe declinar se o endereço referido seria o mesmo da residência de algumas das partes. Que a empresa referida efetivamente funcionava, inclusive participou de licitações. Que o proprietário da empresa referida é o requerido Reginaldo Rodrigues da Silva. Que não tem conhecimento se os requeridos Geraldo e Amaury participavam dos negócios pertinentes a empresa referida. Que não conhece a pessoa de Amaury Lopes Ferreira. Que conhece o requerido Geraldo, vez que é vereador, desconhecendo se ele tem alguma ligação com o transporte escolar desempenhado pela R. Rodrigues da Silva [...] Que era o próprio Reginaldo, que pessoalmente tratava dos assuntos de interesse da empresa, com o depoente. Que o requerido Geraldo nunca procurou a declarante para tratar de assuntos referentes a empresa. Que sobre o assunto tratado neste processo a declarante já foi ouvida em ocasião anterior na delegacia de Policia em Bodoquena, e pelo Dr. Nicolau, Promotor de Justiça.

Assim sendo, não havendo provas da existência de qualquer "empresa de fachada" ou "esquema para a contratação irregular com vereador", a absolvição dos acusados, quanto aos crimes de falsidade ideológica e de prevaricação, é medida que se impõe. Tendo em vista que o crime de lavagem de dinheiro tem como pressuposto a condenação por uma das condutas apontadas no art. 1º, da Lei n. 9.613/98, a condenação por este crime se torna impossível.

Destarte, conforme esclarecido acima, não havendo provas a demonstrar a autoria e a materialidade delitiva, não há motivos para reforma da sentença absolutória.

Diante do exposto, contrariando o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME E CONTRA 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, 26 de outubro de 2009.

***

Apelação Criminal n. 2009.020373-7 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA – OMISSÃO SOBRE FUNDAMENTO DA ABSOLVIÇÃO – INTERPRETAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO DA SENTENÇA – SUBSUNÇÃO AO ART. 386, II, CPP – USO DE DOCUMENTO FALSO – PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA – NECESSIDADE DE NARRATIVA SOBRE A UTILIZAÇÃO DO DOCUMENTO EM DUPLICIDADE – CONDUTA DE "POSSUIR" OU "PORTAR" – ATIPICIDADE – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se a sentença não explicita o fundamento da absolvição, quanto ao crime de falsidade ideológica, há a necessidade de manifestação do juízo *ad quem*, a fim de sanar a omissão. Nessa situação, é necessária a interpretação dos argumentos lançados pelo juízo *a quo* para alcançar o decreto absolutório e, no caso concreto, o fundamento encaixa-se no art. 386, II, do CPP.

O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença impõe que só é possível a condenação por conduta efetivamente narrada na denúncia. Assim sendo, ainda que a instrução probatória forneça indícios de utilização de documento falso, se a denúncia narra apenas a conduta de "possuir" ou "portar" tais documentos, a absolvição é medida necessária, eis que estas condutas são atípicas.

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 ao recurso, nos termos do voto do relator, por unanimidade e com o parecer.

Campo Grande, 19 de outubro de 2009.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Luciana Teixeira de Oliveira interpõe recurso de Apelação Criminal, inconformada com a sentença (f. 264-266) que a condenou às penas de um ano de reclusão, em regime aberto, e de dez dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 304 (uso de documento falso), do CP. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade pelo período de uma hora por dia de condenação.

A apelante, em suas razões recursais (f. 272-287), em apertada síntese, sustenta que, quanto ao crime de falsidade ideológica, sua absolvição deve ser mantida, entretanto, deve ser explicitado o seu fundamento, sendo

que recorrente pugna o reconhecimento do art. 386, I, do CPP. Já quanto ao crime de uso de documento falso, aduz que deve ser absolvida, com fundamento no mesmo inciso do art. 386, do CPP, por ausência de conduta ilícita ou inexistência de dolo.

O Ministério Público Estadual, em suas Contra-razões Recursais (f. 290-292), em apertada síntese, pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 298-302), opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Luciana Teixeira de Oliveira, inconformada com a sentença (f. 264-266) que a condenou às penas de um ano de reclusão, em regime aberto, e de dez dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 304 (uso de documento falso), do CP. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade pelo período de 1 (uma) hora por dia de condenação.

Consta na denúncia que a recorrente teria se identificado como advogada, na Agência do Unibanco (para abertura de uma conta corrente) e numa Delegacia de Polícia (para registrar ocorrência policial), fazendo constar esta qualificação em documentos públicos e particulares. A exordial narra, ainda, que a apelante possuía e fazia uso de dois RG's e dois CPF's, sendo um com seu nome correto e outro com o nome de Luciana de Oliveira.

Conforme mencionado alhures, quanto ao crime de falsidade ideológica, a sentença foi absolutória, mas não mencionou o fundamento da absolvição.

A recorrente pleiteia que o Poder Judiciário explicite o fundamento, pugnando pelo reconhecimento do art. 386, I, do CPP, como causa de absolvição. Neste ponto, o recurso merece acolhimento parcial.

Realmente, a sentença não expressou qual era o fundamento da absolvição da acusada quanto à falsidade ideológica e, portanto, essa omissão precisa ser sanada, entretanto, não é possível a fundamentação pretendida pela apelante.

Isso porque o dispositivo da sentença não pode se dissociar dos argumentos lançados para embasar a decisão tomada, sob pena de a decisão se tornar contraditória. Assim sendo, é importante mencionar o trecho da sentença que trata da absolvição quanto à falsidade ideológica (f. 264-265):

> Veja-se que o número 4937, da carteira de advogado a que a denúncia se refere, é o número da inscrição da ré como estagiária na Subseção da OAB/MS, que é acrescido da letra "E" (f. 110). O fato de constar esse número nas lâminas de cheques do Banco Unibanco (f. 8), sem a letra "E", por si só não possibilita concluir que a ré tenha se apresentado como advogada. O mesmo vale em relação ao Boletim de Ocorrência de f. 46. Não há nos autos a apreensão de qualquer carteira falsificada ou adulterada constando a ré inscrita como advogada, o que há é unicamente a apreensão da carteira de estagiária, não havendo prova de que não tenha sido esta carteira a apresentada pela ré.
>
> Neste ponto, não há como dar guarida à acusação.

Do texto acima, não se nota, em nenhum ponto, qualquer argumento no sentido de que a absolvição tenha ocorrido por "*estar provada a inexistência do fato*" (inciso I). Observando-se os argumentos lançados pela sentença, atentamente, conclui-se que a melhor solução para o caso concreto é que o fundamento da absolvição seja o inciso II, ou seja, "*não haver prova da existência do fato*".

Assim sendo, quanto ao crime de falsidade ideológica, a absolvição deve se fundar no art. 386, II, do CPP.

Quanto ao crime de uso de documento falso, a recorrente sustenta que deve ser absolvida, com fundamento no art. 386, I, do CPP, por ausência de conduta ilícita ou inexistência de dolo.

Inicialmente, para a correta análise do crime de uso de documento falso, um imbróglio deve ser desfeito. Apesar de a denúncia generalizar o que seriam os documentos falsos usados (RG, CPF e Carteira da OAB), a sentença condenou a apelante apenas por possuir e fazer uso de RG's e CPF's em duplicidade.

Desta forma, destaca-se que a sentença a condenou, unicamente, por ter confessado possuir e documentos de identificação com mais de um nome, por um imbróglio familiar. Entretanto, o caso comporta absolvição, por desrespeito ao princípio da correlação entre sentença e pedido. O jurista Eugênio Pacelli de Oliveira[1] explica:

> 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)

Da leitura da denúncia, conclui-se que a recorrente possuía dois RG's e dois CPF's, mas não narra nenhuma situação concreta em que ela os tenha usado. A doutrina brasileira é pacífica no sentido de que o "mero porte" de documento com falsidade não implica na consumação do crime previsto no art. 304, do Código Penal:

Cezar Roberto Bitencourt[2] ensina que:

1 **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 506-507.

2 **Tratado de direito penal**: Parte Especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 340. vol. 4.

> Quando se trata de Carteira Nacional de Habilitação, o simples porte caracteriza o crime, embora somente seja exibido por solicitação da autoridade de trânsito. Nessa hipótese, portá-la é 'fazer uso'. Na hipótese de outro documento, a nosso juízo, o simples 'porte de documento', que apenas é encontrado mediante revista da autoridade competente, não caracteriza este crime. (grifo nosso)

Fernando Capez[3] defende a mesma tese, de forma ainda mais explícita:

> De qualquer forma, não basta o simples porte do documento. Enquanto este não é apresentado pelo agente a terceiros, encontrando-se guardado, por exemplo, em sua residência, em sua bolsa ou no bolso de sua calça, não há falar em uso e, portanto, em ofensa ao bem protegido pela norma penal. No exato instante em que o portador do documento falso retira-o do bolso ou da carteira e o entrega a terceiro há a configuração do tipo penal.

Destarte, constata-se que é imprescindível a efetiva utilização do documento para a consumação do crime previsto no art. 304, do CP. Todavia, quanto ao RG e ao CPF, a denúncia não narra nenhuma ação da ré, no sentido de que tenha apresentado estes documentos a quem quer que seja.

É incontroverso que a apelante possuía RG e CPF em duplicidade e, durante a instrução probatória, a apelante confessou a sua utilização em algumas ocasiões, sendo induvidoso, contudo, nenhuma dessas situações está narrada na denúncia, impossibilitando, assim, um juízo de condenação.

Assim sendo, a conduta de possuir documentos pessoais em duplicidade (narrada na denúncia) é atípica, portanto a apelante deve ser absolvida do crime previsto no art. 304, do CP, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Diante do exposto, contrariando o parecer, dou provimento parcial ao recurso, para fundamentar a absolvição do crime falsidade ideológica no art. 386, II, do CPP, e absolvê-la do crime de uso de documento falso, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, 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, 19 de outubro de 2009.

***

3 **Curso de direito penal**: Parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 346. vol. 3.

Apelação Criminal n. 2009.029541-7 - Costa Rica
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO DE GADO – ABIGEATO – RECURSO MINISTERIAL – PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO – INEXISTÊNCIA DE NARRATIVA OU CAPITULAÇÃO NA DENÚNCIA – PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA – IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL – FALTA DE INTERESSE RECURSAL – NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO – FIXAÇÃO DA PENA-BASE – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59, CP – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE MOTIVOS ENSEJADORES DE ELEVAÇÃO DO *QUANTUM* ESTABELECIDO PELA SENTENÇA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO.

Observando-se os princípios do contraditório, da ampla defesa e da correlação entre denúncia e sentença, conclui-se que a denúncia estabelece os limites da Jurisdição. Não havendo nenhuma menção anterior à sentença, por parte do órgão acusador, acerca do horário em que o crime de furto teria sido praticado, não é possível a inovação em sede recursal.

Se a matéria não foi decidida pelo juízo *a quo*, o pedido de reconhecimento da causa de aumento do repouso noturno (art. 155, § 1.º, do CP) não pode ser conhecido, por falta de interesse recursal.

A fixação da pena-base deve respeitar o princípio da proporcionalidade, tendo em vista o que dispõe o art. 59, do CP. A constatação de algumas circunstâncias judiciais negativas legitima a fixação da pena-base acima do mínimo legal, sempre com a prudência de se buscar a ressocialização do indivíduo.

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, não conhecer parte do recurso e na parte conhecida, negar provimento. Decisão unânime e contra o parecer.

Campo Grande, 30 de novembro de 2009.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de Apelação Criminal, inconformado com a sentença (f. 350-355) que condenou Ivair Gonçalves de Lima às penas de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em

regime semi-aberto, e de 60 (sessenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 155, caput (furto), do Código Penal.

O Ministério Público Estadual, em suas Razões Recursais (f. 362-371), em apertada síntese, afirma que: 1) A pena-base deve ser fixada em patamar superior ao da sentença; 2) A causa de aumento do furto noturno deve incidir na dosimetria de pena do apelado.

O apelado, em suas Contra-razões Recursais (f. 376), pugna pelo improvimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 381-385), opina pelo provimento parcial do recurso ministerial, apenas para a majoração da pena-base fixada.

VOTO

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

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto pelo Ministério Público Estadual, inconformado com a sentença (f. 350-355) que condenou Ivair Gonçalves de Lima às penas de um ano e seis meses de reclusão, em regime semi-aberto, e de sessenta dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 155, caput (furto), do Código Penal.

Consta na denúncia que:

> [...] no dia 16 de junho de 2000, em horário incerto, na Fazenda Cristes, de propriedade de Climério Maia Vasconcelos, localizada há 15km da estrada que liga o Distrito do Paraíso à Costa Rica, o acusado subtraiu, para si, 20 reses de gado vacum, sendo 9 bezerras aneloradas com idade de 8 meses, 2 bezerros com as mesmas características e 10 vacas boiadeiras.
>
> Policiais civis seguiram as pegadas do gado, as quais terminaram em uma fazenda denominada Cascavel, de propriedade do senhor José Henrique, tendo o funcionário da referida fazenda informado que uma pessoa pediu para deixar o gado no pasto da fazenda e dito que posteriormente iria buscá-lo.
>
> No entanto, no outro dia, apareceu no local uma pessoa dizendo-se chamar 'Brega', o qual pelas características trata-se de Ivair. Desta forma, Ivair embarcou as bezerras em uma camionete f-1000, na cor preta, com carroceria de madeira e gaiola de ferro na cor branca, e disse que em seguida iria pegar as vacas, tendo-as deixado fechadas no mangueiro. Assim, com a chegada da polícia, constatou-se que as vacas pertenciam à vítima.
>
> Por outro lado, Ivair contratou o frete de um caminhão boiadeiro nesta cidade, com uma pessoa conhecido por 'Tião Duro', para que este transportasse bezerras da fazenda Germinex, local onde tem um arrendamento, até a fazenda de Joel Felício, a qual esta arrendada para o senhor Jacinto, o qual é funcionário do Banco do Brasil.
>
> Assim, dirigindo-se até a fazenda de Joel Felício, foram encontradas oito bezerras de propriedade da vítima, as quais foram levadas até o local por ordem de Ivair. Saliente-se que o autor dos fatos ainda cortou as orelhas das bezerras, com o fim de despistar a sua propriedade.

> A res furtiva foi avaliada em R$ 5.060,00 (cinco mil e sessenta reais), conforme auto de avaliação de f. 13-14.

A materialidade do delito vem estampada no auto de apreensão de f. 12.

Conforme mencionado anteriormente, não há recurso defensivo e o órgão acusador questiona apenas aspectos relativos à dosagem da pena do réu.

Por ordem de prejudicialidade, o pedido do Parquet para que a causa de aumento do furto noturno seja aplicada na dosimetria de pena do apelado deve ser analisado em primeiro lugar. Tal pedido não pode ser conhecido.

Para que o juízo de admissibilidade seja positivo, é indispensável o preenchimento de todos os pressupostos recursais, como o interesse recursal. Neste aspecto, para que o pedido recursal seja admitido pelo juízo ad quem, é imprescíndivel que tenha o condão de alterar algo no processo, ou seja, deve ser demonstrado o binômio "necessidade-utilidade", conforme ensinamentos de Barbosa Moreira.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci[1] ensina que:

> Interesse recursal: trata-se de um dos pressupostos subjetivos (ver nota 26 ao art. 578, § 3.º, CPP) para a admissibilidade dos recursos. É natural que a parte somente poderá provocar o reexame da matéria já decidida por determinado órgão, remetendo o feito à instância superior, quando eventual modificação da decisão lhe trouxer algum tipo de benefício. Recorrer por recorrer é algo inútil, constitutivo de obstáculos à economia processual, além do que o Judiciário é voltado à solução de conflitos e não simplesmente a proferir consultas ou esclarecer questões puramente acadêmicas.

> O representante do órgão ministerial sustenta que "verdade que, conquanto conste da denúncia, não há referência a tal majorante nas alegações finais do parquet. Todavia, tal fato é irrelevante, pois, durante a instrução, restou provado que a ação criminosa do réu se deu no período noturno" (sic – f. 366).

> É importante transcrever os exatos termos do pedido ministerial, eis que, na denúncia, a única menção ao horário da prática do furto é que ele se deu "em horário incerto" (sic – f. 2). Tanto é verdade que a própria exordial capitulou a conduta do réu no art. 155, caput, do Código Penal (f. 3).

> Assim sendo, em observância aos princípios do contraditório, da ampla defesa e, principalmente, da correlação entre a denúncia e a sentença, torna-se impossível pretender a condenação do denunciado com o acréscimo da causa de aumento do furto noturno.

> Ademais, caso o Parquet entendesse haver prova de que o furto ocorreu no período noturno, deveria ter aditado a denúncia, mas não pretender a inovação da lide em grau recursal.

Desta forma, não a capitulação da conduta em si, mas a narrativa dos fatos delimita expressamente os limites da Jurisdição. Decidir além do inicialmente requerido pelo Parquet acarretaria julgamento ultra petita. O Superior Tribunal do Justiça já teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria:

PENAL. PROCESSUAL. DECISÃO ULTRA PETITA. ANULAÇÃO. HABEAS CORPUS

1 **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 939.

1. Há julgamento ultra petita quando o Tribunal, em grau de recurso, profere decisão além do que foi inicialmente requerido.

2. Habeas Corpus conhecido; pedido deferido. (STJ, HC n. 9848/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 23.11.1999, DJ 13.12.1999).

Portanto, por falta de interesse recursal, o recurso não deve ser conhecido, quanto ao pedido de reconhecimento do furto noturno.

Quanto ao pedido de fixação da pena-base em patamar superior ao da sentença, os requisitos de admissibilidade recursal estão satisfeitos, entretanto, não deve ser provido.

O representante ministerial fundamenta seu pedido, basicamente, na alegação de serem prejudiciais ao acusado "além da intensa culpabilidade, dos péssimos antecedentes, dos motivos, das circunstâncias do crime, é de ser apreciado principalmente a personalidade do agente, o que demonstra grande potencial ofensivo à sociedade" (sic – f. 364).

Para melhor elucidação do tema, torna-se necessário transcrever o trecho da sentença recorrida que trata da fixação da pena-base (f. 354):

Quanto à culpabilidade, nada há nos autos que permita se afirmar que o acusado, ao tempo do fato, não possuía plena capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta e de portar-se de acordo com tal entendimento. O réu registra várias ocorrências policiais, incluindo uma condenação. Embora tais ocorrências não possam ser reconhecidas como antecedentes criminais, visto serem contemporâneas ou ainda posteriores aos fatos ora apurados, certo é que maculam, de certa forma, tanto a conduta social como a personalidade do acusado, nitidamente voltada para a prática de delitos contra o patrimônio. Quanto aos motivos do crime, como sói acontecer na espécie, a busca pelo lucro fácil às custas do patrimônio alheio. Quanto às circunstâncias, nada de especial. As conseqüências, minimizadas diante da recuperação pela vítima dos semoventes subtraídos. Não há que se falar em comportamento estimulador por parte desta última.

Diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis, hei por bem fixar-lhe a pena-base acima do mínimo legal, em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, esta com valor unitário estabelecido no patamar mínimo legal, diante da ausência nos autos de qualquer elemento que demonstre a real situação financeira do réu, a qual torno definitiva diante da ausência de agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento e diminuição da pena, salientando a inaplicabilidade do benefício previsto no § 2º do artigo 155 do Código Penal em razão do considerável valor da coisa furtada.

Verifica-se, pois, que a autoridade judiciária prolatado do decisum objurgado fez uma análise escorreita das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, não havendo necessidade de reforma.

Imperioso notar que a fixação do quantum referente à pena-base deve respeitar o princípio da proporcionalidade, tendo em vista o que dispõe o art. 59, do Código Penal. A constatação de algumas circunstâncias judiciais negativas legitima a fixação da pena-base acima do mínimo legal, sempre com a prudência de se buscar a ressocialização do indivíduo.

Desta forma, constata-se que todos os elementos mencionados pelo recorrente para a reforma da dosimetria de pena já foram analisados pelo juízo a quo, não havendo nenhum motivo para elevar a pena-base anteriormente fixada.

Diante do exposto, contrariando o parecer, conheço parcialmente do recurso ministerial e, nesta parte, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NÃO CONHECERAM PARTE DO RECURSO E NA PARTE CONHECIDA, NEGARAM PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME E CONTRA 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, 30 de novembro de 2009.

***

Apelação Criminal n. 2009.024815-7 - Miranda
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

E M E N T A –APELAÇÃOCRIMINAL–PREVARICAÇÃO–ATRIBUÍDODELEGADO (AUTORIDADE POLICIAL) – ABSOLVIÇÃO EM 1ª INSTÂNCIA – INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CRIMES ART. 319 E 320 C/C 69 E 71 DO CÓDIGO PENAL – NÃO CARACTERIZADOS – IMPROVIMENTO DO RECURSO.

Delegado de polícia, denunciado por prevaricação em face de não realizar auto de prisão em flagrante de agentes que eram encaminhados a delegacia e por indulgência praticado por subordinado. Embora não tenha sido elaborado os autos de prisão em flagrante, a autoridade policial determinava a realização de inquérito policial.

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, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de novembro de 2009.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

O Ministério Público Estadual, irresignado com a sentença (f. 2.550-2.559) que absolveu o apelado Orlando Vicente Abate Sacchi dos crimes previstos nos arts. 319 e 320 c/c 69 e 71, todos do Código Penal, interpõe o presente recurso, pelas razões de f. 2.571-2.581, nas quais almeja a condenação do apelante, sob o fundamento de que a materialidade do crime bem como a autoria restaram devidamente comprovadas nos autos.

As contrarrazões foram acostadas aos autos (f. 2.586-2.600), nas quais o apelado manifestou-se pelo improvimento do recurso, mantendo-se a sentença em todos os seus termos.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se sobre o tema, pelo parecer de f. 2.606-2.614, opinando pelo improvimento do recurso, mantendo-se a decisão absolutória.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

O Ministério Público Estadual, irresignado com a sentença (f. 2.550-2.559) que absolveu o apelado Orlando Vicente Abate Sacchi, dos crimes previstos nos arts. 319 e 320 c/c 69 e 71 todos do Código Penal, interpõe o presente recurso, pelas razões de f. 2.571-2.581, nas quais almeja a condenação do apelante, sob o fundamento de que a materialidade do crime bem como a autoria restaram devidamente comprovadas nos autos.

O agente ministerial requer a reforma da decisão monocrática, já que estaria suficientemente caracterizado o delito para fins de processamento da ação penal por crime de prevaricação. Sustenta também que os fatos imputados ao requerente, se analisados em seu conjunto, dão conta de que ele agiu com a manifesta intenção de satisfazer sentimento pessoal.

Em síntese, a denúncia foi julgada improcedente em razão de o método de trabalho utilizado pelo apelado ser do conhecimento do Delegado Regional de Polícia e haviam fartas justificativas para que o Delegado e seus agentes agissem dessa forma, ainda que não recomendável.

Oportuno, observar na decisão do magistrado alguns trechos do depoimento do próprio Delegado Regional de Polícia. Vejamos:

> [...] Que conhece os fatos na época que ainda estava atuando como delegado regional; que o delegado Orlando ficou lotado em Miranda de 2000 até 2005, salvo engano; que por meio de processo administrativo da polícia civil, após a remoção de Orlando de Miranda, que envolvia a escrivã Maira de Lourdes Lanzarinni, é que o depoente tomou conhecimento de alguns fatos, principalmente de não ter autuado em flagrante alguns conduzidos; que não tinha conhecimento das saídas de presos sem autorização judicial; que o depoente não participou do processo administrativo, apenas foi ouvido como testemunha; que a respeito de orlando o depoente afirma que sempre procurou ser um delegado diligente, que dos delegados que foram lotados na região Orlando é o que se sobressaia principalmente pelas características peculiares da delegacia de Miranda".
>
> [...] que Orlando reclamava pedindo melhorias na delegacia de Miranda, tanto material quanto pessoal; que inclusive o delegado de Dois irmãos de Buriti e dois escrivães ficaram por 4 dias, para agilizar os serviços; que a delegacia de Miranda não tinha acesso a internet, sendo que as consultas eram feitas por telefone, na Defurv, e na Polinter; que não havia peritos criminais em Miranda, pois os peritos são lotados na regional de Aquidauana, sendo que na época tinham 2 peritos que trabalham em regime de revezamento; que as perícias eram feitas na regional de Aquidauana, que houve época em que acumulou o serviço em Miranda e os peritos foram designados para fazer o trabalho em Miranda, basicamente os exames metalográficos; que não havia condições de encaminhar imediatamente os veículos em Aquidauana; que da delegacia de Miranda havia 3 agentes de plantão durante o dia e à noite sempre 1 agente; que o agente plantonista noturno era quem atendia as ocorrências, o público, e o carceragem; que uma vez por mês os peritos eram encaminhados a delegacia de Miranda, para a realização da perícia, que normalmente quem arcava com as despesas de transportes dos peritos, io depoente mandava as viaturas do 1º DP de Aquidauana, com combustível somente para ida, e Orlando se compromissava de arrumar o combustível para a volta e as refeições dos peritos; que as refeições dos peritos eram pagas por Orlando, com recurso particular dele; que na delegacia de Miranda Orlando arcava com despesas para fotocópias, papel, tinta de impressora e fotografias; que a delegacia de Miranda não possui bafômetro; que dificilmente era possível fazer o exame pericial nos casos de envolvidos em direção perigosa por embriaguez, que nesses casos não havia lavratura de auto de prisão em flagrantes; que nos casos de falsificação de documentos, em

> Miranda, via de regra, os documentos são mandados para Aquidauana para serem periciados; que em razão disso não são lavrados flagrante, exceto nos casos de falsificação grosseira; que nos veículos com adulteração de sinais, da mesma forma, são encaminhados para Aquidauana, não são lavrados flagrantes quando não estiver visivel a adulteração; que todos os delegados atuavam da mesma forma.

Assim, ainda que não tenham sido lavrados os autos de prisão em flagrante dos envolvidos, em tese, os fatos não deixaram de ser apurados, somente e apenas foram lançados mão de critérios legais, como baixando portarias e iniciando os inquéritos, de modo a viabilizar a uma futura investigação mais detalhada.

Diante do procedimento, o apelado não agiu imbuído de dolo, ou até com vontade de omitir ou deixar de praticar ato de ofício e sequer restou demonstrado o interesse de satisfazer sentimento próprio e pessoal.

Nesse sentido a jurisprudência:

> TACRSP: Sem o dolo não há tipicidade, porque é um cumprimento de um dever a que está obrigado o funcionário, em razão do ofício, cargo ou função, por improbidade ou má-fé. A indolência, o simples desleixo, a negligência, apenas poderão determinar a responsabilidade civil, se houver dano, ou legitimar sanções de outra natureza (RT 565/344).

> TAPR: Para a configuração do crime de prevaricação, exige-se, de par com a materialidade do delito, o elemento moral, o dolo que a lei assinala ao falar em interesse e sentimento pessoal. O erro, a simples negligência, apenas poderão determinar a responsabilidade civil ou legitimar sanções de outra natureza. Para caracterizar o delito, exige-se o propósito deliberado, a intenção direta (RT 486/356). No mesmo sentido, TACRSPP: RT 451/414, JTACRIM 71/310.

Vejamos algumas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça:

> Paciente, que é delegado de polícia, foi denunciado por prevaricação porque se omitiu na apuração de diversas ocorrências e instaurações de inquéritos.

> A denúncia que não descreve a contento o fato criminoso de modo a ensejar a defesa é inepta. O caso, em si, poderia acarretar uma correção administrativa, nunca uma ação penal. Não se descreveu em que consistia o 'interesse ou sentimento pessoal' do paciente.

> Recurso ordinário conhecido e provido (*HC* n. 3.984/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Pedro Acioli, julgado em 28.11.1994).

> PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIME DE PREVARICAÇÃO - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO – DENÚNCIA – INÉPCIA. É INEPTA A DENÚNCIA, EM CRIME DE PREVARICAÇÃO, QUE NÃO ESPECIFICA O INTERESSE OU O SENTIMENTO PESSOAL QUE O ACUSADO BUSCOU SATISFAZER. DIFICULDADES BUROCRÁTICAS NÃO SE CONFUNDEM COM RETARDAMENTO DOLOSO. RECURSO DE 'HABEAS CORPUS' PROVIDO PARA CONCEDER A ORDEM E DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. (STJ/RJ, *HC* n. 3960, Quinta Turma, Rel. Min. Assis Toledo DJ 28.11.1994).

Em face do exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao recurso, mantendo-se a decisão absolutória.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 24 de novembro de 2009.

***

Recurso em Sentido Estrito n. 2009.029586-4 - Rio Brilhante
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

E M E N T A – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – DANO AMBIENTAL – REPARAÇÃO NÃO DEMONSTRADA – IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

A extinção da punibilidade prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, no caso de crime ambiental, depende da apresentação de laudo de constatação de reparação de dano. Não havendo prova da reparação do dano, no caso, de expedição de licença ambiental, impositiva a prorrogação do prazo de suspensão do processo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei n. 9.605/98.

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, por unanimidade e com o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 26 de novembro de 2009.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, contra decisão do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Rio Brilhante, que julgou extinta a punibilidade do réu Baungartner e Schwade Ltda., sob o fundamento de que o período de prova transcorreu sem que o benefício legal fosse revogado.

O recorrente sustenta que no decorrer do *sursis* processual não foram cumpridas todas as condições imposta, vez que foram apresentadas apenas cópias dos documentos que comprovam a entrada do processo de licenciamento no órgão estatal competente, contudo, não juntou aos autos a Licença de operação devidamente autorizada; nos crimes ambientais a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, deve levar em consideração o disposto no art. 28, da Lei n. 9.605/98, uma vez que a extinção da punibilidade dar-se-á caso também tenha havido reparação do dano; possibilidade de prorrogação do *sursis*. Por fim, prequestiona o art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95 c/c art. 28 da Lei n. 9.605/98, art. 581, II e 586, todos do CPP.

Não foram apresentadas contrarrazões.

A douta Procuradoria de Justiça, pelo parecer da lavra do Procurador Evaldo Borges Rodrigues da Costa, opina pelo provimento do recurso, a fim de que se reforme a decisão de f. 121, a fim de prorrogar o *sursis* processual, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099 c/c art. 28 da Lei n. 9.605/98.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

O recorrido foi denunciado por crime ambiental pelo fato de estar exercendo suas atividades sem as devidas e necessárias licenças ambientais, conforme previsto no art. 4º, I, II e III, da Resolução Conama n. 273/2000; tendo sido beneficiado com a suspensão condicional do processo por dois anos, obrigando-se a apresentar, no curso da suspensão, a licença operacional respectiva. (f. 30).

O Órgão Ministerial requereu a prorrogação da suspensão condicional do processo e do curso do prazo prescricional, bem como fosse oficiado ao IMASUL, para que oferecesse informações sobre o andamento da Licença de operação da empresa. Entretanto, o magistrado *a quo* indeferiu tal pedido, sob argumento de que não havendo revogação do beneficio durante o período de suspensão do feito, a extinção da punibilidade é medida que se impõe.

Pois bem. O art. 28, *II*, da lei n. 9.605/98, estabelece:

> Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei n. 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:
>
> I **– a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no caput, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;**
>
> II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, **o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no caput, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;**
>
> III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1° do artigo mencionado no caput;
>
> IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;
>
> V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano." – grifo nosso

O art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95 que estabelece que expirado o prazo do *sursis*, sem revogação, ocorrerá a extinção da punibilidade, no caso de crime ambiental, deve ser interpretado em conjunto com o art. 28, II, da Lei n. 9.605/98, que trata da possibilidade de prorrogação do benefício. Ou seja, tratando-se de delito ambiental, a declaração de extinção da punibilidade prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95 depende da apresentação de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, como determinado no art. 28, inciso I, da Lei n. 9.605/98.

A respeito colho o seguinte ensinamento doutrinário:

> A suspensão condicional do processo nos delitos ambientais segue as regras estabelecidas no art. 89 da Lei n. 9.099/95, porém, com uma significativa diferença: a extinção da punibilidade não se dará somente pelo cumprimento das condições impostas pelo juiz **e pelo esgotamento do período de prova**, estando condicionada ainda à reparação do dano ambiental (salvo impossibilidade de fazê-la), comprovada pericialmente por laudo de constatação de reparação de dano ambiental. (**Legislação Criminal Especial** – Edt. Dos Tribunais; vol. 06; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha; p. 735)

Assim, para que se declare extinta a punibilidade, o magistrado deverá apurar o efetivo cumprimento das condições impostas e, somente após certificação que o recorrente efetuou a reparação do dano, que no caso ensejaria o licenciamento da empresa recorrida junto ao órgão ambiental, poderá extinguir a punibilidade.

Neste sentido:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REPARAÇÃO DE DANO **AMBIENTAL** NÃO DEMONSTRADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. **A extinção da punibilidade prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, quando aplicável aos crimes ambientais, depende da apresentação de laudo de constatação de reparação de dano. Não havendo prova da reparação do dano, impositiva a prorrogação do prazo de suspensão do processo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei n. 9.605/98.** Decisão revogada. Recurso provido. Unânime. (TJRS, RSE n. 70030735443, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, julgado em 30.7.2009).
>
> APELAÇÃO CRIME – CRIME AMBIENTAL – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL NÃO DEMONSTRADA – DESCUMPRIMENTO INCONTROVERSO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AFASTADA.
>
> 1. Mesmo quando esgotado o período de prova fixado na proposta de suspensão, **não deve ser decretada a extinção da punibilidade se não há documento comprovando a adequada recuperação do dano ambiental**.
>
> 2. Comprovada a ocorrência do fato delituoso imputado aos denunciados, a condenação é consequência necessária.
>
> 3. Deferida a Assistência Judiciária Gratuita aos réus, por terem sido assistidos pela Defensoria Pública do Estado.
>
> Sentença condenatória mantida – Apelação parcialmente provida. (TJRS, ACr n. 71.002.240.497, Rel. Des. Volcir Antonio Casal, julgado em 14.9.2009, DJ 18.9.2009, p. 185).
>
> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME AMBIENTAL – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – REPARAÇÃO DO DANO – EXAURIMENTO DO PERÍODO DE PROVA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AFASTADA.
>
> Mesmo quando exaurido o período de prova fixado na proposta, não deve ser decretada a extinção da punibilidade se não há documento comprovando a adequada recuperação do dano ambiental. É hipótese de prorrogação do período de prova, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei ambiental. Recurso provido. (TJRS, RSE n. 70.028.712.180, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Gaspar Marques Batista, julgado em 30.4.2009, DO 18.5.2009, p. 112).

> RECLAMAÇÃO - CRIME AMBIENTAL - SURSIS PROCESSUAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.
>
> As disposições do art. 89 da Lei n. 9.099/95 aplicam-se aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo. **A extinção de punibilidade, no entanto, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental**. (TJDF, Rcl 2005.00.2.005249-1, AC n. 270703, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto, DJ 30.5.2007, p. 106).

A respeito colho recente precedente desta Turma Ciminal:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PENAL – CRIME AMBIENTAL – REVOGAÇÃO DE DECISÃO QUE EXTINGUE A PUNIBILIDADE – REPARAÇÃO DO DANO NÃO COMPROVADA – TÉRMINO DO PERÍODO DE PROVA – IRRELEVÂNCIA – PROVIMENTO.
>
> Os preceitos inscritos no art. 89, da Lei n. 9.099/95, aplicam-se aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo. Todavia, a extinção de punibilidade depende diretamente da reparação do dano ambiental, que deve ser comprovada, mesmo quando encerrado o período de prova imposto ao infrator.
>
> Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Parquet a que se dá provimento, face o descumprimento de obrigação legal condicionante à extinção da punibilidade. (RSE n. 2009.025394-5, Rio Brilhante, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, julgado em 9.11.2009).

Assim, não havendo laudo ou qualquer documento comprovando que o dano tenha sido reparado – expedição da devida licença ambiental -, impositiva a prorrogação do prazo de suspensão do processo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei n. 9.605/98.

Posto isso, com o parecer, dou provimento ao recurso para revogar a decisão que declarou extinta a punibilidade do recorrido, prorrogando a suspensão do processo, pelo prazo de 5 anos, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei n. 9.605/98.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 26 de novembro de 2009.

***

Apelação Criminal n. 2009.030223-1 - Jardim
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – ACIDENTE DE TRÂNSITO – DIREÇÃO DE MOTOCICLETA ENTREGUE A MENOR NÃO HABILITADA – HOMICÍDIO CULPOSO – AUTORIA DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO – SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA.

É autor do crime de homicídio culposo o proprietário de veículo – motocicleta - que sede a direção a menor – de treze anos – a qual veio a colidir com um poste e, conseqüentemente, faleceu. O prazo de suspensão da habilitação estipulado no caso – um ano e seis meses – não é exacerbado, levando-se em conta a gravidade do delito e de suas conseqüências.

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, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 26 de novembro de 2009.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Tiago Otávio Peixoto interpôs recurso de apelação criminal em face da sentença que o condenou a 2 (dois) anos de detenção e 1 (um) ano e 6 (seis) meses de suspensão ou proibição de obter a permissão ou habilitação para dirigir veiculo automotor, pela prática de homicídio culposo (art. 302, *caput*, da Lei n. 9.503/97), regime inicialmente aberto; substituído a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, prestação de serviço à comunidade e interdição temporária de direitos, consistente na proibição de freqüentar bares, boates e festas populares.

Alega que a sentença não retrata os dados dos autos, uma vez que não houve participação do apelante na condução do veículo, sendo este apenas proprietário da motocicleta conduzida pela vítima.

Diz que não foi exagera a pena de suspensão do direito de dirigir veículos pelo prazo de seis meses.

Às f. 168-78 foram apresentadas contrarrazões ao recurso pugnando pelo seu não-provimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Consoante relatado, Tiago Otávio Peixoto interpôs recurso de apelação criminal em face da sentença que o condenou a dois anos de detenção e um ano e seis meses de suspensão ou proibição de obter a permissão ou habilitação para dirigir veiculo automotor, pela prática de homicídio culposo (art. 302, *caput*, da Lei n. 9.503/97), regime inicialmente aberto; substituído a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, prestação de serviço a comunidade e interdição temporária de direitos, consistente na proibição de freqüentar bares, boates e festas populares. Sustenta que a sentença não retrata os dados dos autos, uma vez que não houve participação do apelante na condução do veículo, sendo este apenas proprietário da motocicleta conduzida pela vitima e que não foi exagera a pena de suspensão do direito de dirigir veículos pelo prazo de seis meses.

A **materialidade** do delito está comprovada pelo boletim de ocorrência de f. 10-14, cópia da certidão de óbito da vítima e sua guia de sepultamento de f. 23- 24, boletim de ocorrência de acidente de trânsito (f. 28-29), laudo pericial de vistoria em veículo (f. 33-38), laudo de exame necroscópico indireto (f. 39-40), laudo de exame de corpo de delito (f. 48-50), além dos depoimentos acostados aos autos.

Pois bem. Narra a denúncia:

> Consta do incluso inquérito policial que, no dia 03 de novembro 2005, por volta das 02 horas, na Rua 15 de Novembro, defronte ao Lote 05, residencial Cherogami, Guia Lopes da Laguna-MS, nesta Comarca, o denunciado **TIAGO OTÁVIO PEIXOTO** praticou homicídio culposo na direção do veículo automotor, tipo moto CBX Strada 200, placa HRX-4877 – Nioaque/MS, ano 2002, cor preta, consistente em concorrer para a morte da vítima Diane Rocha Oliveira, menor com 14 anos de idade.
>
> **Segundo restou apurado, no dia dos fatos, o denunciado TIAGO OTÁVIO PEIXOTO entregou a direção da motocicleta para a vítima Diane Rocha Oliveira, sendo que permaneceu em sua garupa. Após a entrega da moto, a vítima Diane passou a conduzi-la pela cidade, tendo o denunciado como passageiro e, ao chegarem na Rua 15 de Novembro, aquela veio a perder o controle da direção, acabando por colidir contra um poste de iluminação pública, onde a vítima Diane Rocha Oliveira sofreu uma forte -pancada- na cabeça, vindo a cair ao chão.**
>
> Consta ainda dos autos que a vítima Diane Rocha Oliveira fora socorrida, mas veio a óbito em virtude de ter sofrido -Traumatismo Craniano – Parada Cardio – Respiratória-, (conforme Certidão de Óbito de f. 16, Guia de Sepultamento de f. 17 e Laudo de Exame de Corpo de Delito – Necroscópico indireto de f. 32-33).
>
> Às f. 26-31 está acostado o Laudo Pericial de Vistoria em Veículo.
>
> A imprudência do denunciado consistiu em entregar sua motocicleta para que a adolescente Diane, menor com 14 anos de idade e sem condições de dirigir veículos, pudesse conduzi-la na via pública, inclusive permanecendo como passageiro daquela e concorrendo culposamente para a morte da vítima Diane Rocha Oliveira. Destaquei

Na fase policial o réu afirmou:

> [...] o declarante afirma que possui uma motocicleta de marca CBX-Strada, da Honda, placa 4877, de Nioaque/MS e na madrugada do dia 3.4.2005, 02:00 horas, encontrava-se em uma sorveteria denominada Uga-uga, localizada nesta cidade, onde também se encontrava a adolescente nominada EDIANE ROCHA OLIVEIRA, cuja pessoa já conhecia de vista e para quem pagou um lanche, a pedido da mesma. **Quando este preparou-se para ir embora, EDIANE pediu para conduzir a motocicleta do declarante. Como este já havia visto por várias vezes EDIANE conduzir outras motocicletas, acreditando que a referida tinha experiência, permitiu que conduzisse sua motocicleta e este ocupou a garupa. Juntos foram até a residência de uma tia da adolescente, que se localiza à Rua XV de novembro, Conjunto Habitacional conhecido como Vila Sherogamy. Até então, tudo transcorreu normalmente, não tendo o declarante nenhum motivo para preocupar-se. Saindo daquele local, EDIANE funcionou a motocicleta e saiu arrancando, e este caiu para trás, logo pedindo para EDIANE para parar, mas a mesma não obedeceu, dando outra arrancada saindo novamente em alta velocidade, direcionando para uma cerca. Que este percebendo que poderiam sofrer grave acidente, assustado, segurou o guidão da motocicleta, direcionado para a esquerda, para livrarem-se da cerca, porém bateram contra um poste de energia elétrica, e em decorrência da batida, caíram com a motocicleta. Face a queda EDIANE sofreu ferimentos graves e acabou desmaiando**, enquanto o que o declarante nada sofreu, exceto o susto. **Que ambos estavam desprovidos de capacetes de uso obrigatório**. Que tinha conhecimento que não é permitido entregar veículos automotores à menores e também à pessoas inabilitadas, porém como já havia visto EDIANE conduzir outras motocicletas e com pediu para conduzir sua motocicleta por questão de minutos, permitiu, não esperando que iria ocorrer acidente. **Face aos ferimentos sofridos por EDIANE foi encaminhada para Campo Grande/MS, onde permaneceu do dia 3.4.2005, sendo certo que a referida retornou a esta cidade no dia 16.4.2005 e no dia 22.4.2005 veio a falecer. Destaquei**

Em juízo disse:

> [...] que a data dos fatos é diversa da que consta na denúncia, tendo ocorrido em 3.4.2005; que a entregou sua motocicleta para a menor Diane; que conhecia a menor de algumas festas e não sabia quantos anos ela tinha; **que o interrogando, no dia dos fatos, foi comprar um lanche e encontrou a menor que pediu uma carona e insistiu para pilotar a moto; que não indagou a menor sobre habilitação para dirigir; que acreditava que Diane era maior, pois morava sozinha; que permitiu que a menor conduzisse a moto e foi na garupa, sendo que Diane, que disse que iria para casa, resolveu ir à casa de uma amiga a aproximadamente cinco quadras de onde saíram; que lá a menor conversou com uma senhora e quando saiu do local, acelerou a moto, diferentemente do modo que vinha conduzindo a mesma; que o interrogando percebeu que iriam colidir com uma casa e virou guidom da moto e acabaram por colidir com um poste**; que depois disso o interrogando se recorda apenas do Corpo de Bombeiros e de várias pessoas que o socorriam e também a menor. [...].” (f. 81-82) – grifo nosso

Assim, os depoimentos do réu, tanto na fase policial como na judicial, além das demais provas carreadas aos autos, não deixam dúvida quanto a autoria do delito, eis que o réu confessou que deu a direção de sua motocicleta a pessoa menor – com apenas 13 anos (f. 23), a qual veio a colidir com um poste e, conseqüentemente, faleceu.

Sem dúvida o causador do desastre é o réu, que deu a direção de motocicleta a menor não habilitada. Tanto a jurisprudência como a doutrina admitem a responsabilidade daquele que entrega a direção de veículo a pessoa não habilitada.

Fernando Y. Fukassawa elucida:

> Reconheceu-se como caracterizada a co-autoria num caso em que a pessoa, no desejo de competir, estimulou o companheiro a dirigir em velocidade excessiva, ocorrendo acidente fatal ou, ainda, no caso **do agente responsável pelo veículo que o entrega a motorista inabilitado** e permite a superlotação.
>
> Caso freqüente é de acidente causado por filho inabilitado ou menor conduzindo automóvel do pai. Poderá haver co-autoria deste, mas desde que tenha comprovado sua cooperação na imprudência, negligência ou imperícia do condutor que ocasiona o resultado que deverá ser previsível, evidenciando-se assim a vinculação subjetiva ou psicológica.
>
> [...]
>
> Ainda, na observação de Frederico Marques, 'quem está na direção do carro figura, desde logo, como responsável pelo evento, se agiu culposamente. Pode, no entanto, ser causador do desastre também o dono do carro[...]. (**Crimes de trânsito**, 2ª ed. 2003; Ed. Juarez de oliveira; p. 148-49)

A responsabilidade do proprietário do veículo há muito é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL. ACIDENTE DO TRANSITO. CRIME CULPOSO. CO-AUTORIA.- POSSIBILIDADE. ASSENTADA ORIENTAÇÃO PRETORIANA NO SENTIDO DE EMITIR O CONCURSO DE AGENTES NO CRIME CULPOSO, **A EXEMPLO DO PROPRIETARIO QUE CONFIOU A DIREÇÃO DO VEICULO AO MENOR INABILITADO, CAUSADOR DO ACIDENTE."**(REsp n. 57.453/RS, Quinta Turma, Rel. Min. José Dantas, julgado em 10.5.1995, DJ 29.5.1995, p. 15533).

Em relação à suspensão da habilitação, destaco a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

> O aumento da criminalidade no trânsito hoje é um fato incontestável. O veículo transformou-se em instrumento de vazão da agressividade, da prepotência, do desequilíbrio emocional, que se extravasam na direção perigosa de veículos. E uma das finalidades dessa sanção é afastar do trânsito os autores de delitos culposos, que, no mínimo, são uns descuidados. 'Não há dever mais ajustado ao mister do motorista que o de ser cauteloso e, assim, respeitar a integridade física alheia'. Não resta a menor dúvida que, ao limitar sua aplicação aos crimes culposos, essa previsão mostrou-se extremamente tímida ante a magnitude da criminalidade praticada ao volante do automóvel. Embora a utilização de veículo como meio para a prática de crime doloso possa receber, como efeito da condenação, a inabilitação para dirigir veículos, contudo como diz Enrique Cury, 'a suspensão da permissão para dirigir constitui só um ensaio parcial na exploração de soluções penais melhores', além de, acrescenta, 'resultar singularmente educativo, colaborando para o desenvolvimento das capacidades de autocontrole do condenado'. A privação da permissão para conduzir veículos constitui um mal real capaz de traduzir a reprovabilidade pessoal e de garantir eficazmente a proteção social, exigindo maior atenção de todos os condutores". (in **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 8ª edição, 2003, Ed. Saraiva, p. 479/480). - Grifo nosso. Outrossim, destaco que o juiz monocrático fixou a pena de suspensão de habilitação, respeitados os limites estabelecidos pelo art. 293 do CTB. Com efeito, "Quando às penas privativa de liberdade e restritiva de direitos, previstas no art. 302 do CTB, são fixadas conjuntamente, o tempo de suspensão da habilitação para dirigir é graduado pelo Julgador nos limites do art. 293 do Código de Trânsito Brasileiro" (REsp n. 495.402/AC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dopp, DJ 22.9.2003). No caso, agiu acertadamente o sentenciante ao proibir o réu de dirigir pelo período de 1 (um) ano e 6 (sei) meses, não se mostrando exacerbada essa punição, levando-se em conta a gravidade do delito – dar direção a menor - e a grave conseqüência gerada – morte da menor.

Posto isso, com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 26 de novembro de 2009

***.

Apelação Criminal n. 2009.013031-7 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Batista da Costa Marques

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO – PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO – POSSIBILIDADE – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL QUE EMBASOU A CONDENAÇÃO – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DE EMPREGO DE ARMA DE FOGO – ALEGAÇÃO DE FALTA DE APREENSÃO DA ARMA IMPOSSIBILITANDO O EXAME DE EFICIÊNCIA – DESNECESSIDADE – CONFISSÃO DO USO DA ARMA CORROBORADA POR DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS – SUFICIÊNCIA PARA INTIMIDAÇÃO DA VÍTIMA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea ainda que retratada em juízo, mormente quando o magistrado a utiliza para embasar a condenação.

Não se faz necessária a apreensão da arma e consequentemente o exame pericial para demonstrar a potencialidade lesiva dela, em havendo provas testemunhais, corroborando a confissão do agente de emprego do artefato.

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, por unanimidade e em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2009.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Renato Almeida de Oliveira foi condenado pelo Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, pela prática delitiva do art. 157 § 2º, I, do CP, a uma pena de seis anos e quatro meses e quinze dias de reclusão, e ao pagamento de 42 (quarenta e dois) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Dos autos consta que, no dia 30 de agosto de 2002, por volta das 9h, o acusado, juntamente um comparsa não identificado, adentrou no imóvel localizado à Rua Jussara, 490, Bairro Guanandi, nesta comarca e, mediante violência, grave ameaça e uso de arma de fogo contra as vítimas Benedito Augusto Filho, Jorge Luiz Colman Ibañes, Neusa Maria da Silva Augusto e Lucicleide de Souza Rodrigues, subtraíram um revólver marca Taurus calibre 38; uma cartucheira Sarrasqueta; cinco relógios femininos de diversas marcas; dois relógios masculinos, três anéis de ouro com esmeralda; três alianças de ouro branco com brilhantes; três anéis de ouro branco com

brilhantes; uma conjunto de corrente com pulseira e anel de ouro; um anel de ouro com a inicial "N"; uma jaqueta de couro; e R$ 1000,00 (mil reais) em dinheiro, deixando as vítimas logo após trancadas dentro de um quarto do imóvel, e, logo após evadiram-se do local.

O apelante, inconformado, pugna pelo reconhecimento da confissão espontânea reduzindo-se a reprimenda aplicada, bem como seja afastada a causa de aumento do inciso I, § 2º do art. 157, Código Penal.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, é pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Renato Almeida de Oliveira foi condenado pelo Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, pela prática delitiva do art. 157 § 2º, I, do CP, a uma pena de seis anos e quatro meses e quinze dias de reclusão, e ao pagamento de quarenta e dois dias-multa, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Dos autos consta que, no dia 30 de agosto de 2002, por volta das 9horas, o acusado, juntamente um comparsa não identificado, adentrou no imóvel localizado à Rua Jussara, 490, Bairro Guanandi, nesta comarca e, mediante violência, grave ameaça e uso de arma de fogo contra as vítimas Benedito Augusto Filho, Jorge Luiz Colman Ibañes, Neusa Maria da Silva Augusto e Lucicleide de Souza Rodrigues, subtraíram uma revólver marca Taurus calibre 38; uma cartucheira Sarrasqueta; cinco relógios femininos de diversas marcas; dois relógios masculinos, três anéis de ouro com esmeralda; três alianças de ouro branco com brilhantes; três anéis de ouro branco com brilhantes; uma conjunto de corrente com pulseira e anel de ouro; um anel de ouro com a inicial "N"; uma jaqueta de couro; e R$ 1.000,00 (mil reais) em dinheiro, deixando as vítimas logo após trancadas dentro de um quarto do imóvel, e, logo após evadiram-se do local.

O apelante, inconformado, pugna pelo reconhecimento da confissão espontânea reduzindo-se a reprimenda aplicada, bem como seja afastada a causa de aumento do inciso I, § 2º do art. 157, Código Penal.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, é pelo improvimento do recurso.

Passo à apreciação do recurso.

Inicialmente, o apelante pleiteia o reconhecimento e a aplicação da atenuante da confissão espontânea, alegando que o magistrado fundamentou o decreto condenatório em sua confissão extrajudicial.

Vejo que sua pretensão merece prosperar.

Verifica-se da sentença à f. 242, que o magistrado realmente utilizou-se da confissão do apelante para embasar a condenação. Vejamos:

> [...] A autoria está comprovada pela confissão extrajudicial do réu (f. 19) e pelo depoimento judicial das testemunhas que estão em harmonia com as demais provas colhidas [...].

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que deve ser aplicada a atenuante da confissão espontânea realizada perante a autoridade policial, ainda que retratada em juízo, desde que ela tenha, em conjunto com outros meios de prova, embasado a condenação.

Nesse diapasão tem-se decidido conforme o acórdão abaixo:

> PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06. CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. INCIDÊNCIA COMO ATENUANTE.
>
> I - Se a confissão na fase inquisitorial, posteriormente retratada em juízo, alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea d, do CP (Precedentes).
>
> II - Consoante restou noticiado no Informativo n. 501 do Pretório Excelso: "Confissão Espontânea Extrajudicial e Retratação em Juízo. Tendo em conta as peculiaridades do caso, a Turma, por maioria, deferiu habeas corpus para restabelecer acórdão do extinto Tribunal de Alçada do Paraná que, embora salientando a retratação do paciente em juízo, reduzira a pena a ele imposta diante do reconhecimento da atenuante da confissão extrajudicial. Considerou-se que, na espécie, nada obstante a mencionada retratação, as declarações do paciente na fase pré-processual, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasaram a condenação. Assim, incidente a atenuante da confissão espontânea prevista na alínea d do inciso III do art. 65 do CP ("Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:... III – ter o agente:... d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;"). Asseverou-se que a confissão extrajudicial deve ser avaliada conforme sua influência sobre o juízo da condenação e que, na situação dos autos, ajudara na própria investigação policial, bem como servira de auxílio para fundamentar a decisão judicial que afirmara a responsabilidade penal do paciente. Enfatizou-se, ainda, que são assegurados aos presos os direitos ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII) e à não auto-incriminação (Pacto de São José da Costa Rica, art. 14, 3, g). Além disso, aduziu-se que constituiria ilegalidade a ser reparada na via eleita a premissa fixada no acórdão impugnado em que assentado que a confissão retratada reduziria a pena se fosse o único fundamento para a condenação. Entendeu-se que essa tese desvirtuaria o sistema processual brasileiro que impede condenações motivadas exclusivamente na confissão, quer judicial, quer extrajudicial. Vencido o Min. Menezes Direito que, aplicando a jurisprudência do STF no sentido de que o ato singular da retratação afastaria a atenuante, indeferia o writ. *HC* 91654/PR, Rel. Min. Carlos Britto, 8.4.2008. (*HC*-91654).
>
> Ordem concedida para restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau, que reconheceu a aplicação da atenuante da confissão espontânea. (*HC* 108568/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 21.8.2008).

Igual entendimento foi adotado em votação recente e unânime desta Turma Criminal, senão vejamos ementa de vota de minha autoria:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE FURTO – PRELIMINAR – PRESCRIÇÃO – AFASTADA – PENA-BASE – REDUÇÃO – FURTO QUALIFICADO – FIGURA DO FURTO PRIVILEGIADO – IMPOSSIBILIDADE – CONFISSÃO NA FASE INQUISITORIAL – RETRATAÇÃO EM JUÍZO –ATENUANTE APLICADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Não há prescrição retroativa quando o tempo havido entre os fatos e o recebimento da denúncia ou entre este e a prolação da sentença, com a sentença transitada em julgado para a acusação, não supera os prazos previstos nos incisos IV do art. 109, c.c. Art. 110, § 1º, do Código Penal.

> Deve ser mantida a pena-base quando os critérios estabelecidos pelo art. 59 do Código Penal restarem obedecidos, não merecendo reparos o quantum fixado pelo magistrado sentenciante o qual se utilizou das prerrogativas que lhe são conferidas, para arbitrar a reprimenda julgada suficiente a fim de promover a reprovação adequada e garantir a prevenção do crime.
>
> O reconhecimento do furto privilegiado não se afigura possível, visto que só tem cabimento nos casos de furto simples ou furto noturno, sendo incompatível com o furto na forma qualificada.
>
> Na esteira do entendimento adotado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deve ser aplicada a atenuante da confissão espontânea realizada perante a autoridade policial, ainda que retratada em juízo, na hipótese de ela ter servido como supedâneo para a condenação, juntamente com os demais elementos probatórios. (TJMS, ACr n. 2008.014014-0, Sonora, Primeira Turma Criminal, julgado em 22.7.2008).

Ainda:

> E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO POR USO DE ARMA BRANCA – ALEGAÇÃO DE APLICAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – RECORRENTE QUE OSTENTA PÉSSIMOS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA – AUSÊNCIA DE PROVAS DA QUALIFICADORA – OCORRÊNCIA – APLICAÇÃO DO IN DÚBIO PRO REO – PEDIDO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – MAGISTRADO QUE SE UTILIZA DA CONFISSÃO DO APELANTE PARA CONDENÁ-LO – RECURSO PROVIDO EM PARTE.
>
> Se o recorrente ostenta diversos antecedentes criminais, inclusive sendo reincidente em crimes contra o patrimônio, e não possui emprego, faz do crime o seu meio de vida, autorizando a majoração da pena base acima do mínimo previsto.
>
> Deve ser aplicado o *in dúbio pro reo* se paira forte dúvida acerca da utilização, ou não, de arma branca para cometer o crime de roubo.
>
> Se o magistrado sentenciante se utilizou da confissão do apelante como razões de sua condenação, deve aplicar a atenuante prevista no art. 65, III, b do Código Penal. (TJMS, ACr n. 2009.019809-6, Relª. Desª. Marilza Lúcia Fortes).

Diante disso, reconheço a presença da atenuante da confissão, e diminuo a pena em um ano, restando-a definitiva em cinco anos quatro meses e quinzedias de reclusão e trinta e dois dias-multa.

Por fim requer o apelante a retirada da causa de aumento de pena referente ao emprego de arma de fogo, salienta que a arma não foi apreendida, e que não há laudo de constatação de potencialidade lesiva.

No entanto, já é pacífico o entendimento jurisprudencial de que não é necessária a apreensão da arma para que seja aplicada a referida majorante, bastando que a vítima, em suas alegações, deixe claro o seu uso, ou quando as declarações prestadas forem suficientes para a identificação do objeto.

Embora a arma utilizada no crime não tenha sido apreendida, as vítimas (f. 181 e 188), foram uníssonas relatando com riqueza de detalhes toda a trajetória para a consecução do delito. Ademais, o próprio réu confirmou perante a autoridade policial (f. 19), que estava armado.

Segundo os ensinamentos do jurista Guilherme de Souza Nucci[1], *"[...] A materialidade do roubo independe da apreensão de qualquer instrumento, assim como a prova da autoria pode ser concretizada pela simples, mas verossímil, palavra da vítima. Por isso, igualmente, para a configuração da causa de aumento (utilização de arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida."*

Recentemente, o STJ se pronunciou acerca do tema. Vejamos:

> *HABEAS CORPUS*. DOSIMETRIA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO REVÓLVER. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA DO ARMAMENTO. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP.
>
> 1. Para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva. Precedentes do STF.
>
> 2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.
>
> Exigir a apreensão e perícia no revólver comprovadamente empregado no assalto teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o armamento, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação. (*HC* 125813/SP, *HABEAS CORPUS* N. 2009/0003068-7, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ de 3.8.2009).
>
> *HABEAS CORPUS*. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GRAVE AMEAÇA. ADOLESCENTE USUÁRIO DE DROGAS E QUE É REINCIDENTE ESPECÍFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.
>
> Desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo para a caracterização do ato infracional equiparado ao delito de roubo circunstanciado, quando cabalmente comprovado, pelas demais provas, a utilização do artefato na prática criminosa... (*HC* n. 129330/SP, *HABEAS CORPUS* n. 2009/0031486-2, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Maia Filho, DJ de 3.8.2009).

Como vimos, a realização do laudo pericial, a fim de se constatar que o artefato está apto, ou não, a realizar disparos, é prescindível, não sendo necessário, inclusive, demonstrar se a referida arma é real ou dissimulada, basta que incuta maior temor na vítima, o que torna o crime de roubo mais grave, justificando a exasperação da pena pelo emprego de arma fogo. Assim, não há que se falar em exclusão da majorante objurgada.

Ante o exposto, em parte com o parecer dou parcial provimento ao recurso, somente para reduzir a pena em seis meses pela atenuante da confissão espontânea.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: RT, p. 732.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

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 Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2009.

***

Apelação Criminal n. 2009.019865-6 - Iguatemi
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Batista da Costa Marques

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENORES – ART. 243 DO ECA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DO ART. 63-I DO DECRETO-LEI N. 3.688/41 – OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

Havendo a desclassificação do crime com a aplicação de pena e, tendo decorrido lapso temporal suficiente para o reconhecimento da prescrição, nos termos do art. 114 c/c o artigo 110, § 1º, do Código Penal, reconhecer-se-á de ofício por ser matéria de ordem pública, declarando-se a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107-IV, 1ª figura 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, por unanimidade e contra o parecer, reconhecer a prescrição, com extinção da punibilidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de novembro de 2009.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

A apelante Úrsula Fruto foi condenada pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Iguatemi, pelo delito previsto no artigo 243, da Lei 8.069/90, a dois anos de detenção e dez dias-multa, em regime aberto. Tal pena foi substituída por duas restritivas de direitos.

Segundo consta nos autos, que no dia 10 de agosto de 2005, por volta das 21h, na local denominado "Bar Tramontina", localizado na Rua Claudiano Pereira Lopes, 175, Vila Operária, nesta cidade e comarca, a denunciada Ursula Fruto, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, forneceu produto cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida, à adolescente J.F.O.

De acordo com o apurado, na data dos fatos a vítima J.F.O., contava com 16 (dezesseis) anos de idade, dirigiu-se ao estabelecimento comercial supramencionado em companhia de sua genitora, ora denunciada, local em que Ursula Fruto consumiu e forneceu bebidas alcoólicas à referida adolescente.

A apelante inconformado com a sentença de f. 116-122, pugna pela a desclassificação da conduta para o art. 63, I da Lei das contravenções Penais, bem como o reconhecimento da atenuante prevista 65, III, do Código Penal.

O Ministério Público Estadual em ambas as instâncias é pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

A apelante Úrsula Fruto foi condenada pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Iguatemi, pelo delito previsto no artigo 243, da Lei n. 8.069/90, a dois anos de detenção e dez dias-multa, em regime aberto. Tal pena foi substituída por duas restritivas de direitos.

Segundo consta nos autos, que no dia 10 de agosto de 2005, por volta das 21h00min, na local denominado "Bar Tramontina", localizado na Rua Claudiano Pereira Lopes, 175, Vila Operária, nesta cidade e comarca, a denunciada Ursula Fruto, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, forneceu, produto cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida, à adolescente J.F.O.

De acordo com o apurado, na data dos fatos a vítima J.F.O., contava com 16 (dezesseis) anos de idade, dirigiu-se ao estabelecimento comercial supramencionado em companhia de sua genitora, ora denunciada, local em que Ursula Fruto consumiu e forneceu bebidas alcoólicas à referida adolescente.

A apelante inconformado com a sentença de f. 116-122, pugna pela a desclassificação da conduta para o art. 63, I, da Lei das contravenções Penais, bem como o reconhecimento da atenuante prevista 65, III, do Código Penal.

O Ministério Público Estadual em ambas as instâncias é pelo desprovimento do recurso.

Tenho que o recurso merece ser provido.

O Estatuto da Criança do Adolescente previsto na Lei n. 8.069/90 - 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 pela apelante não se subsumi ao artigo 243 do ECA, devido a uma interpretação sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente. De fato, o operador do direito deve-se utilizar 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 elencados, 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. 6.368/76 (Antiga Lei de Tóxicos) por tratar de produto ou substância que cause dependência física ou psíquica.

A atitude da apelante de fornecer bebida alcoólica a menor de idade certamente é reprovável, tanto moralmente como legalmente, todavia, não há como puni-lo pelo disposto no artigo 243, em estrita observância ao *princípio da legalidade*, ou seja, não se pode punir a conduta da 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. 3.688/41):

> 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.

> 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. (TACRIM-SP, ACr n. 169.899, Piracicaba, Segunda Câmara, Rel. Juiz Camargo Aranha, julgado em 22.11.1977).

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 23.11.2006, DJ de 4.12.2006).

Neste 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/RS, REsp n. 331794, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 25.2.2003, DJ de 24.3.2003).

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 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). (TJMS, ACr n. 2006.021695-5, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 28.2.2007, DJ de 16.3.2007).

Portanto, a sentença deve ser reformada para se proceder à desclassificação para a contravenção do artigo 63-I do Decreto-Lei n. 3.688/41, levando-se em conta que este artigo não foi revogado pela Lei n. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nestas condições, condeno Úrsula Fruto, qualificada nos autos, à pena de multa 30 dias, equivalente a 1/15 avos do salário-mínimo, para cada dia multa, tornando-a definitiva à míngua de outras circunstâncias, deixando de substitui-la por ter sido aplicada como multa.

Como a denúncia foi recebida na data de 14 de novembro de 2006 (f. 60), tendo sido sentenciado o feito em 27 de março de 2009 (f. 122), tendo decorrido lapso temporal de 2 anos 3 meses e 13 dias, tempo suficiente para o reconhecimento da prescrição, a qual se dá em 2 anos, nos termos do art. 114 do Código Penal, razão pela qual extingo a punibilidade, com supedâneo no artigo 107-IV, 1ª figura, do mesmo *codex*.

Diante do exposto, reconheço a prescrição da pretensão punitiva, o que faço com fundamento nos artigos 114 c.c. 110, § 1º, todos do Código Penal e, em consequência extingo a punibilidade, com fundamento no art. 107-IV, 1ª figura do mesmo estatuto penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, RECONHECERAM A PRESCRIÇÃO, COM EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Dorival Moreira dos Santos e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 3 de novembro de 2009.

***

Apelação Criminal n. 2009.020917-9 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HÁ PROVAS NOS AUTOS SUFICIENTES PARA SUSTENTAR A CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não há falar em absolvição quando restaram sobejamente comprovadas a autoria e a materialidade do crime.

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, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 6 de outubro de 2009.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Márcia da Silva, inconformada com a sentença (f. 66-67) que a condenou ao cumprimento da pena de dois anos de reclusão e ao pagamento de dez dias-multa por infração ao artigo 297, *caput* do Código Penal, teve sua pena suspensa nos atermos do artigo 78 do CP interpõe razões recursais (f. 28-31) requerendo a absolvição alegando não restar demonstrado o crime de falsificação de documento.

Em contrarrazões recursais o Ministério Público (f. 34-36) pugna pela manutenção da sentença em todos os seus termos.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina (f. 93-98) pelo não-provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Marcia da Silva foi denunciada, processada e ao final condenada pela prática da seguinte conduta assim narrada na peça exordial acusatória:

> [...]
>
> Consta do incluso procedimento investigatório, Inquérito Policial n. 2663/2008 – CIP, que a denunciada, Márcia da Silva, adulterou o cartão de visitas do presídio de Segurança Máxima nesta capital, bem como utilizou-se da carteira de trabalho de Josiane de Souza Silva, tendo anexado a sua fotografia nos referidos documentos, com o fim de adentrar ao referido estabelecimento, onde encontra-se preso o seu namorado, Nilson de Souza Silva.
>
> II – Restou apurado que, no dia 31.5.2008, por volta das 10:00 h, a denunciada tentou adentrar no referido Presídio, em dia de visita, apresentando os referidos documentos adulterados, tendo o Agente Penitenciário Emanuea Humberto da Silva Costa, notado a falsificação e ao indagar a denunciada a mesma confessou que havia realizado a adulteração com o fim de adentrar no presídio, utilizando-se dos documentos de Josiane, a qual é irmã do interno Nilson.
>
> III – A denunciada confessou em seu depoimento que JOSIANE havia esquecido o cartão de visita e a carteira de trabalho em sua residência, razão pela qual a denunciada resolveu efetivar a adulteração, tendo utilizado os documentos por três vezes para visitar o seu namorado no Presídio, haja vista a demora em ser confeccionada a sua carteira de visitante.

Após o trâmite processual o magistrado acatou os termos da denúncia e a condenou ao cumprimento da pena de dois anos de reclusão e ao pagamento de dez dias-multa por infração ao artigo 297, caput do Código Penal, teve sua pena suspensa nos atermos do artigo 78 do CP.

Inconformada com a condenação interpõe razões recursais (f. 28-31) requerendo a absolvição alegando não restar demonstrado o crime de falsificação de documento.

Passemos à análise do pedido de absolvição sob alegação de que não restou comprovada a falsificação do documento.

Vejamos os fundamentos utilizados pelo magistrado *a quo* na sentença ora combatida (f. 66-67):

> Delito de falsidade ideológica não se confunde com o de falsidade material, haja vista que nesse há uma alteração no aspecto formal do documento, alterando o verdadeiro, enquanto que naquele se altera o conteúdo do documento, total ou parcialmente, mantendo inalterado seu aspecto formal. A doutrina e a jurisprudência são unânimes no entendimento de que o uso do documento falso pelo próprio autor da falsificação configura um único delito, qual seja, o do artigo 297 do Código Penal hipótese, o uso do falso documento é mero exaurimento do crime materialidade do crime de falsificação de documento público está demonstrada segundo o Exame Documentoscópico de f. 54-58. Tendo em vista que a confissão da acusada vai ao encontro das demais provas coligidas nos autos, não havendo nada que demonstre a inveracidade dos fatos narrados na denúncia, a condenação é medida que se impõe. **Exposto isso, condena-se a acusada, Márcia da Silva, nas penas do artigo 297, caput, do Código Penal.**

A sentença não merece reparos.

Vejamos os depoimentos da própria apelante (f. 10):

> [...] Que a interroganda notou que Josiane esqueceu em sua residência sua Carteira de Trabalho e a citada Carteirinha de visitante; Que a interroganda então teve a idéia de colocar sua foto na Carteirinha de JOSIANA para entrar no citado presídio, usando o nome de JOSIANA;

> QUE a interroganda entrou naquele Estabelecimento Penal por 3 vezes usando os presentes documentos, porém hoje pela 4ª vez, foi descoberta pelos Agentes Penitenciários [...].

Em juízo confirma a adulteração dizendo (f. 73):

> [...] JUIZ: A senhora realmente adulterou essa carteira de visitante para entrar no presídio?
>
> INTERROGANDA: Sim
>
> JUIZ: O que a senhora fez?
>
> INTERROGANDA: Não, eu só tirei a foto original da pessoa e coloquei a minha [...]

Para corroborar com as confissões da apelante temos o auto de exibição e apreensão (f. 25-26), exame documentoscópico (f. 54-58) e ainda o depoimento do policial Bento de Almeida Soares (f. 7).

Portanto demonstrada cabalmente a autoria e materialidade e dessa maneira não há falar em absolvição.

Diante do exposto nego provimento ao recurso acompanhando o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

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 João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 6 de outubro de 2009.

***

Mandado de Segurança n. 2009.015149-0 - Dourados
Seção Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – PENAL E PROCESSUAL PENAL – DEFESA DE INDÍGENA – CAPACIDADE POSTULATÓRIA DE PROCURADORES FEDERAIS LOTADOS NA FUNAI – DECISÃO QUE NÃO RECONHECE TAL CAPACIDADE, LIMITANDO-A A LOCAIS ONDE NÃO EXISTAM DEFENSORIAS MANTIDAS PELO ESTADO OU QUANDO SE TRATE DE DEFESA DE INDÍGENA NÃO INTEGRADO – DETERMINAÇÃO DE DESENTRANHAMENTO DAS MANIFESTAÇÕES DAQUELES – OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE – RECONHECIMENTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

A Constituição Federal, no seu artigo 134, ao criar a Defensoria Pública, não lhe concedeu exclusividade no atendimento aos necessitados, admitindo que, outros órgãos ou entidades possam fazê-lo, sem que isso constitua usurpação daquela competência constitucional. Em casos como este, que envolve indígenas, uma Procuradoria especializada melhor preservará o princípio da ampla defesa.

A prescindibilidade de intervenção da FUNAI como representante ou assistente nos feitos em que o réu é um indígena adaptado, em gozo, portanto, da capacidade civil plena, em nada compromete o patrocínio de sua defesa pelos procuradores federais lotados na Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI, porque tais procuradores se apresentam em juízo não como tutores ou curadores do índio, mas sim como advogado a quem a lei atribuiu a incumbência de representá-lo e defendê-lo judicialmente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, conceder a segurança.

Campo Grande, 7 de outubro de 2009.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Mandado de Segurança impetrado pela Fundação Nacional do Indio – FUNAI e pela Procuradoria Federal Especializada junto à Funai, contra ato praticado pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

A decisão combatida, em síntese, consistiu em despacho proferido pelo Magistrado no Processo Criminal n. 002.07.015101-8, no qual não reconheceu capacidade postulatória aos Procuradores Federais lotados na FUNAI de atuarem na defesa de indígenas, encaminhando os autos à Defensoria Pública daquela Comarca, para que assumisse o patrocínio da causa.

Anotou ainda o Magistrado que a atuação de Procuradores Federais estava limitada a locais onde não existissem defensorias mantidas pelo Estado ou então quando se tratasse de defesa de indígena não integrado ao regime tribal.

Segundo a impetração, inexiste competência exclusiva da Defensoria Pública para defender judicialmente direitos individuais dos índios, e que o cerne da questão – legitimidade dos procuradores federais lotados na FUNAI para tanto – estaria definida na Lei n. 6001/73 (Estatuto do Índio), ao dispor no seu artigo 35 o seguinte: *"Cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos selvícolas e das comunidades indígenas.*"

A ilegalidade da decisão combatida violaria ainda o artigo 11-B, § 6º da Lei n. 9.028/95, acrescido pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001, o qual prevê a atribuição dos procuradores federais lotados na PFE/FUNAI, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, de patrocinar a defesa dos direitos coletivos e individuais dos indígenas.

Em resumo, a insurgência tem a ver com o entendimento sustentado pelo Magistrado, como já se mostrou, de impossibilidade de atuação dos procuradores federais lotados na FUNAI, de patrocinarem naquele processo criminal a defesa do indígena acusado, em razão da existência de Defensoria Pública Estadual na comarca de Dourados, acrescentando ainda o ínclito Magistrado, que o fato de os indígenas residentes na aldeias Jaguapiru e Bororo, fincadas no perímetro urbano daquela cidade, serem possuidores de capacidade civil plena, dispensaria igualmente a atuação daquele Órgão.

Anota ainda a impetração que a Constituição Federal, em seu artigo 134, não atribuiu à Defensoria Pública, competência exclusiva para a defesa dos hipossuficientes, o que leva à conclusão de que a pretendida atuação da FUNAI, não esvazia e nem retira aquela atribuição constitucional.

Na impetração, a FUNAI segue dizendo que a própria Defensoria Pública orienta os indígenas a procurarem a sua Procuradoria Especializada, ao argumento de excesso de trabalho, além da alegação de dificuldade de acesso às aldeias e de dificuldade de localização de testemunhas indicadas pelos indígenas – apenas o primeiro nome – dificuldade essa não existente para os Procuradores Federais que atuam diretamente nas aldeias e junto aos chefes de postos, que representam a FUNAI.

De outra parte, segundo ainda a impetração, inexiste relação entre a incapacidade do indígena e a atuação dos Procuradores Federais junto à FUNAI, uma vez que o ordenamento jurídico vigente jamais teria estabelecido tal condicionamento, razão pela qual a eventual capacidade plena do indígena não comprometeria o patrocínio de sua defesa por tais procuradores.

Registra ainda a impetração, pela juntada de documento (n. 2), consistente em uma gravação magnética de noticiário televisivo, que os processos com defesa patrocinada pela FUNAI, naquela Vara, foram todos encaminhados à Defensoria Pública, sem intimação dos Procuradores, e que as peças elaboradas pela mesma Procuradoria foram desentranhadas e devolvidas à FUNAI que também não foi autorizada a ter carga dos autos ou mesmo vista no balcão, para elaboração do presente *mandamus*.

Ao final, pede liminar.

Documentos às f. 30–133.

A liminar foi indeferida (f.135).

Informações às f. 139–141.

Parecer da PGJ às f. 146–159, opinando pela concessão da segurança.

Informação complementar, com juntada de documento às f. 162-165.

Embargos de Declaração opostos pelos impetrantes (f. 167-181) e pedido de juntada de Parecer oriundo da FUNAI, tratando de limites de atuação da sua Procuradoria (f. 183-213).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

A questão a se discutir neste mandado de segurança, consoante anotado no relatório, tem a ver com a alegada violação de direito líquido e certo dos impetrantes, por parte do Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal que, nos Autos n. 002.07.015101-8, não reconheceu capacidade postulatória aos Procuradores Federais, lotados na FUNAI, de defenderem, em juízo, direitos individuais dos indígenas.

A decisão atacada, na sua parte final, consigna o seguinte:

> Assim, não só carecem os procuradores jurídicos da Funai, especialmente aqueles que integram à Advocacia-Geral da União, de capacidade postulatória para atuar em feitos da Justiça ordinária em trâmite nesta Comarca, como igualmente não possuem os habitantes das ditas aldeias condições subjetivas para serem assistidos por agentes públicos tal como os referidos. Daí porque, desentranhem-se os petitórios firmados por Advogados da Funai e/ou Procuradores Jurídicos da União cedidos àquele órgão, devolvendo-se-lhes em razão da incapacidade de postularem neste feito, assim como pela impossibilidade de serem seus assistidos patrocinados por órgãos públicos que não tenham precípua função de fazê-los, e portanto remetam-se os autos a Defensoria Pública para que doravante assuma o patrocínio da causa, corroborados os atos já praticados até a presente data. (f. 9)

Na verdade, dois são os óbices apontados na decisão invectivada. A primeira, é que a atuação da Defensoria Pública na comarca de Dourados excluiria a intervenção da Procuradoria especializada da FUNAI.

Depois, que a atuação daquele órgão só se legitimaria em caso de indígena não integrado à comunhão nacional.

Pois bem, penso que a ordem deve ser concedida em termos. Explico.

Quanto à primeira objeção, a meu sentir, a intervenção da FUNAI é de ser admitida, considerando que realmente, como acentuado pelos impetrantes, no caso deve ser entendido que a atuação da Defensoria Pública não pode ser exclusiva e sim compartilhada. Pelo contrário, em se tratando de indígena, pelo princípio da cooperação, a assistência jurídica especializada deve preferir àquela outra, até porque evidentemente que mais preparados para lidar com as singularidades do indígena e do aldeamento que lhe é peculiar, pois, como explica com propriedade o prof. Celso Ribeiro Bastos, *"É a chave da própria descentralização, implícita no princípio federativo da subsidiariedade, segundo o qual, presume-se, melhor realize quem estiver mais próximo do problema e das pessoas[...]"* (Curso de direito constitucional, p. 285).

Consoante anotado na impetração, a Constituição Federal, no seu artigo 134, ao criar a Defensoria Pública, não lhe concedeu exclusividade no atendimento aos necessitados, admitindo que, outros órgãos ou entidades possam fazê-lo, sem que isso constitua usurpação daquela competência constitucional. Pelo contrário até. Em casos como este, uma Procuradoria especializada melhor preservará o princípio da ampla defesa.

De ressaltar-se também, por importante, que a própria Defensoria Pública tem, não só admitido, mas, mais do que isso, recomendado aos indígenas essa procura pela FUNAI, consoante noticia a reportagem que pode ser assistida no doc.2 que reproduz reportagem veiculada na Rede Globo de Televisão.

Já o ofício que também foi juntado (f.163-65), oriundo do FUNAI, tão somente registra uma situação de deficiência na estrutura do Órgão, que parece estar sendo superada, recomendando restrição pontual, sem, contudo, significar pretensão generalizada de afastamento.

Sob outro enfoque, já a tese desenvolvida pelo Magistrado na decisão antes transcrita, no que diz respeito à incapacidade do indígena, também não tem pertinência com o caso. Pelo contrário e por amor à brevidade, sem adentrar na discussão sobre a incapacidade do réu, sobre ser ou não "integrado à civilização" no dizer magistrado, ou adaptado ou não, num linguajar que parece mais técnico, importante a seguinte passagem contida na inicial, que a meu sentir, resolve de vez a questão.

> Explicada essa questão primeira, Colenda Turma, oportuno então se faz esclarecer que a prescindibilidade de intervenção da FUNAI como representante ou assistente nos feitos em que o réu é um indígena adaptado, em gozo, portanto, da capacidade civil plena, em nada compromete o patrocínio de sua defesa pelos procuradores federais lotados na Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI. E isso porque tais procuradores se apresentam em juízo não como tutores ou curadores do índio, mas sim como advogado a quem a lei atribuiu a incumbência de representá-lo e defendê-lo judicialmente. (f.23).

Importante arremate deve ser retirado do Parecer n.4/PGF/PG/FUNAI/07 (f. 203):

> Podemos concluir, pelo cotejo da legislação infraconstitucional, que a Procuradoria-Geral da FUNAI, órgão vinculado à Procuradoria-Geral Federal e também à Advocacia-Geral da União, tem competência para promover a defesa dos interesses individuais e coletivos dos índios, por força do § 6º artigo do 11-B da Lei n. 9.028, de 12 de abril de 1995, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

Isto posto, e com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, concedo a segurança para assegurar à Procuradoria-Federal e Especializada junto à FUNAI o patrocínio da defesa criminal nos autos de origem e, em todos os demais casos em que a parte indígena – individualmente considerada – constitua como patrono, em processos criminais, Procuradores Federais lotados na FUNAI.

Determino, ainda, que sejam restituídas aos impetrantes as manifestações formuladas pela mesma Procuradoria, desentranhadas e encaminhas por Ofício n. 224/2009 (f. 43), que se encontram nestes autos por cópia, bem como se lhes dê vista dos autos quando solicitado, na forma estabelecida na legislação pertinente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 7 de outubro de 2009.

***

Revisão Criminal n. 2009.020224-7 - Campo Grande
Seção Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

E M E N T A – REVISÃO CRIMINAL – REQUERENTE CONDENADO DUAS VEZES PELO MESMO FATO CRIMINOSO – OFENSA À COISA JULGADA – NULIDADE DO ÚLTIMO PROCESSO EM RELAÇÃO À PRIMEIRA CONDENAÇÃO – DEFERIDO.

Defere-se revisão criminal para anular processo crime ante a ofensa à coisa julgada

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, julgar procedente o pedido revisional.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2009.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de revisão criminal requerida por Rogério Cesar de Lima, pleiteando a anulação da Ação Penal n. 001.02.815539-5, que tramitou perante a 5ª Vara Criminal de Campo Grande, sob o argumento de que respondeu pelo mesmo fato em outra ação penal.

O requerente alega que nas ações n. 001.02.815539-5 e na 001.03.022656-3 foi condenado pelo mesmo fato, configurando, dessa forma, *bis in idem*.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo deferimento do pedido (f. 89-93).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Pela análise dos autos, verifica-se que o requerente **Rogério Cesar de Lima** foi denunciado pela prática do crime de lesões corporais perante a 5ª Vara Criminal de Campo Grande, autos n. 001.02.815539-5, onde consta que:

> "[...] *aos 1º de novembro de 2002, na Av. Coronel Antonino, o denunciado Rogério César de Lima, ofendeu a integridade corporal das vítimas Carlos Alberto Loureiro e de Anderson Vieira Batista, provocando-lhes ferimentos graves no primeiro, e ferimentos leves no segundo [...]*"

Já na ação penal n. 01.06.039098-1, que tramitou na 1ª Vara Criminal, também nesta Comarca, foi oferecida denúncia contra o requerente pelo mesmo fato, *verbis*:

> Noticiam os autos que no dia 1º de novembro de 2002, por volta das 12:00h, a Guarnição Policial Militar composta pelo Cb PM Carlos Alberto Velasco Loureiro, o Sd Anderson Vieira Batista juntamente com o Sd PM Sidney Antunes de Souza, deparou-se com a pessoa de Rogério Cesar de Lima [...], empreendeu fuga, não hesitando em disparar tiros contra os policiais, vindo a atingir o Cb PM Carlos Alberto Velasco Loureiro na coxa e o Sd PM Anderson Vieira Batista no tornozelo [...].

Agora em sede de revisão criminal, o requerente pleiteia a nulidade de um dos processos, alegando ocorrência de bis in idem.

Passa-se à análise do pedido de revisão criminal, e, desde já, observa-se que deve ser deferido.

No caso dos autos, só se verificou a existência de duas ações penais relativas ao mesmo réu e pelo mesmo fato a ele imputado depois que, ambas, as decisões já haviam transitado em julgado.

Nesse caso a questão deve ser resolvida pelo critério da precedência da decisão transitada em julgado, porquanto, se houvesse sido conhecida essa decisão enquanto a outra ação penal estava em curso, esta ação teria sido definitivamente paralisada.

A propósito, cito o precedente deste egrégio Tribunal:

> E M E N T A – REVISÃO CRIMINAL – REQUERENTE CONDENADO DUAS VEZES PELO MESMO FATO CRIMINOSO – OFENSA À COISA JULGADA – NULIDADE DO ÚLTIMO PROCESSO EM RELAÇÃO À PRIMEIRA CONDENAÇÃO – DEFERIDO.
>
> Defere-se revisão criminal para o fim de anular processo crime ante a ofensa à coisa julgada.(RevCr n. 2002.010263-6, Rel. Des. Luiz Carlos Santini).

No caso, os autos n. 01.02.815539-5, que correu na 5ª Vara Criminal, transitou em julgado dia 10.7.2006 (f. 11), enquanto que a ação n. 001.03.022656-3 teve trânsito em julgado na data de 20.5.2008 (f. 4), devendo a primeira condenação prevalecer.

Pelo exposto, de acordo com o parecer, defiro o pedido da presente revisão criminal para o fim de declarar a nulidade do processo crime n. 01.03.022656-3, que correu na 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO REVISIONAL.

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

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, Marilza Lúcia Fortes, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Juiz Manoel Mendes Carli e Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2009.

***

Apelação Criminal n. 2009.023016-7 - Nova Andradina
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI N. 201/67 – PENA-BASE – EXASPERAÇÃO COM BASE EM AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO QUE FORAM UTILIZADAS PARA CARACTERIZAÇÃO DE MÁ CONDUTA SOCIAL – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STJ – MOTIVOS DO CRIME QUE SÃO PRÓPRIOS DO TIPO PENAL – PENA REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL COM DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA – ARTS. 107, IV E 109, V DO CP – CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO – RECURSO PROVIDO.

Não se mostra idôneo invocar fatos ocorridos após o início da ação penal para considerar a conduta social negativa, posto que nesta, segundo a melhor doutrina, *"deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua via recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladoras de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral."*

Não é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base acima do mínimo legal a motivação do crime própria do tipo penal.

Verificada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva pela ocorrência da prescrição retroativa, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício, para decretar a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, IV, 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, por maioria e contra o parecer, vencida a vogal, dar provimento ao recurso, decretando a extinção da punibilidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de novembro de 2009.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Luiz Carlos Ortega, inconformado com a sentença que o condenou à pena de três anos, sete meses e seis dias de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito, e, ainda, inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de cinco anos, pelo crime do art. 1º, II, do Decreto-Lei n. 201/67, interpõe recurso de apelação.

Sustenta, em síntese, que não praticou o crime pelo qual foi condenado, tendo a sentença fundamentado a condenação em depoimentos contraditórios de testemunhas que buscavam prejudicá-lo, sendo que não tinha conhecimento dos fatos praticados por funcionário de confiança seu.

Contra-razões às f. 1.000-15, pugnando pela manutenção do *decisum*.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 1.050-54, opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Antes de adentrar ao exame do recurso, examino, de ofício, a fixação da pena realizada no decreto condenatório, pois, de plano, verifico que esta restou exasperada sem motivação idônea, o que, aliado ao fato de o crime em questão ter ocorrido antes do ano 2000 (f. 2), a denúncia ter sido recebida apenas em 10.10.2006 (f. 765) e a sentença condenatória somente ter sido proferida em 29.5.2009 (f. 995), tenho que, diminuindo-a ao patamar correto, ocorre a prescrição da pretensão punitiva.

A sentença fundamentou a aplicação da pena, cujo mínimo é de 2 (dois) anos, da seguinte forma:

> 3. DOSIMETRIA DA PENA.
>
> O acusado não registra antecedentes, pois não tem contra si condenação transitada em julgado (neutra). A conduta social é maculada, pois já se viu envolvido em outros episódios criminais da mesma natureza (f. 786). A personalidade é desconhecida (neutra). Os motivos são negativos, pois a verba destinava-se a influenciar a vontade do eleitor. As circunstâncias e as conseqüências não agravam o desvalor da ação e o desvalor do resultado (neutras). Não há vítimas diretas (neutra). Assim, analisadas em conjunto essas operadoras do art. 59 do Código Penal, concluo que a reprovabilidade (culpabilidade) da ação é de mediana envergadura.
>
> Diante disso, fixo a pena-base em 03 anos de reclusão. Presente a majorante da continuidade delitiva, aumento-a de 1/5, fixando-a definitivamente em 3 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão. O quantum de aumento se justifica pela quantidade de crimes praticados (há notícias de que as verbas pertencentes ao erário foram utilizadas em prol da campanha de Roberto Hashioka em 3 postos de combustível).
>
> Com fulcro no art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n. 201/67, ainda é de ser declarada a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de cinco anos.

Vê-se que a pena foi fixada acima do mínimo em razão de duas circunstâncias judiciais que foram consideradas negativas, quais sejam, a conduta social e os motivos.

Porém, não considero idôneo invocar os mesmos para considerar a conduta social negativa, posto que nesta, segundo a melhor doutrina, *"deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua via recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladoras de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral."* (*in* Cezar Roberto Bitencourt, **Código Penal Comentado**, 5ª edição, Saraiva, f. 179. Destaquei.).

No caso concreto, a sentença anota, como visto, que a conduta social se mostra maculada apenas com base em um episódio anterior da mesma natureza, apontando o documento de f. 798, onde se vê distribuições relacionadas a fatos posteriores, o que não configura, como acertadamente decidiu a sentença, antecedentes, mas, a meu ver, também não pode ser tido como fato desabonador de conduta.

O mesmo pode-se dizer acerca do motivo, pois, no caso, afirmou-se o mesmo como negativo porque os desvios foram utilizados para influenciar a vontade do eleitor.

Tal consideração, a meu ver, está inserida na própria descrição do tipo. Confira-se:

> Art. 1º 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;
>
> Il - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos; (Destaquei).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a propósito, é no seguinte sentido:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE SEM MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. FUNDAMENTO EM AÇÕES PENAIS EM CURSO E MOTIVO DO CRIME PRÓPRIO DO TIPO PENAL. REDUÇÃO DA PENA, DIANTE DE ÚNICA CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL VÁLIDA. 2. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL. DECRETO-LEI N. 201/67. PERDA DO CARGO. IMPOSIÇÃO SEM MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CASO EM QUE ENCERRADO O MANDATO HÁ MAIS DE 13 ANOS. IRRAZOABILIDADE DE PERDA DO CARGO ATUALMENTE OCUPADO. 3. PACIENTE QUE À ÉPOCA DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA NÃO ERA MAIS PREFEITO. IRRELEVÂNCIA. FATO COMETIDO NO EXERCÍCIO DO CARGO. IMPUTAÇÃO DO ART. 1º DO DECRETO-LEI N. 201/67. SÚMULA 164 DO STJ. 4. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.
>
> 1. Não é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base acima do mínimo legal a existência de ações penais em curso contra o paciente ou a motivação do crime própria do tipo penal.
>
> 2. A imposição de perda do cargo depende de adequada motivação, não podendo ser aplicada irrefletidamente, como efeito automático da condenação. No caso, irrazoável se mostra a aplicação da perda do cargo passados mais de 13 anos do término do mandato no qual ocorreram os fatos delituosos.
>
> 3. Súmula 164-STJ: O prefeito após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º, do Decreto-Lei n. 201, de 27.2.67.
>
> 4. Ordem concedida em parte, para redimensionar pena do paciente para 2 anos e 4 meses de reclusão em regime aberto, excluindo, ainda, da condenação a perda do cargo e a inabilitação para o exercício da função pública pelo prazo de 5 anos impostas pelo acórdão recorrido. (*HC* n. 88588/PE *HABEAS CORPUS* n. 2007/0186427-5, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 24.6.2008, DJ 4.8.2008).

Assim, não vejo como fixar a pena acima do mínimo no caso presente, razão pela qual reduzo a pena-base para 2 (dois) anos de reclusão, aumentada de 1/6 (um sexto) pelo artigo 71 do CP, fixando-a, em definitivo, em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Mantenho o regime aberto e a substituição de pena operada na sentença, bem como as demais disposições nela contidas.

Como os fatos narrados na denúncia, como dito, ocorreram antes do ano 2000 (f. 02-03); a denúncia ter sido recebida apenas **cerca de seis anos depois,** em 10.10.2006 (f. 765) e a sentença condenatória somente foi proferida **cerca de dois anos e cinco meses depois**, em 29.5.2009 (f. 995).

E, como a pena aplicada restou, em definitivo, em 2 (dois) anos de reclusão, já que o aumento pela continuidade não conta para a aferição da prescrição (Súmula n. 497/STF) que, diante da previsão do art. 109, V, prescreve em **4 (quatro) anos, prazo transcorrido entre a data do fato o recebimento da denúncia**, tenho que ocorreu e prescrição, na forma retroativa, razão pela qual, **concedo *habeas corpus* de ofício e decreto a extinção da punibilidade do réu, com fundamento no art. 107, IV, do Código Penal**.

Reconhecida a prescrição, resta prejudicado o exame do mérito do recurso (Súmula 241 do antigo TFR).

Pelo exposto, concedo *habeas corpus* de ofício e reduzo a pena imposta, decretando, por conseqüência, a extinção da punibilidade, pela ocorrência da **prescrição da pretensão punitiva retroativa**, nos termos do disposto no art. 109, V, c. c. art. 107, IV, todos do Código Penal.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Revisor)

De acordo com o relator.

A Srª. Desª. Marilza Lúcia Fortes (Vogal)

No caso em pauta o ilustre relator deu provimento ao recurso, reduzindo a pena do apelante, por considerar que as circunstâncias elencadas pelo juiz sentenciante, quais sejam, o envolvimento do recorrente em outros episódios, não foram suficientes para autorizar a majoração da pena.

Sobre essa questão, entendo que o envolvimento do apelante em diversos outros crimes contra a administração pública, à f. 786, demonstram que é contumaz na prática do ilícito, autorizando a majoração acima do mínimo legal.

Dessa forma, divirjo do ilustre relator para negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E CONTRA O PARECER, VENCIDA A VOGAL, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, DECRETANDO A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, João Batista da Costa Marques e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 26 de novembro de 2009.

***

Habeas Corpus n. 2009.020438-2 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Juiz Manoel Mendes Carli

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO – CRIME MILITAR – SALVO-CONDUTO – POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA DO PACIENTE (*SURSIS*) – AUSÊNCIA DE AMEAÇA CONCRETA OU COAÇÃO IMINENTE À LIBERDADE DO PACIENTE – ORDEM DENEGADA.

O *habeas corpus* é instrumento hábil para se evitar uma ameaça contra o direito de locomoção, não podendo ser utilizada quando inexiste a ameaça concreta, apenas uma suposição de que poderá ser revogada a suspensão da pena do paciente.

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, denegar a ordem, unânime e com o parecer.

Campo Grande, 28 de setembro de 2009.

Juiz Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli

O advogado Mário Sérgio Rosa impetra ordem de *Habeas Corpus* Preventivo, com pedido de liminar, em favor do paciente Waldomiro Centurião Machado, apontado como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara da Auditoria Militar Estadual da Comarca de Campo Grande-MS.

Sustenta o impetrante, em apertada síntese, que:

1) O paciente foi condenado, sendo beneficiado com *sursis*, passando a prestar serviços à comunidade, conforme GR n. 001.07.128569-6;

2) Foi interposto Recurso Especial sem efeito suspensivo, buscando a nulidade da sentença de forma que o paciente encontra-se na iminência de ter restringida sua liberdade de ir e vir;

Requer a concessão da ordem, expedindo-se o salvo-conduto, haja vista, estar o paciente na iminência de ter a sua liberdade cerceada.

Liminar indeferida à f. 430.

Solicitadas as informações à autoridade coatora, estas vieram aos autos às f. 434-435.

A Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de f. 440-447, opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Relator)

O advogado Mário Sérgio Rosa impetra ordem de *Habeas Corpus* Preventivo, com pedido de liminar, em favor do paciente Waldomiro Centurião Machado, apontado como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara da Auditoria Militar Estadual da Comarca de Campo Grande-MS.

Sustenta o impetrante, em apertada síntese, que:

1) O paciente foi condenado, sendo beneficiado com *sursis*, passando a prestar serviços à comunidade, conforme GR n. 001.07.128569-6;

2) Foi interposto Recurso Especial, sem efeito suspensivo, buscando a nulidade da sentença, de forma que o paciente encontra-se na iminência de ter restringida sua liberdade de ir e vir;

Requer a concessão da ordem, expedindo-se o salvo-conduto, haja vista, estar o paciente na iminência de ter a sua liberdade cerceada.

O Magistrado instado a prestar as informações solicitadas, manifestou-se nos autos às f. 434-435, aduzindo que:

> [...]
>
> [...] que o paciente foi condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em razão de sentença proferida nos autos de ação penal n. 001.06.039675-0, ocasião em que lhe foi concedida a suspensão condicional da pena. Paralelamente, foi punido disciplinarmente, pelo que cumpriu 3 (três) dias de prisão disciplinar. Diante disso, impetrou mandado de segurança objetivando desconstituir a punição, restando denegada a segurança, pelo que houve a interposição do recurso de apelação. Vê-se, ainda, que no transcurso dos embates processuais o ora paciente argüiu exceção de suspeição, o que foi julgado improcedente pelo E. Tribunal de Justiça.
>
> Diante disso, nota-se que o paciente impetrou habeas corpus visando impedir que o fato de ter punido administrativamente possa levar à revogação do sursis e, consequentemente, levá-lo ao cumprimento de sua pena no regime fechado. Todavia, é de ser esclarecido que este magistrado decidiu, na guia de execução penal, por aguardar o trânsito em julgado da decisão do mandado de segurança impetrado para, só depois, analisar se a punição disciplinar conduzirá ou não à revogação da suspensão condicional da pena.
>
> Não há, portanto, nenhum constrangimento ilegal. Primeiro, porque ainda não foi formado nenhum juízo de valor, não havendo nenhuma decisão, tendo a análise acerca da possibilidade de a punição disciplinar guerreada conduzir ou não à revogação do sursis sido condicionada ao trânsito em julgado, sendo certo que não pode este magistrado ser impedido de decidir. E, segundo, a punição disciplinar combatida não importa necessariamente na revogação do sursis, podendo este Juízo, inclusive, decidir pela manutenção da suspensão condicional da pena.

> Ademais, se por acaso, após o trânsito em julgado do mandado de segurança impetrado, este magistrado decidir pela revogação do sursis – lembrando que a ocorrência de punição disciplinar não é condição impositiva para tal medida -, poderá o ora paciente se valer das vias adequadas para se insurgir contra a decisão.
>
> [...].

O *habeas corpus* é remédio que se presta a sanar o constrangimento ou a ameaça de coação ao direito de ir e vir do cidadão, em virtude de ilegalidade ou abuso de poder.

No presente remédio heróico, verifica-se que, inexiste qualquer ameaça indevida ou coação iminente à liberdade do paciente, requisito essencial para que se conceda a ordem pleiteada.

Ademais, conforme as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, que "[...] *é de ser esclarecido que este magistrado decidiu, na guia de execução penal, por aguardar o trânsito em julgado da decisão do mandado de segurança impetrado para, só depois, analisar se a punição disciplinar conduzirá ou não à revogação da suspensão condicional da pena*."

Portanto, o suposto constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, não apresenta consistência a ponto de ensejar a concessão da presente ordem de *habeas corpus*, por inexistir qualquer decreto de prisão e consequente determinação de expedição de mandado de restrição de sua liberdade.

Percebe-se, no caso em tela, que o receio do paciente parece se fundar na possibilidade da suspensão condicional da sua pena (*sursis*), não havendo, contudo, qualquer manifestação da autoridade coatora á esse respeito.

Nesta linha de raciocínio, com razão o parecer do Procurador de Justiça Dr. Humberto de Matos Brittes, à f. 447:

> [...] não se apresentou qualquer ato configurador de suposta ameaça de constrangimento ilegal apto a confirmar o receio de cerceamento de liberdade ambulatorial do paciente e justificar concessão de salvo-conduto. [...].

Em face do exposto, de acordo com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DENEGARAM A ORDEM, UNÂNIME E COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Manoel Mendes Carli, Desembargador Romero Osme Dias Lopes e Desembargador Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 28 de setembro de 2009.

***

Apelação Criminal n. 2009.025019-0 - Inocência
Segunda Turma Criminal
Relator Juiz Manoel Mendes Carli

E M E N T A – APELAÇÃO-CRIME – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – UTILIZAÇÃO PARA TOMAR POSSE EM CONCURSO – INQUÉRITO POLICIAL E DENÚNCIA EQUIVOCADOS – HISTÓRICO ESCOLAR – AUSÊNCIA DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA – CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE CURSO – INEXISTENTE – RECURSO PROVIDO.

Tendo a Secretaria Estadual de Educação informado que o histórico escolar referente à primeira fase do supletivo 2º grau, atual Educação de Jovens e Adultos- EJA, padece de falsidade, *mister* a realização de perícia grafotécnica no documento, mormente por ter a instituição de ensino expedidora do documento ter sido fechada por irregularidades.

Revela-se equivocado o inquérito policial e a denúncia que partiram da premissa que histórico escolar e certificado de conclusão de curso escolar revelam ter o mesmo conteúdo, pois há diferenças técnicas entre os mesmos. O certificado de conclusão é documento hábil à comprovação da conclusão em curso e o histórico escolar consta a relação de disciplinas cursadas, faltas e aproveitamento do aluno.

Não comprovado o fato narrado na denúncia, qual seja, a falsificação e utilização de Certificado de Conclusão de Ensino Médio para ingresso em cargo público, uma vez que tal documento não foi apresentado pelo acusado, impõe-se a absolvição do acusado.

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, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 16 de novembro de 2009.

Juiz Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli

Aparecido Pires Rodrigues intepõe apelação criminal (f. 208-212-222) contra a sentença (f.185-200) que o condenou à pena de dois anos e três meses de reclusão e 31 dias-multa por infração aos artigos 304 e 297 do Código Penal, substituída por pena restritiva de direitos.

Argumenta que não realizada a perícia no documento a fim de ser verificar a suposta falsidade, nenhuma comprovação por prova testemunhal a respeito da materialidade delitiva.

Sustenta que a Secretaria de Educação informou primeiramente que não é possível declarar a autenticidade dos documentos e, posteriormente, acrescer que o histórico escolar é falso por não se encaixar na grade curricular relativa à época em que foi expedido, o que gera contradição.

Afirma que há prova testemunhal que o apelante estudava, não havendo provas ao contrário. Ao final, requer a absolvição do apelante, nos termos do artigo 36, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 224-228), parecer da Procuradoria-Geral de justiça no mesmo sentido (f. 233-237).

VOTO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Relator)

Consta dos autos que o apelante foi denunciado pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 304 do Código do Penal, pelo seguinte, *in verbis*, f. 2-3: conforme fatos assim narrados:

Consta do incluso I.P. que no início do ano de 2006, o Denunciado APARECIDO PIRES RODRIGUES para tomar posse em concurso público municipal, apresentou um certificado de conclusão de ensino médio falso, fazendo uso de documento público falso, tipificando assim a conduta descrita no artigo 304 do Código Penal.

Consta que no início de 2006 a prefeitura municipal de Inocência/MS realizou Concurso Público para o cargo de motorista, tendo o denunciado sido aprovado em primeiro lugar e empossado conforme termo de f. 48.

O Sr. Everaldo Vieira da Silva, o segundo colocado ao cargo de motorista do dito concurso apresentou uma reclamação ao Ministério Público local revelando que o Denunciado Aparecido não possuía o grau de escolaridade exigido no edital do concurso e apresentou documento falso, com um Certificado de Conclusão de Ensino Médio, supostamente emitido pelo Centro de Educação Sul-Matogrossense – CESM, datado de 8.2.1997, assinado por Maria do Carmo Ferreira Lopes. Em virtude disso, oficiou-se ao Centro de Escolas Recolhidas Álvaro Martins Neto, para verificação da autenticidade do documento, constatou-se que nas Atas de Resultados Finais, o Centro de Educação Sul-Matogrossense – CESM, não constava o nome do Denunciado.

Inquirido sobre os fatos, o Denunciado negou os fatos. Convém ressaltar, que o Denunciado estudou até a segunda série do Ensino Fundamental na Escola Municipal Rui Barbosa Pólo, no município de Cassilândia/MS, inexistindo informações sobre transferência escolar, conforme a f. 11, o que por fim ratifica as acusações.

Materialidade demonstrada conforme f. 8 e 11. [...]

Prevê os artigos 297 e 304 do Código Penal:

> Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:
>
> Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os artigos 297 a 302:
>
> Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

No caso em tela, houve uma grande confusão que levou a condenação do apelante. Vejamos.

Consta dos autos que o apelante foi aprovado em primeiro lugar em concurso público municipal para o cargo de motorista da Prefeitura, sendo para tanto exigida a comprovação de grau de escolaridade, qual seja, 4ª série completa do Ensino Fundamental e Carteira Nacional de Habilitação – CHH tipo " D" ou "E" (f.72).

Observa-se que tal grau de escolaridade equivale à antiga 4ª série do 1º grau (até 1996) e atual 5ª ano do Ensino Fundamental (Lei n. 11.274, de 6 de fevereiro de 2006).

O segundo colocado no referido concurso Everaldo Vieira da Silva comunicou ao promotor estadual Luciano Anechine Lara Leite que o apelante apresentou Certificado de Conclusão de Ensino Médio falso para tomar posse (f.8), sendo comunicada a ocorrência e iniciado o inquérito policial (f.5).

Realizada a busca e apreensão do referido documento, foi encontrado Histórico Escolar do Centro de Educação Sul-Mato-Grossense – CESM, assinado pela secretária Júlia Santos de Oliveira Gomes e pela Diretora Maria do Carmo Ferreira Lopes, que certifica, *in verbis,* f.42*:*

> (x) Histórico Escolar ( ) Guia de Transferência
>
> Certificamos que **Aparecido Pires Rodrigues** - filho(a) de **Munir Pires da Silva** e de **Maria Rodrigues da Siva**, natural de **Indáia do Sul** UF **MS**, nascido(a) em 12/08/1969, RG **000976674 SSP/MS**,tendo em vista os resultados obtidos no ano de 1996, foi considerado (a) **Aprovado(a)** na 1ª fase do Curso de Educação de Jovens e Adultos na etapa do Ensino Médio, conforme disposto no Projeto do Curso, aprovado pela Deliberação CEE/MS n. 6421, de 14 de dezembro de 1996 e aos resultados abaixo: [...]
>
> **Observações**: Portaria 37/02 comprova que o aluno(a) aparecido Pires Rodrigues possui conhecimentos referentes ao Ensino Fundamental. Portaria 92/02 classifica o aluno(a) na 1ª fase do Ensino Médio. Dispensado (a) da seguinte disciplina: Educação Física, conf. Certificado expedido pelo Centro Educacional Padrão. Apto (a) a prosseguir seus estudos a nível médio. (Grifo no original)

Terminado o inquérito policial, foi ofertada a denúncia acima transcrita e expedido ofício à Secretaria de Educação, sendo que Maria Nilene Badeca da Costa, Secretária de Estado de Educação informou que *"o histórico escolar apresentado em nome de Aparecido Pires Rodrigues é falso, uma vez que nada consta nos arquivos do Centro Sul-Mato-Grossense, relativo a esse nome. Cabe-nos informar que a modalidade Educação Jovens e Adultos não foi oferecida pela citada Instituição de Ensino, no ano de 1996. Ainda o histórico escolar em pauta não é compatível com a matriz curricular operacionalizada, à época, na referida modalidade"* (f.138).

Tal informação foi à base para a condenação do apelante (f.185-200).

Contudo, os equívocos constantes no processo são vários, desde o inquérito policial e da denúncia:

1) A denúncia narra que o apelante apresentou Certificado de Conclusão de Ensino Médio falso para tomar posse. Ocorre que o apelante não terminou o Ensino Médio, pois de acordo com o Histórico Escolar apresentado somente cursou a 1ª fase do antigo 2º grau (f.42).

Certificado de Conclusão de Curso e Histórico Escolar são documentos tecnicamente distintos.

O Certificado de Conclusão de Curso, às vezes confundido com diploma, é um documento em folha única onde a instituição de ensino certifica que o aluno terminou determinado grau, constando o nome completo e o curso concluído. Assim, termos o referido certificado em todos os graus, inclusive pós-graduação.

O histórico escolar é um documento em que a instituição de ensino atesta todos os dados do aluno, especificando as disciplinas cursadas e as respectivas notas, carga horária, número de faltas e, por vezes, a porcentagem de aproveitamento.

Exemplificando, um aluno curso até metade do 3º ano do Ensino Médio e, por algum motivo, deixa de estudar, ou seja, ele não tem direito a receber o certificado de conclusão do curso, mas pode obter o histórico escolar, inclusive com as disciplinas e média anual do 1º e 2º anos já cursados.

Portanto, o apelante não apresentou Certificado de Conclusão de Ensino Médio falso, como narrado na denúncia.

2) A denúncia narra que o apelante apresentou Certificado de Conclusão de Ensino Médio falso, não tendo o grau de escolaridade exigido no edital do concurso para tomar posse.

Como narrado acima, o grau de escolaridade exigido no edital para posse no cargo de motorista é a 4ª série completa do Ensino Fundamental (f.72), ou seja, a grade curricular contida no Histórico Escolar apreendido, apontada como falsa pela Secretaria de Educação como falso, não é documento hábil a atestar que o apelante cursou a série exigida.

Contudo, ao final do documento constou que a " *Portaria 37/02 comprova que o aluno(a) Aparecido Pires Rodrigues possui conhecimentos referentes ao Ensino Fundamental. Portaria 92/02 classifica o aluno(a) na 1ª fase do Ensino Médio".*

Esse é o nó górdio da questão em que faltou melhor análise e interpretação.

As portarias mencionadas querem dizer o seguinte: o apelante, por não ter cursado todo o 1º grau, atual Ensino Fundamental, fez uma avaliação onde se constatou que tinha conhecimentos suficientes do 1º grau/ Ensino Fundamental e foi classificado para o 2º grau/Ensino Médio.

De acordo com a Lei n. 5.692/72, vigente à época dos fatos, artigo 9º, *"os alunos que apresentem deficiências físicas ou mentais, os que se encontrem em atraso considerável quanto à idade regular de matrícula e os superdotados deverão receber tratamento especial, de acordo com as normas fixadas pelos competentes Conselhos de Educação".*

Assim, de acordo com informações do referido Histórico escolar, que não fora objeto de indagação à Secretaria de Educação, o apelante foi objeto de avaliação de competências e classificado para o 2º grau/ Ensino Médio.

Em nenhum momento foi indagado à Secretaria Estadual de Educação se as referidas portarias de classificação são verdadeiras, bem como se havia previsão no regimento escolar.

Desta forma, tem o apelante, até provado ao contrário, a escolaridade suficiente para tomar posse.

Não passa desapercebido ainda que o Histórico Escolar onde constar a classificação do apelante para o 2º grau/Ensino Médio foi emitida pelo CESM - Centro de Educação Sul-Mato-Grossense, escola que foi investigada pelo Conselho Estadual de Educação, que, por sua vez, anulou diversos certificados emitidos pela instituição educacional ante a irregularidade nas provas de aceleração e reclassificação dos alunos.

A invalidação dos certificados pelo Conselho Estadual de Educação gerou as apelações em mandados de segurança n. 2008.036355-9 - Campo Grande, n. 2008.016642-9 - Campo Grande e 2007.024598-0 - Campo Grande, entre outras, em que foi considerado o ato de cassação dos certificados ilegal.

Ora, não consta que a Secretaria Estadual de Educação tenha cassado ou anulado as portarias de classificação do CESM e se pronunciado sobre o referido certificado expedido pelo Centro Educacional Padrão

referido nas observações do Histórico Escolar (f. 42) sendo que, a princípio, o apelante tem o 1º grau/Ensino Fundamental, escolaridade suficiente para tomar posse no concurso.

Anote-se ainda que o ofício n. 972, da Secretaria Estadual de Educação (f.138) nada menciona sobre a Deliberação CEE/MS n. 6421/96 mencionada no documento f.42.

Anote-se ainda que no documento fornecido pela Prefeitura Municipal de Inocência (MS), qual seja, a Ficha Cadastral do Funcionário, consta que o apelante tem ensino fundamental completo (f. 50).

3) O apelante foi denunciado como incursos nas penas dos artigo 304 e 207 do Código Penal, por falsificar documento público e utilizá-lo.

Neste aspecto, assiste razão ao apelante.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci[1] a falsificação ou alteração do documento exige exame de corpo de delito, uma vez que *"é necessário, pois é infração que deixa vestígios (art.158 CPP)."*

Fernando Capez[2] afirma que deve *"ser necessária a realização do exame de corpo de delito. Este é um auto em que os peritos descrevem suas observações e se destina a comprovar a existência do delito".*

In casu, não realizada perícia grafotécnica no documento a fim de atestar que o mesmo não foi assinado pela secretária Júlia Santos de Oliveira Gomes e pela Diretora Maria do Carmo Ferreira Lopes, mormente pelas inúmeras irregularidades administrativas no âmbito do CESM.

Como uma luva a caso, a presente jurisprudência:

> APELAÇÃO-CRIME. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA.Não comprovada a falsidade dos atestados e históricos escolares, que sequer foram juntados aos autos, impositiva a solução absolutória. Apelo improvido. Unânime. (TJRS, ACr n. 70029452398, Quarta Câmara Criminal, Rel. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, julgado em 21.5.2009).

Anote-se que, em casos excepcionais, a prova testemunhal pode suprir a falta de exame pericial quando impossibilitada a realização de perícia por terem desaparecidos os vestígios, o que não é o caso em tela, pois o documento original está acostado aos autos (f.42).

Frise-se ainda que as testemunhas Everaldo Vieira da Silva (f.150) e José da Silva Paula (f.151) desconhecem se houve falsificação e as testemunhas Altino Mateus do Nascimento e Sebastião Alves afirmaram que o apelante estudava (f.165-166).

Portanto, conclui-se não se pode afirmar com certeza se o apelante tem ou não a escolaridade exigida para tomar posse, bem como se falsificou documento público e o utilizou.

Desta forma, o apelante deve ser absolvido de acordo com o artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, pois não comprovada a existência do fato delituoso, uma vez que inexistente averiguação da existência da aceleração de ensino a fim de comprovar o grau de escolaridade e perícia grafotécnica no documento apontado como falso.

1 NUCCI, Guilherne de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: RT, 2008. p.1024.

2 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – Parte Especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.315.

Ante o exposto, contra o parecer, voto pelo provimento do recurso a fim de absolver Aparecido Pires Rodrigues da imputação de infração aos artigos 304 e 297 do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO CONTRA O PARECER.

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

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Manoel Mendes Carli e Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 16 de novembro de 2009.

***

Apelação Criminal n. 2009.025835-4 - Nova Andradina
Segunda Turma Criminal
Relator Juiz Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – HOMICÍDIO PRIVILEGIADO–PENA-BASEADEQUADA–AUMENTOJUSTIFICADO–CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 1º DO ART. 121 DO CÓDIGO PENAL NO PATAMAR MÍNIMO – DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO – DECISÃO FUNDAMENTADA – RECURSO IMPROVIDO – AFASTAMENTO DE OFÍCIO DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, "E", DO CÓDIGO PENAL – PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE.

A pena-base fixada acima do mínimo legal deve ser mantida quando devidamente fundamentada pela constatação de várias circunstâncias judiciais negativas.

Não merece reparos a decisão que fixa o *quantum* referente à causa de diminuição da pena pelo homicídio privilegiado em seu grau mínimo, quando o magistrado fundamenta sua decisão de maneira idônea.

Em respeito ao princípio da estrita legalidade, não pode o julgador estender à companheira a agravante prevista no art. 61, II, "e" do Código Penal, sob pena de analogia *in malan partem*, devendo a mesma ser afastada de ofício.

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, nos termos do voto do relator. Decisão unânime e contra o parecer.

Campo Grande, 30 de novembro de 2009.

Juiz Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli

Aliberto Alves dos Santos interpõe apelação em relação à sentença que o condenou à pena de 8 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, pelo crime de incurso no art. 121, *caput*, e § 1º do Código Penal.

A princípio o apelante foi denunciado como incurso no delito capitulado no art. 121, § 2º, inciso II c.c. art. 61, inciso II, alínea "e" (homicídio qualificado por motivo fútil e cometido contra cônjuge), tendo sido pronunciado e submetido ao Tribunal do Júri.

Em julgamento no Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença desclassificou o delito para homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, do CP).

Em suas razões de apelação, Aliberto Alves dos Santos sustenta que a pena-base foi demasiadamente exasperada, devendo ser fixada no mínimo legal, ou seja, seis anos, visto que não há circunstâncias judiciais que justifiquem seu agravamento.

Aduz ainda, que a minorante do homicídio privilegiado (§ 1º do artigo 121 do Código Penal) foi aplicada de forma inadequada.

Ao final, requer a reforma da sentença, a fim que seja aplicada a pena definitiva abaixo do mínimo legal, em razão das circunstâncias favoráveis e da causa de diminuição prevista no § 1º do art. 121 do Código Penal.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual às f. 364-369, pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça em que opina pelo improvimento do recurso (f. 374-382).

VOTO (EM 23.11.2009)

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Aliberto Alves dos Santos em relação à sentença que o condenou à pena de 08 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, pelo crime de incurso no art. 121, *caput*, e § 1º, do Código Penal.

Consta da sentença da pronúncia, às f. 194-200, que:

> [...]no dia 28 de julho de 2006, por volta das 20:00 horas, no Assentamento 17 de abril, localizado na Fazenda Teijin, neste município de Nova Andradina, o denunciado Aliberto Alves dos Santos, utilizando-se de uma faca, efetuou um violento golpe em sua companheira Luzia Rozendo da Silva, produzindo-lhe o ferimento descrito no Laudo de Exame Necroscópico de f. 23-25, que foi a causa determinante para a morte da vítima.
>
> Apurou-se que no dia dos fatos, a vítima veio até a cidade de Nova Andradina para receber a Bolsa Família, e ao retornar para o assentamento 17 de abril, localizado na Fazenda Teijin, foi para o 'barracão' de sua irmã Edite, ato contínuo apareceu o réu e a chamou para irem embora, e diante da recusa da vítima, o réu se irritou e sacou uma faca que portava e desferiu um golpe na vítima, tendo evadido logo após o crime
>
> O crime foi praticado por motivo fútil, pois, a ação violenta do réu em desferir uma facada na vítima, foi em razão de que a vítima teria se recusado em retornar para o seu barraco (f.194-200).
>
> Realizado o Tribunal do Júri e condenado o apelante pelo Conselho de Sentença, o juiz singular procedeu a seguinte dosimetria da pena (f. 319-320):
>
> Adoto como relatório aquele da sentença de pronúncia. Em obediência à decisão soberana dos senhores jurados, julgo Aliberto Alves dos Santos condenado nas reprimendas do art. 121, caput, e parágrafo 1º, do Código Penal. Nos moldes do art. 59 do Código Penal,

observo: O réu não registra antecedentes, mas a conduta social é maculada, pois, segundo a prova testemunhal, era pessoa agressiva e ciumenta; a personalidade, as circunstâncias e as consequências são igualmente negativas, porque demonstrou insuficiência de mecanismos psíquicos para frear impulsos elementares, com agressividade demasiada, porque matou a própria esposa, que estava doente, com a qual vivia há muitos anos, dentro da casa em que residiam, com um golpe no coração, sem que houvesse explicação alguma para seu ato, deixando dois filhos, de tenra idade, sem a genitora; a vítima não contribuiu para o crime, ao revés, estava doente e fora morta sem motivo aparente. Analisadas em conjunto essas operadoras, concluo que a reprovabilidade (culpabilidade) é de elevada envergadura. Assim, doso a pena base em 9 anos e 4 meses de reclusão. Estando presentes, de um lado, a agravante do art. 61, II, alínea 'e', e de outro a atenuante da confissão, mantenho-a provisoriamente no mesmo patamar, isto é, em 9 anos e 4 meses anos de reclusão. Por último, diminuo-a de 1/6 em virtude da minorante do homicídio privilegiado. A diminuição se deu em patamar mínimo porque nos autos não há elemento idôneo de prova que ateste a existência da violenta emoção, sendo impossível aquilatá-la. Fixo-a definitivamente, portanto, em 8 anos de reclusão. O regime será o fechado, compatível com as circunstâncias judiciais negativas. Persistindo os motivos que ensejaram a prisão cautelar, deverá manter-se encarcerado. Expeça-se guia de recolhimento provisória.

Decorrido o trânsito em julgado, lance-se o nome do condenado no Rol dos Culpados, comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral, anote-se junto ao Instituto de Identificação. Isento o condenado do pagamento das custas, porque pobre. Dou esta por publicada e os presentes intimados. Registre-se.

1- Da pena-base – 1ª Fase

Anote-se inicialmente que a pena-base para o crime de homicídio varia entre seis a vinte anos de reclusão. *In casu* a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, levando-se em conta as oito circunstâncias do art. 59 do CP.

Nucci[1] bem assevera que: *é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59 'caput', para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo.*

Verifica-se dos autos que o magistrado de primeiro grau atendeu adequadamente aos limites de sua discricionariedade, fundamentando a fixação da pena-base do apelante em 9 anos e 4 meses de reclusão, em virtude da constatação de várias circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelante, tais como: conduta social, personalidade, circunstâncias do crime e comportamento da vítima.

Leciona, ainda, Nucci[2] que *o exame em bloco das circunstâncias todas do crime é muito mais racional e, também, mais indicado para a individualização judiciária da pena. Em segundo lugar, com bem argumenta BASILEU GARCIA, as circunstâncias legais não estabelecem cálculo a efetuar, como sucede com as causas de aumento e diminuição da pena: 'Há realizar, somente, a escolha de uma pena entre limites extremos'. Não há 'modificação quantitativa precisa' quando se reconhece a existência e uma agravante ou atenuante. Supérfluo seria, assim, separá-las das circuntâncias judiciais, para efeito do cálculo da pena entre o máximo e o mínimo cominados. Note-se, ao demais, que o artigo 59 manda que o juiz tenha em consideração circunstâncias objetivas e subjetivas, a gravidade do crime e a personalidade do delinquente, para escolher e fixar a pena-base.* (grifo nosso).

Assim, no caso em tela, tenho como correta a dosimetria da pena-base feita pelo juiz *a quo,* pois analisou minuciosamente as circunstâncias judiciais, não merecendo reparos a pena-base fixada.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Editora RT, 2008. p. 391

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3. ed. Revista atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2009. p.165.

2- Agravantes e atenuantes – 2ª fase

Após fixar a pena-base em 9 anos e 4 meses de reclusão, o magistrado *a quo* compensou a agravante do art. 61, II, alínea "e", do Código Penal (crime cometido contra cônjuge) com a atenuante da confissão, mantendo a sentença no mesmo patamar.

Quanto à agravante do art. 61, II, "e" do Código Penal, prevê tal dispositivo, o agravamento da pena em razão de o crime ser praticado contra *ascendente, descendente, irmão* ***ou cônjuge***.

Dos autos, observa-se que a vítima não era casada com o apelante, era apenas sua companheira, além disso, também não foi a matéria discutida em plenário. Em direito penal é vedada a analogia *in malam partem*.

Acerca da questão, Guilherme de Souza Nucci[3] diz que *Não se aceita, também, pelo princípio da legalidade estrita que vige em direito penal, qualquer inclusão de concubinos ou companheiros.*

Muito embora não seja objeto do presente recurso, afasto de ofício a agravante contida no artigo 61, II, "e", do Código Penal, e, tendo em vista a circunstância atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena em 01 (um) ano de reclusão, restando a pena fixada provisoriamente em 8 anos e 4 meses de reclusão.

3- Causa de diminuição da pena – 3ª fase

Quanto à causa de diminuição, o juiz tem a discricionariedade, segundo seu convencimento, de diminuí-la de um sexto a um terço, e, *in casu*, o magistrado singular reduziu a pena no grau mínimo, porém de forma fundamentada.

O § 1º do artigo 121 do Código Penal dispõe que:

> Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRESENÇA DE ATENUANTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
>
> 1. A aplicação da redução referente à causa de diminuição de pena decorrente do homicídio privilegiado não guarda relação com as circunstâncias judiciais.
>
> 2. Em homenagem ao princípio do livre convencimento, o patamar de redução fica a cargo do Juiz sentenciante. Entretanto a escolha do quantum da diminuição deve ser devidamente fundamentado.
>
> 3. No caso presente, o Magistrado aplicou a causa de diminuição no patamar mínimo (1/6) sem, contudo, fundamentar tal escolha, o que configura constrangimento ilegal.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Editora RT, 2008. p. 61.

4. A existência de circunstâncias atenuantes não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal. Inteligência da Súmula 231/STJ.

5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena recaída sobre o paciente com base na aplicação de 1/3 (um terço) da causa de diminuição decorrente da privilegiadora.

A fração de um sexto incidente na pena é razoável dentro das balizas impostas ao magistrado pelo legislador, não havendo por que falar em aumento da causa de diminuição.

Assim, entendo que o *quantum* de redução da pena aplicada, ante o reconhecimento de que o crime foi provocado sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima, é adequado e deve permanecer como fixado na sentença.

Dessa forma, **a pena definitiva fica fixada em seis anos e onze meses de reclusão**.

4 - Regime de cumprimento da pena

Ante a fixação da pena definitiva em seis anos e onze meses de reclusão, tendo em vista que o réu é primário, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, determino o cumprimento da pena em regime semiaberto.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Aliberto Alves do Santos, e, **de ofício,** afasto a agravante prevista no art. 61, II, "e" do Código Penal, restando a **pena definitiva em seis anos e onze meses de reclusão a ser cumprida em regime semiaberto**.

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

Estou de acordo com o relator.

CONCLUSÃO DO JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL, APÓS O RELATOR E O REVISOR NEGAREM PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 30.11.2009)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Vogal)

Pedi vista dos presentes autos para melhor estudar a matéria trazida a exame, mais especificamente no que tange ao voto do relator que de ofício afastou a agravante prevista no artigo 61, II, "e", do Código Penal.

Antecipo que após melhor analisar a matéria, entendi por bem acompanhar o relator no que concerne ao afastamento da agravante.

Com o advento da lei n. 11.689, de 2008, que alterou o Código de Processo Penal, encerrada a votação o presidente do júri proferirá sentença, e no caso de condenação:

(I) fixará a pena-base;

(II) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;

(IV) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri;

(V) observará as demais disposições do art. 387 deste Código;

(VI) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva; e

(VII) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação.

Nesse sentido, o artigo 492, do CPP, *in verbis*:

> Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:
>
> I – no caso de condenação:
>
> a) fixará a pena-base;
>
> b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;
>
> c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri;
>
> d) observará as demais disposições do art. 387 deste Código;
>
> e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva;
>
> f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação;

Com efeito, com a novel redação do artigo 492, do CPP, acerca da sentença no Tribunal do Júri, podemos afirmar que esta *"deve obedecer às regras de qualquer sentença condenatória criminal, com algumas alterações. Não há relatório nem fundamentação. Dedica-se o juiz presidente à fixação da pena em caso de condenação. Para tanto, utilizará o critério determinado pelo Código Penal. Inicialmente, estabelece a pena-base, com supedâneo no art. 59 do CP. Após, acrescenta as agravantes e atenuantes. Segundo a nova lei (Lei n. 11.689/2008), devem elas advir dos debates em plenário, sem passar pelos jurados. Logo, a aceitação ou recusa caberia exclusivamente ao juiz presidente*[4]*."*.

No mesmo sentido René Ariel Dotti[5], *in verbis*:

> [...]
>
> As circunstâncias agravantes e atenuantes serão objeto de decisão do Juiz de Direito, conforme o novo procedimento (art. 492, inc. I, b). Com essa orientação, fica eliminada a obrigação de o Juiz formular o quesito genérico sobre a existência de circunstância atenuante. Na prática, esse proceder converte-se, por vezes, em necessário induzimento dos jurados que, procurando reduzir a pena do acusado, afirmam a ocorrência de atenuante, mas ignoram qual seja e se efetivamente existe. Torna-se, então, imprescindível a intervenção do presidente do Conselho, para a "escolha" da circunstância mais adequada à situação da causa. A atual regra

4 Guilerme de Souza Nucci. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora RT. p. 825.

5 Artigo publicado no jornal "O Estado do Paraná", caderno "Direito e Justiça" de 27.7.2008 e no informativo Migalhas, ed. n. 1950.

> do inciso III, do art. 484, do Código de Processo Penal, decorre da Lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1948; sua violação acarreta nulidade absoluta do julgamento.
>
> A Lei n. 11.689/08 restaura a orientação original do Código, como se pode constatar pela leitura do item XIV da Exposição de Motivos.
>
> A Lei n. 11.689/08 restaura a orientação original do Código de Processo Penal. É o Juiz togado quem "considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates" (art. 492, I, b). A propósito, vale a releitura da Exposição de Motivos: "A relativa individualização da pena, segundo as normas do estatuto penal que entrará em vigor a 1º de janeiro do ano vindouro, não pode ser confiada ao conselho de sentença, pois exige, além da apreciação do fato criminoso em si mesmo, uma indagação em torno de condições e circunstâncias complexas, que não poderiam ser objeto de quesitos, para respostas, de plano. Assim ao conselho de sentença, na conformidade do que dispõe o projeto, apenas incumbirá afirmar ou negar o fato imputado, as circunstâncias elementares ou qualificativas, a desclassificação do crime acaso pedida pela defesa, as causas de aumento ou diminuição especial de pena e as causas de isenção de pena ou de crime. No caso em que as respostas sejam no sentido da condenação, a medida da pena caberá exclusivamente ao presidente do tribunal, pois, com o meditado estudo que já tem do processo, estará aparelhado para o ajustamento in concreto da pena aplicável ao réu.
>
> [...]"

Posto isso, ultrapassada essa etapa, resta induvidoso a possibilidade do relator afastar de ofício a agravante prevista no artigo 61, II, "e", do Código Penal.

Por oportuno resta saber se (I) a vítima era de fato casada com o apelante e (II) se a matéria foi discutida em plenário.

O relator, em razões de fundamentação, sustentou o seguinte, *in verbis*:

> [...]
>
> Dos autos observa-se que a vítima não era casada com o apelante, era apenas sua companheira, além disso, também no foi a matéria discutida em plenário. Em direito pena é vedada a analogia in malam partem.
>
> [...]

Pois bem. Dos autos pode-se observar que é induvidoso que o recorrente vivia maritalmente em união estável com a vítima, como bem observou o relator. Todavia, não se tem nos autos documento hábil que demonstre que o recorrente era de fato casado com a vítima. Por documento hábil entenda-se certidão de casamento.

Nesse sentido, o Professor Damásio de Jesus leciona que para prova de tal agravante *"exige-se a certidão de casamento: RT, 550:313 e 561:366; JTACrimSP, 52:251, 54:291, 96:209 e 98:98 e de nascimento: RT, 700:366" in* **Código Penal Anotado**, 19ª Ed., 2009, Ed. Saraiva, p. 225.

Ou seja, o *parquet* não logrou êxito em demonstrar que o recorrente era casado, de fato, com a vítima, o que conseguiu demonstrar era que o recorrente vivia em união estável com a vítima.

Todavia, como é cediço *"não existindo sociedade conjugal, não se aplica agravante. No sentido de que circunstância não incide sobre o companheiro na união estável"*[6].

6 JESUS, Damásio. **Código Penal Anotado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 225.

Por fim, resta salientar que a matéria ora analisada não foi discutida especificadamente em plenário como se constata da ata de certidão de julgamento acostada aos autos às f. 310-313.

Posto isso, por tudo que consta nos autos, acompanho, *in totum*, o bem lançado voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO UNÂNIME E CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Manoel Mendes Carli, Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 30 de novembro de 2009.

***

Mandado de Segurança n. 2009.022723-2 - Bataguaçu
Seção Criminal
Relatora Desª. Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO UTILIZADO NO TRÁFICO – ALEGAÇÃO DE BOA FÉ DE TERCEIRO – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA AVERIGUAÇÃO – DEPRECIAÇÃO DO BEM EM RAZÃO DAS CONDIÇÕES DE ACONCIDIONAMENTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Considerando que o aludido bem pode se depreciar em razão das condições de acondicionamento, sem adentrar na questão acerca da alegada boa fé do impetrante, concedo a ordem determinando a restituição do bem ao impetrante na condição de fiel depositário do bem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, conceder a segurança.

Campo Grande, 7 de outubro de 2009.

Desª. Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Marilza Lúcia Fortes

Oswaldo Barbosa Monteiro interpõe o presente *mandamus* sem pedido de liminar, contra decisão do Juiz de Direito da comarca de Bataguaçu que lhe indeferiu a restituição do veículo utilizado para o tráfico de drogas.

O impetrante alega que o aludido automóvel lhe pertence e foi emprestado à sua filha, que depois o cedeu a seu neto, que veio a praticar o crime de tráfico de drogas, sendo, preso em flagrante delito.

Sustenta que o magistrado singular não fundamentou as razões pelas quais indeferia a restituição do bem, que não foi abordada a alegada boa fé do impetrante, e que condicionou a referida restituição à conclusão dos autos que apura o crime de tráfico de drogas.

Argumenta, também, que o referido veículo foi utilizado somente uma vez para essa finalidade, e que a droga apreendida não estava no aludido automóvel.

A liminar foi indeferida à f. 286.

As informações, à f. 289, esclarecem que o veículo ainda interessa ao processo, pois ainda não restou esclarecido se impetrante estava de boa fé na situação.

O Parecer Ministerial opina pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO

A Srª. Desª. Marilza Lúcia Fortes (Relator)

Oswaldo Barbosa Monteiro interpõe o presente *mandamus* sem pedido de liminar, contra decisão do Juiz de Direito da comarca de Bataguaçu que lhe indeferiu a restituição do veículo utilizado para o tráfico de drogas.

O impetrante alega que o aludido automóvel lhe pertence e foi emprestado à sua filha, que depois o cedeu a seu neto, que veio a praticar o crime de tráfico de drogas, sendo, preso em flagrante delito.

Sustenta que o magistrado singular não fundamentou as razões pelas quais indeferia a restituição do bem, que não foi abordada a alegada boa fé do impetrante, e que condicionou a referida restituição à conclusão dos autos que apura o crime de tráfico de drogas.

Argumenta, também, que o referido veículo foi utilizado somente uma vez para essa finalidade, e que a droga apreendida não estava no aludido automóvel.

Sobre o cabimento da via mandamental para restituição de bens apreendidos,, saliento que, como vem entendendo a doutrina e nossos Tribunais, o cabível de decisão que indefere pedido de bem apreendido em processo criminal é o de apelação, com fundamento no art. 593, II, do CPP (TJSC, MS n. 98.015742-0, de Concórdia, Rel. Des. Paulo Gallotti, julgado em 2.3.99, CD-Rom, Vol.II , Jurisprudência Catarinense).

Inobstante a diretriz do art. 5º, II, da Lei n. 1.533/51, quando se somam o dano irreparável com a apreensão manifestamente ilegal, mantida essa quando solicitada a devolução ou à autoridade competente, gerando, assim, uma situação teratológica, com ofensa a direito líquido e certo do autor, a ilegalidade pode ser sanada via ação mandamental.

Essa é a opinião de Julio Fabbrini Mirabete:

> Já se entendeu que a decisão que indefere pedido de coisa apreendida não é sentença, porque não dá, diretamente, solução à causa, mas mero despacho que versa sobre incidente processual, razão porque seria irrecorrível. Todavia, é praticamente pacífico que o remédio cabível da decisão que indefere pedido de coisa apreendida é o de apelação. Embora não seja em essência definitiva, uma vez que se limita a remeter os interessados a jurisdição cível, a decisão é formalmente definitiva, no sentido de que tranca a possibilidade de solução perante a jurisdição criminal, aplicando-se, pois, o artigo 593, II, do CPP, que prevê a apelação como cabível na hipótese.
>
> Tem se entendido também que, diante do teor da Súmula 267 do STF, não cabe de da decisão que indefere pedido de por caber dela apelação. O STF, porém, abrandando o rigor da referida súmula, tem admitido o de contra decisão judicial que comporta ou correição, desde que do ato impugnado advenha dano irreparável ao impetrante. Além disso, se manifestamente ilegal a manutenção da apreensão, agravada com a indevida cessão da coisa, em decisão que fere direito líquido e certo de proprietário, a ilegalidade ou abuso de poder pode ser sanada desde logo por meio de *writ*. (**Processo Penal**, 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1995. p. 235).

José da Silva Pacheco, a respeito da possibilidade de impetração do *mandamus* contra ato judicial passível de, preleciona:

> Se a impetração tem como alvo acórdão de uma Câmara do Tribunal, ou seja, foi dirigida contra decisão judicial recorrível, à espécie tem inteira aplicação a Súmula 267 do Excelso Pretório, no sentido de que não cabe de contra ato judicial passível de ou correição. Não se desconhece que a jurisprudência, inclusive desse Colegiado, tem mitigado o rigor da orientação sumular em causa, para admiti-lo contra ato judicial ou, então, para conferir efeito suspensivo a que não o tem. Todavia, a permissibilidade do uso e acolhimento da ação mandamental só tem razão de ser em casos teratológicos, de flagrante ilegalidade ou abuso do poder, suscetíveis de causar à parte dano irreparável ou de difícil e incerta reparação [...].
>
> Conforme tem sido exaustivamente julgado, não obstante possa o de cumprir eventuais deficiências do sistema recursal, desde que haja flagrante violação do direito líquido e certo e irreparabilidade do dano pelas vias comuns não se erige ele, todavia, como um superou como mero substituto deste. Assim, não atacada a decisão interlocutória pelo recurso e em tempo devido, esbarra a pretensão exposta no *writ* na vedação do art. 5º, II da Lei 1.533, de 1951 [...]. (**Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas,** 2ª ed. rev. Atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 156-157).

É certo que a jurisprudência vem abrandando o rigor da Súmula n. 267 do Supremo Tribunal Federal, acatando, por exceção, o de contra ato judicial de que caiba, não menos correto é que deve restar comprovado de plano, como é cediço em sede mandamental, a irreparabilidade ou incerteza da reparação do dano decorrente da teratologia, ilegalidade ou abusividade do ato impugnado.

A respeito, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> PROCESSUAL. ORDINÁRIO. ATO JUDICIAL. DE. INOCORRÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. INADMISSIBILIDADE. 1. AUSENTES OS REQUISITOS DA ILEGALIDADE, ABUSIVIDADE OU TERATOLOGIA DO ATO JUDICIAL E NÃO COMPROVADA A RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO, NEM O PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, NÃO SE PODE DAR GUARIDA AO MANDADO DE SEGURANÇA. '2. O REMÉDIO HERÓICO NÃO É SUBSTITUTIVO RECURSAL. (ROMS n. 2.740-SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 10.10.94, p. 27.138).

Da mesma corte, extrai-se:

> PROCESSUAL CIVIL. DE. ATO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE APROPRIADO. CARÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. CONSOANTE JURISPRUDÊNCIA ASSENTE NESTE EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, O MANDADO DE SEGURANÇA NÃO PODE SER AJUIZADO COMO SUCEDÂNEO OU SUBSTITUTIVO DE RECURSO PREVISTO EM LEI. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME (ROMS n. 1.484-RS, Rel. Min. Demócrito Ramos Reinaldo, DJU de 29.3.93, p. 5.217).

É sabido que o de não é sucedâneo do apropriado, pois não se presta a remediar a omissão da parte em interpor o remédio hábil tempestivamente, no caso, o recurso de apelação.

Pontuo, também, que somente em caso de decisão realmente teratológica é que tem lugar a impetração do *mandamus*, pois convém evitar seja eternizada a discussão acerca do mesmo tema por caminhos diversos, razão pela qual, conheço do recurso.

Pois bem, no caso em pauta, o impetrante alega ser terceiro de boa fé, razão pela qual se conhece da presente ação mandamental, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE VEÍCULO UTILIZADO NA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PERDA DO BEM EM FAVOR DA UNIÃO. RESTITUIÇÃO RECLAMADA POR TERCEIRO ESTRANHO À LIDE QUE SE DIZ PROPRIETÁRIO DO AUTOMÓVEL. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 202/STJ. RECURSO PROVIDO.
>
> 2. O terceiro de boa-fé que teve seu bem apreendido em processo crime, sem o devido processo legal, poderá valer-se do incidente previsto no artigo 120 do CPP ou, ainda, impetrar mandado de segurança buscando ver reconhecido seu direito à restituição. (RMS 17994.)

Passo ao mérito:

O art. 118 do Código de Processo Penal prescreve que "[...] Antes de transitar em julgado a sentença final, ***as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo***", *e o art. 91, II, do Código Penal dispõe que "São efeitos da condenação[...] a perda em favor da União,* ***ressalvado o direito[...]de terceiro de boa fé[...]***"

Pois bem, no caso em pauta o impetrante alega que, ao pleitear a restituição do automóvel, o magistrado não se manifestou acerca de sua boa fé, e que o automóvel lhe pertence e foi utilizado apenas uma vez por seu neto para a prática do tráfico.

Pois bem, em consulta ao SAJ, constato que os Autos n. 026.09.000775-7 nos quais se apura o crime de tráfico envolvendo o veículo do qual se pede a restituição, encontra-se na fase instrutória, de modo que, qualquer manifestação do magistrado, e dessa relatoria, acerca da boa fé, ou da participação do impetrante no caso em pauta, é temerária, sob o risco de se prejulgar a questão sem maiores elementos de prova.

Entretanto, como o aludido bem pode se depreciar em razão das condições de acondicionamento, sem adentrar na questão acerca da alegada boa fé do impetrante, contra o parecer ministerial, concedo a ordem determinando a restituição do bem ao impetrante na qualidade de fiel depositário.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relatora, a Exma. Srª Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, o Juiz Manoel Mendes Carli e o Des. João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 7 de outubro de 2009.

***

Apelação Criminal n. 2009.023030-1 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relatora Desª. Marilza Lúcia Fortes

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – RECURSO MINISTERIAL OBJETIVANDO A CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FATO NÃO CONSTITUI CRIME – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em condenação quando os fatos descritos na denúncia não constituem crime e sim mera infração administrativa.

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, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Decisão de acordo com o parecer.

Campo Grande, 29 de setembro de 2009.

Desª. Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Marilza Lúcia Fortes

O Ministério Público Estadual irresignado com a decisão que absolveu sumariamente Juraci Gaspar de Souza, como incurso no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 c/c o art. 18, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor interpõe a presente apelação criminal, requerendo a reforma da sentença a fim de que o apelado seja condenado pelos delitos acima descritos.

Inconformado com a decisão o *Parquet,* interpõe a presente apelação criminal (f.153), sustentando a tipicidade da conduta e requerendo a reforma da sentença a fim de que o apelado seja condenado pelos delitos descritos na denúncia.

Em contra razões (f.173-182) a defesa pugna pelo improvimento do recurso interposto, a fim de manter a sentença em todos os seus termos.

O Parecer Ministerial (f.190-195) opina improvimento do recurso, mantendo-se a decisão.

VOTO

A Sra. Desª. Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

O Ministério Público Estadual denunciou Juraci Gaspar de Souza, como incurso nas penas do art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 c/c o art. 18, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor, por que no dia 13 de novembro de 2008, no Supermercado Gaspar, situado na Avenida Américo Carvalho Baís, 2808, nesta Capital, ele mantinha em depósito para vender e expunha à venda, mercadorias e matérias-prima impróprias para o consumo.

Processado o feito, adveio sentença absolutória, com fundamento no art. 397, III do CPP (que o fato narrado evidentemente não constitui crime), uma vez que não restou provado que os produtos expostos à venda eram efetivamente impróprios para o consumo e que o Direito Penal moderno não admite mais a figura do crime de perigo em abstrato.

Pois bem, crimes deste jaez, além da inobservância de normas administrativas acerca da produção e do armazenamento dos alimentos ou do prazo de validade vencido, é necessário que o produto esteja impróprio para o consumo e seja considerado nocivo para a saúde, pois o direito penal não admite mais a figura do perigo em abstrato.

É sabido ainda, que não existe crime sem comprovada lesão ou perigo de lesão à um bem jurídico tutelado pelo direito penal.

Dessa forma, como bem salientou o douto magistrado, a conduta não pode ser completa pela presunção e ninguém pode ser culpado pelo que não fez.

Nesse tipo de delito, de acordo com o art. 158 do CPP, é indispensável o exame pericial para atestar que a mercadoria ou a matéria-prima realmente é imprópria para o consumo, pois a interferência da via penal no âmbito do consumidor exige um mínimo de materialidade delituosa, restando vedada a aplicação de qualquer sanção criminal fundada somente em indícios.

No caso em comento, não há prova de que os produtos expostos à venda eram efetivamente impróprios para o consumo e apresentavam alguma nocividade ao ser humano, portanto o fato, em tese, constitui mera infração administrativa, passível de multa.

Dessa forma, verifico que agiu corretamente o douto magistrado, razão pela qual, com o parecer, conheço, porém, nego provimento ao recurso Ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. DECISÃO DE ACORDO COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 29 de setembro de 2009.

***

Habeas Corpus n. 2009.025495-4 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relatora Desª. Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – FURTO NA FORMA TENTADA – QUADRILHA – FURTOS A CAIXAS ELETRÔNICOS – INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO CAUTELAR – COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – ORDEM CONCEDIDA.

Não demonstrado de forma concreta e objetiva os pressupostos da prisão preventiva na decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória dos pacientes, a concessão da ordem é medida que se impõe, mormente quando os pacientes possuem condições pessoais favoráveis para responder ao processo em liberdade.

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, por unanimidade e contra o parecer, conceder a ordem.

Campo Grande, 27 de outubro de 2009.

Desª. Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Marilza Lúcia Fortes

O advogado Jairo Carlos Mendes impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Edivaldo Ajala dos Santos e de Carlos Gonçalves Centurion, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que indeferiu o pedido de liberdade provisória dos pacientes.

Segundo o impetrante, os pacientes foram presos em flagrante e denunciados pela prática, em tese, dos crimes de tentativa de furto qualificado, porte ilegal de arma e formação de quadrilha, porque tentaram arrombar um caixa eletrônico do Banco Bradesco.

Pleiteia a concessão da ordem argumentando que os pacientes preenchem as condições pessoais para responder ao processo em liberdade e que não estão presentes os pressupostos da prisão cautelar.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 100-101).

As informações foram prestadas pela autoridade coatora (f. 104-106).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus* (f. 133-138).

VOTO (EM 13.10.2009)

A Sr. Desª. Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

O advogado Jairo Carlos Mendes impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Edivaldo Ajala dos Santos e de Carlos Gonçalves Centurion, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que indeferiu os pedidos de liberdade provisória dos pacientes.

Segundo o impetrante, os pacientes foram presos em flagrante e denunciados pela prática, em tese, dos crimes de tentativa de furto qualificado, porte ilegal de arma e formação de quadrilha, porque tentaram arrombar um caixa eletrônico do Banco Bradesco.

Pleiteia a concessão da ordem argumentando que os pacientes preenchem as condições pessoais para responder ao processo em liberdade e que não estão presentes os pressupostos da prisão cautelar.

Pois bem.

De fato, verifica-se que os pacientes foram denunciados porque, associados em quadrilha ou bando, tentaram furtar, com rompimento de obstáculos, caixa eletrônico do Banco Bradesco, situado em um posto de gasolina, utilizando-se de maçarico, chave inglesa, pé-de-cabra, luvas, capuzes e porte ilegal de arma de fogo.

Vejamos, então, os fundamentos comuns aos indeferimentos dos pedidos de liberdade provisória dos pacientes, *in verbis*:

> A primariedade, os bons antecedentes, e o fato de possuir residência fixa e ocupação lícita, por si só, não garantem ao requerente o direito de responder o processo em liberdade, sendo necessário, para toda e qualquer prisão cautelar, se verificar a presença dos pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, os quais, in casu, tenho como presentes.
>
> Isso porque, segundo o auto de prisão em flagrante, o requerente e outras cinco pessoas teriam se associado para furtar um caixa eletrônico situado em um posto de gasolina, só não conseguindo tal intuito em razão de que teriam sido flagrados pela Polícia no momento da ação.
>
> Ainda, há fortes indícios de que o acusado teria participado da empreitada criminosa, pois ele teria sido preso em flagrante cortando o caixa eletrônico, utilizando-se de um maçarico, confessado a prática do delito e ainda narrado em seu depoimento extrajudicial toda a organização do bando para cometer o furto em tela.
>
> Necessário ressaltar, nesse diapasão, que se trata-se de quadrilha ou apenas de concurso de pessoas, tal fato será analisado mais detidamente no decorrer da instrução processual. O certo é que, nesse momento, os vestígios probatórios colhidos denotam indícios suficientes de autoria e materialidade com relação ao requerente.
>
> **Não obstante isso, em que pesem os crimes imputados ao requerente e seus comparsas não serem cometidos com violência ou grave ameaça, causaram grande repercussão e repúdio social, dada a destreza com que teriam agido, os instrumentos por eles utilizados, e ainda o desprezo pelo patrimônio não só das vítimas, mas da sociedade como um todo.**

> Além do mais, o crime foi detalhadamente planejado, e **ao que tudo indica, os envolvidos estão ligados a alguma facção ou organização criminosa,** pois segundo depoimento da testemunha constante no auto de prisão em flagrante, durante a ação da polícia, esta teria orientado a indiciada Karina a atender um telefone celular deixado no local por outro integrante, o que teria sido feito, momento em que se constatou tratar-se de um detendo da Colônia Penal conhecido por "Tombado", o qual indagou a ela se seriam eles quem teriam praticado um assalto ocorrido no mesmo dia, no Hipermercado Comper Ypê (f. 24-25):
>
> Que o ora conduzido DHEISON, ao tentar a fuga, deixou cair um aparelho de telefone celular com TV digital da marca Samsung, aparelho este que durante toda a abordagem não parava de receber chamadas, oriunda de um número pertencente a um elemento cuja alcunha seria "Tombado"; Que a ora conduzida Karina em determinado momento, foi orientada a atender a uma dessas ligações, em viva voz, sendo que o interlocutor ("Tombado") teria dito "Tá tudo bem, to aqui na colônia, é que fiquei sabendo que os meninos tinham tentado assaltar um carro forte e achei que tinha sido vocês", dando a entender que "Tombado" já sabia que as pessoas surpreendidas pelo ora depoente e seus colegas iriam praticar ato criminoso naquele momento e que poderiam no mínimo conhecer as pessoas envolvidas na tentativa de assalto a um malote havida ao final da tarde de ontem nas dependências do Hipercenter Comper Ypê.
>
> Assim, necessária a manutenção da segregação cautelar do requerente para garantia da ordem pública, para conveniência da instrução processual e para aplicação da lei penal.

Não resta dúvida de que a medida cautelar de constrição à liberdade deve, de fato, redobrar-se de prudência, tendo em vista sua função meramente instrumental, uma vez que visa a garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional condenatório.

Na parte inicial do art. 312 do CPP, encontram-se previstas as quatro hipóteses em que é cabível toda e qualquer segregação cautelar (desde que haja indícios de materialidade da infração e da autoria), quais sejam: a conveniência da instrução criminal e as garantias da ordem pública, da ordem econômica e da aplicação da lei penal, o que não restou demonstrado de forma concreta e objetiva na decisão em tela.

A consideração do magistrado de que os pacientes estão envolvidos em alguma facção ou organização criminosa, porquanto teriam recebido uma ligação de um interno da Colônia Penal, é frágil. Isto porque, segundo a denúncia, a pessoa que efetuou a ligação é o codenunciado Willian Xavier, que não tem Guia de Recolhimento em andamento.

Já o argumento de que os pacientes causaram grande repercussão e repúdio social, dada a destreza com que teriam agido, os instrumentos por eles utilizados e ainda o desprezo pelo patrimônio não só das vítimas, mas da sociedade como um todo, é insuficiente para fundamentar as segregações provisórias dos pacientes, porquanto são características inerentes ao tipo penal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que a gravidade do delito, sua repercussão e conjecturas a respeito deste não são fundamentos hábeis para determinar a segregação provisória do paciente, quando não fundamentado pelo Juízo *a quo*. Vejamos:

> DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE SUFICIENTE E ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. PEDIDOS DE EXTENSÃO. NOVO DECRETO DE PRISÃO DE DOIS CO-RÉUS. CONCESSÃO DA ORDEM, COM RESSALVA DE DOIS CO-RÉUS. 1. A questão de direito tratada neste

writ diz respeito à possível ausência de fundamentação quanto à presença dos requisitos autorizadores do decreto de prisão preventiva do paciente e dos demais co-réus que pediram extensão da liminar (CPP, art. 312), o que autoriza a liberação dos denunciados. 2. Ao motivar o decreto prisional, o juiz federal o fez com base na garantia da ordem pública e a necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal de modo genérico, sem individualizar atos e comportamentos concretos dos denunciados. 3. O decreto de prisão preventiva não pode ser exarado com base em meras suposições, sendo necessária a "efetiva demonstração da necessidade da manutenção da segregação preventiva" (HC n. 89.773/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 15.12.2006). 4. Não se revela correto o decreto prisional que, sob o fundamento da necessidade de garantir a ordem pública, "se funda na gravidade do delito", em tese (HC n. 87.343/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 22.06.2007). 5. Como este habeas corpus somente impugna a decisão de prisão preventiva sem fundamentação adequada, da juíza federal de Itaperuna, não há qualquer efeito do presente julgamento relativamente ao segundo decreto de prisão preventiva dos co-réus Pedro Manhães Filho e Francisco Ferreira Cotts. 6. Habeas corpus concedido. (HC n. 95304, Relª. Minª. Ellen Gracie, julgado em 21.10.2008, STF).

PROCESSUAL PENAL – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO – PRISÃO PREVENTIVA – REVOGAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – MERAS CONJECTURAS – INVIABILIDADE – RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME – IMPOSSIBILIDADE – PERICULOSIDADE DO AGENTE, REVELADA PELO MODUS OPERANDI COM O QUAL TERIA AGIDO – ANTECEDENTES EM CRIMES CONTRA A PESSOA – MANUTENÇÃO DA MEDIDA – ORDEM DENEGADA.

1. Mostra-se inviável a manutenção da custódia cautelar do paciente pela conveniência da instrução criminal fundada unicamente em conjecturas abstratas de que, em liberdade, ele poderia investir contra testemunhas. Precedentes. 2. A gravidade abstrata do delito atribuído ao paciente é insuficiente para a manutenção de sua custódia provisória.

Precedentes. 3. Mostra-se necessária a manutenção da custódia provisória do agente caso sua periculosidade, demonstrada pelo modus operandi com o qual teria agido, revele a inviabilidade de sua soltura, notadamente levando-se em consideração que ele possui antecedentes por crimes contra a pessoa. Precedentes. 4. Ordem denegada. (*HC* n. 99.083, Sexta Turma, Relª. Minª. Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ/MG, julgado em 29.4.2008, DJ 19.5.2008).

Noutro vértice, ressalte-se que as condições pessoais dos pacientes são favoráveis, haja vista que são primários e portadores de bons antecedentes (certidões – f. 22 e 62), possuem residência fixa (comprovantes – f. 42 e 90) e trabalho lícito (declarações – f. 41 e 85).

Diante do exposto, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, concedo a presente ordem de habeas corpus em favor dos pacientes Edivaldo Ajala dos Santos e Carlos Gonçalves Centurion.

Determino que a autoridade coatora expeça os alvarás de soltura, se por outro motivo não estiverem presos.

Os pacientes deverão firmar compromisso de comparecer em todos os atos processuais a que forem intimados e de manter os endereços atualizados até o final da instrução processual criminal, sob pena de revogação do benefício de liberdade provisória.

Comunique-se com urgência.

ADIADA A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. JOÃO C. BRANDES GARCIA), APÓS A RELATORA E O 2º VOGAL TEREM CONCEDIDO A ORDEM.

VOTO (EM 27.10.2009)

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (1º Vogal)

Pois bem. Para a decretação da prisão preventiva, medida extrema somente cabível em casos excepcionais e na presença de requisitos determinados mencionados, a decisão que o fizer **deve ser fundamentada, de modo a apontar, no caso concreto, os motivos pelos quais se entenderem presentes quaisquer das hipóteses do art. 312 do CPP**, e quando se estiver diante de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Com efeito, a decisão atacada não indicou nenhuma das hipóteses do art. 312 do CPP, apenas fazendo considerações acerca da gravidade do crime e sua repercussão no meio social, motivos, tais, insuficientes para fundamentar a segregação cautelar.

A propósito, o STJ já manifestou:

> Para o indeferimento do pedido de liberdade provisória, é dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não basta a simples consideração acerca da gravidade genérica do delito, **sendo indispensável a demonstração objetiva, com base em fatos concretos, da efetiva necessidade da segregação cautelar**, evidenciando-se na decisão a real ameaça à ordem pública ou econômica, o risco para a regular instrução criminal ou o perigo de se ver frustrada a aplicação da lei penal. Precedentes"grifo nosso (*HC* n. 60123/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 12.9.2006).

> A gravidade genérica do delito e a conjectura de que o réu voltará a delinqüir não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar se desvinculadas de qualquer elemento concreto dos autos. (R*HC* n. 24121/MG, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 2008/0157836-9, Sexta Turma, Relª Minª. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), julgado em 14.10.2008, DJ 17.11.2008).

Como visto, não há fundamentação idônea para manter os pacientes segregados cautelarmente.

Pelo exposto, acompanho a Ilustre Relatora Desª. Marilza Lúcia Fortes, para conceder a ordem aos pacientes, com vinculação.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (2º Vogal)

De acordo com a relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relatora, a Exma. Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 27 de outubro de 2009.

***

Apelação Criminal n. 2009.022791-9 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

E M E N T A – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA APLICAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA – IMPOSSIBILIDADE – DELAÇÃO INEFICAZ PARA A IDENTIFICAÇÃO E APREENSÃO DOS DEMAIS COMPARSAS – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA EM FACE DO RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE – INVIABILIDADE – PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – APLICAÇÃO DA SÚMULA 231 DO STJ – PENA MANTIDA – PRETENDIDO AUMENTO DO *QUANTUM* APLICADO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4º, DA LEI N. 11.343/06 – VIABILIDADE – QUANTIDADE DA DROGA DE MÉDIA EXPRESSIVIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS – AUMENTO DO *QUANTUM* PARA A METADE – PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DE PENA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO – POSSIBILIDADE DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – ALTERAÇÃO OPERADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Para a configuração da delação premiada, não basta a admissão, por parte da ré, da prática do crime, sendo necessário o fornecimento de informações eficazes, capazes de contribuir para identificação dos comparsas e da trama delituosa.

Na segunda fase de fixação, não há como a pena ser conduzida abaixo do mínimo legal, em vista do reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e menoridade, em face de estrita obediência à Súmula n. 231 do STJ, que proíbe expressamente tal situação.

Se a quantidade da droga é de média expressividade e as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP permitirem, o *quantum* aplicado pela causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 deve ser superior ao mínimo legal.

Considerando que o crime de tráfico privilegiado não é hediondo, cumpridos os requisitos gerais, o agente condenado por tal delito poderá iniciar sua pena no regime aberto e ter a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos.

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, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, divergindo o revisor quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 5 de outubro de 2009.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Kamila Lima Varela foi condenada à pena de quatro anos e dois meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 420 dias-multas, como incurso no art. 33, *caput,* da Lei n. 11.343/06, porque, segundo consta, no dia 2 de fevereiro de 2009, por volta das 18h, na Rua Bela Cintra, próximo à Igreja Universal, Bairro Tiradentes, nesta capital, foi presa em flagrante delito transportando 498g (quatrocentos e oito gramas) de cocaína.

Inconformada com o *decisum,* a acusada recorre a esta Corte objetivando a reforma da sentença para que:

a) seja aplicada a redutora prevista no art. 41, da Lei n. 11.343/06, no patamar de 2/3, uma vez que delatou a pessoa que havia lhe contratado;

b) seja reduzida a pena em face do reconhecida' das atenuantes da menoridade e confissão espontânea;

c) seja aumentado o patamar para 2/3 da causa de diminuição prevista no § 4°, do art. 33, da Lei n. 11.343/06;

d) seja substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opina também pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

a) Do pedido de aplicação da redutora prevista no art. 41, da Lei n. 11.343/06.

A apelante pleiteia pela aplicação da causa de diminuição referente à delação premiada, alegando fazer *jus,* visto que de forma espontânea e colaborativa, informou o endereço onde havia recebido a droga e o nome da pessoa que havia lhe contratado.

Não lhe assiste razão.

Observa-se que o juiz sentenciante negou a aplicação da redutora prevista no art. 41, da Lei n. 11.343/06, sob o seguinte fundamento:

> A propósito saliento ser incabível a aplicação do benefício estampado no art. 41 do mesmo diploma legislativo, afinal não houve a identificação dos demais autores do delito.

Agiu corretamente o magistrado, uma vez que realmente não houve a identificação dos demais autores da empreitada.

Verifica-se, como bem ressaltou, o d. Procurador de Justiça, que a apelante Kamila, no momento do flagrante, informou aos policiais da DENAR sobre o endereço onde teria recebido a droga e quem teria entregado, no entanto, referiu-se somente aos apelidos, não deixando claro quem efetivamente estava envolvido junto com ela no crime.

A jurisprudência é farta no sentido de que não cabe a referida causa de diminuição quando a delação é feita de forma vaga, *in verbis:*

> RECONHECIMENTO DO BENEFÍCIO DA DELAÇÃO PREMIADA - ART. 41, DA LEI N. 11.343/06 - DESCABIMENTO INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4°, DA LEI N. 11.343/06 - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS - APELO DESPROVIDO, COM A REFORMA, DE OFÍCIO, DA PENA FIXADA. 1. Resultando plenamente caracterizado, diante do contexto probatório, o delito de tráfico de substância entorpecente, nos moldes do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, impõe-se a manutenção do decreto condenatório. 2. [...] Para a configuração da delação premiada, não basta a admissão, por parte do réu, da prática do crime a ela imputado, sendo necessário o fornecimento de informações eficazes, capazes de contribuir para a identificação dos comparsas e da trama delituosa. (STJ, HC n. 92.922/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJMG), julgado em 25.2.08, DJ 10.3.2008).[...] (TJ/PR, ACr n. 0508923-0, Rel. Des. Edvino Bochnia, julgado em 2.4.2009).

Ademais, a meu sentir, a delação premiada somente deve ser aplicada quando a informação fornecida pelo agente (corréu ou partícipe) tiver o condão de desmantelar uma organização criminosa destinada ao tráfico, identificando de forma eficaz os demais corréus, indicando a participação de cada um dentro dessa organização, bem como, cumulativamente, deve ensejar na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Todavia, no caso em epígrafe, não houve uma organização criminosa na qual foi desmantelada em face da delação da apelante. O que ocorreu, porém, foi sua confissão, onde ela relatou sua conduta e indicou, de forma vaga, a pessoa que havia lhe contratado para que fizesse o transporte da droga, não configurando, assim, o instituto da delação premiada prevista no art. 41 da Lei n.11.343/06.

Aliás, nesse sentido há precedentes do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

> A revelação do indiciado deverá ser espontânea, ou seja, de livre vontade, sem a instigação ou coação de terceiros e eficaz, ou seja, deve produzir efeitos práticos quanto aos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou na localização do produto, substância ou droga ilícita. (REsp n. 628.048/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 24.3.2009, DJ 13.4.2009).

Com efeito, não há falar em aplicação da causa de diminuição prevista no art. 41, da Lei n. 11.343/06.

b) Do pedido de redução de pena pelo reconhecimento das atenuantes da menoridade e confissão espontânea.

Quanto ao pedido de redução de pena devido ao reconhecimento das atenuantes da menoridade e confissão espontânea, tal não prospera.

Verifica-se dos autos que o magistrado de instância singela reconheceu as atenuantes da menoridade e confissão espontânea, nos seguintes termos:

> Incidem na espécie as atenuantes previstas no art. 65, /e lI, "d", do Código Penal. Todavia, como a pena foi fixada no mínimo legal, deixo de proceder à sua diminuição em homenagem ao disposto no verbete sumular de n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, como bem salientou o magistrado de instancia singela, incabível é a redução da pena em face do reconhecimento das atenuantes da menoridade e confissão espontânea, uma vez que há vedação expressa na Súmula n. 231 do STJ, que assim dispõe: *"A incidência da circunstância atenuante não pode a redução da pena abaixo do mínimo legal"*

Logo, nada há que ser reparado quanto ao reconhecimento das atenuantes da menoridade e confissão espontânea.

c) Do pedido de aumento do patamar da causa de diminuição prevista no § 4°, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

Já no tocante ao pedido de aumento do *quantum* fixado para a causa de diminuição prevista no §4°, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, tenho que este deve ser aumentado, porém, não ao seu grau máximo.

Observa-se que o magistrado *a quo* aplicou o *quantum* da referida redutora no patamar mínimo (1/6), justificando na grande quantidade da droga apreendida (498g de cocaína).

Apesar de ter sido elevada a quantidade da droga apreendida, tenho que redução fixada em seu grau mínimo foi muito rigorosa à apelante, haja vista que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram julgadas totalmente favoráveis e sua pena-base foi fixada no mínimo legal.

Assim, aumento o *quantum* da causa de diminuição prevista no §4°, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 para metade.

Dessa forma, fica a apelante Kamila Lima Varela, definitivamente condenada à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multas, como incurso no art. 33, *caput,* da Lei n. 11.343/06.

d) Do pedido de substituída da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, razão assiste à apelante.

A figura do tráfico privilegiado nada mais é que a combinação da causa de diminuição prevista no § 4°, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 com o *caput* do mesmo artigo, ou a combinação da referida redutora com o art. 12, da Lei n. 6.368/76.

Ressalta-se que há uma discussão na doutrina e jurisprudência para se aferir se o tráfico privilegiado deve (ou não) ser considerado como crime hediondo, para que sejam (ou não) possibilitados ao agente que pratica tal delito os benefícios vedados pela Lei n. 8.072/90 e pelo art. 44 da Lei n. 11.343/06.

Sobre o assunto e para melhor elucidação do tema, trago artigo retirado do site *jus navegandi,* intitulado "Tráfico privilegiado: a hediondez das mulas", de autoria do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca da Nova Andradina/MS, Dr. José Henrique Kaster Franco http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12234, *in verbis:*

> O Presidente da República, por intermédio do Decreto n. 6.706, de 22.12.2008, concedeu indulto, sob determinadas condições, a condenados pelo crime do art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06.
>
> E agiu corretamente, pois a combinação do art. 33, *caput*, com o parágrafo 4° não pode ser tida como crime hediondo, porque:
>
> I) "privilégio" não se harmoniza com "hediondez".
>
> São conceitos incompatíveis, ontologicamente inconciliáveis. O legislador resolveu conceder uma diminuição de pena que varia entre 1/6 e 2/3, modificando consideravelmente

a pena originária, pois entendeu que o tráfico privilegiado merece resposta penal mais branda, justamente porque o agente envolveu-se ocasionalmente com esta espécie delituosa, não registra antecedentes e não está a usufruir, diuturnamente, dos lucros desta empresa ilícita.

lI) a pena mínima para o crime privilegiado é de 1 ano e 8 meses. Não é razoável que o tráfico privilegiado, cuja pena mínima é menor do que a pena mínima prevista para o furto qualificado ou para o porte de arma de uso permitido seja considerado crime hediondo. Se o tráfico privilegiado se revestisse de gravidade para justificar a hediondez, o legislador não daria vazão a tal disparidade na previsão da sanção.

III) o legislador, ao elencar os crimes hediondos e assemelhados a hediondo na Lei n. 8072/90 não previu a figura híbrida do tráfico privilegiado, assim como não o fez no caso do homicídio qualificado-privilegiado. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, quase unânimes, ensinam que o homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo, justamente porque a Lei n. 8.072/90 não se refere à figura mesclada, isto é, não se pode estender a lei para fazer hediondo um crime que ali não fora expressamente previsto.

Na época, prevaleceu o magistério de Damásio Evangelista de Jesus:

"para efeito de qualificação legal do crime, o reconhecimento do privilégio descaracteriza o homicídio qualificado. Assim quando o inciso I do artigo 1º da lei n. 8.072 menciona o "homicídio qualificado", refere-se somente à forma genuinamente qualificada. Não ao homicídio qualificado-privilegiado. Tanto que, entre parênteses, indica os incisos I a V do § 2° do artigo 121. Suponha-se um homicídio eutanástico cometido mediante estuprador da filha. Reconhecia a forma híbrida, não será fácil a tarefa de sustentar a hediondez do crime. Como disse o Ministro Assis Toledo, do STJ, "seria verdadeira monstruosidade essa figura: um crime hediondo cometido por motivo de relevante valor moral ou social. Seria uma contraditio *in terminis*". Tanto mais quando, havendo bons argumentos em favor das duas posições, tratando-se de norma que restringe o direito subjetivo de liberdade, o intérprete deve dar preferência à que beneficia o agente.

IV) não há motivo para que o homicídio qualificado-privilegiado não seja crime hediondo, ao passo que o tráfico privilegiado o seja. Se o crime de homicídio qualificado-privilegiado não é hediondo porque a Lei n. 8.072/90 não previu, expressamente, a figura híbrida, também não o fez em relação ao tráfico privilegiado. Não há razão de ordem lógica ou jurídica para tratamento disforme. Aliás, a pena mínima para o homicídio qualificado-privilegiado é de 8 anos de reclusão, com sacrifício do bem jurídico mais importante do ordenamento jurídico, a vida.

V) o legislador não incluiu, na norma do art. 44 da Lei n. 11.343/06, o tráfico privilegiado. Lê-se no art. 44: "os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º b e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos".

Se a norma do art. 44 abarcasse o tráfico privilegiado, não haveria a necessidade de o legislador expressar a mesma vedação no art. 33, § 4°: "nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Ressalta que a intenção foi a de dar tratamento específico a um crime específico, isto é, o tráfico privilegiado. Embora as penas sejam marcantemente reduzidas, e não esteja incluído no rol dos crimes assemelhados a hediondos, entendeu-se por bem vedar a substituição por penas restritivas.

VI) a Constituição Federal veda a graça (leia-se indulto individual) e a Lei n. 11.343/06 veda o indulto aos crimes referidos no art. 44, mas o Presidente da República, por intermédio do Decreto n. 6.706, de 22.12.2008, concedeu indulto, sob determinadas condições, a condenados pelo crime do art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06. Tanto é verdade que o crime de tr4fico privilegiado não é hediondo, e que não está inserido no rol do art. 44 da Lei n. 11.343/06, que o Presidente da República concedeu, sob determinadas condições, indulto a estes agentes. Não poderia tê-lo feito se estivesse tratando de delitos hediondo.

O STF, no pleno, decidiu que o art. 2°, I, da Lei n. 8.072/90 é constitucional, isto é, a vedação ao indulto por lei ordinária é válida (inclua-se também a Lei n. 11.343/06), porquanto o termo "graça", de que se valeu o constituinte, teria sentido amplo, abrangendo tanto a "graça em sentido estrito" quanto o indulto propriamente dito, não obstante a conhecida posição de Alberto Silva Franco, para quem a vedação da graça, na Constituição Federal, não alcança a vedação ao indulto, e por conta disso o legislador ordinário não poderia fazê-lo.

VII) afronta o princípio da proporcionalidade e da igualdade material tratar, com respostas penais semelhantes, pessoas que estejam em situações tão díspares. O "mula" ou o "aviãozinho", agentes facilmente substituíveis, contratados como mão-de-obra barata, não podem quedar à mercê de resposta penal semelhante àquele agente que comete assalto à mão armada - com fuzis e metralhadora em uma agência bancária, ou mesmo daquele que comete homicídio simples. Beccaria, em 1764, lecionava que "os meios de que utiliza a legislação para impedir crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas".

Antes ainda, na Magna Carta, de 1215, lia-se que "um homem livre não será punido por um delito menor (parvo delicto), a não ser segundo o grau (reduzido) do delito; por um delito grave, a punição será também grave[...]".

VIII) tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm apontando a necessidade de afastar do tráfico privilegiado a pecha da hediondez. Por toda a doutrina, merece destaque artigo da autoria dos professores Sérgio Salomão Shecaira, professor assistente da Faculdade de Direito da USP, e seguramente um dos maiores penalistas da atualidade, e Pedro Luiz Bueno de Andrade:

Pondere-se, por fim, que a própria legislação vigente recomenda, em algumas hipóteses e circunstâncias, a adoção de penas mitigadas (art. 33, § 4°, c/c art. 42), por entender desnecessária a pena do caput do art. 33 nas hipóteses em que não se reconheça no agente do delito a condição de traficante contumaz, mas de mero "passador" eventual. Se assim é, por que persistir a condição de hediondez também nessas hipóteses?

Na parte jurisprudencial, sublinha-se julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

PENAL - TRÁFICO PRIVILEGIADO - REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA - REGIME ABERTO - RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. O § 4°, do art. 33, da nova lei de droga, cuida da figura do tráfico privilegiado, que não está elencado no rol

> dos crimes hediondos ou ele equiparados [...]. (TJMG, ACr n. 1.0112.08.076426-2/001, Rel. Des. Hélcio Valentim, publicado em 9.12.2008).
>
> IX) Dados estatísticos. Apenas a título ilustrativo, mais de 20% dos presos brasileiros (número total próximo a 450.000) são condenados por tráfico de drogas. Em algumas unidades da Federação, como no Estado de Mato Grosso do Sul, chegam a atingir um número próximo a 40% do total de encarcerados. Mato Grosso do Sul tem, aproximadamente, 4000 presos por tráfico, a um custo mensal estimado de R$ 4.800.000,00.
>
> Ao invés de "chefões" ou "barões" da droga, para os quais a rigidez da lei é merecida, a realidade penitenciária mostra um amontoado de jovens, na sua imensa maioria com menos de 25 anos, pobres e de cor, analfabetos totais ou funcionais, e que custam ao estado, por mês, de R$ 1.200,00 a R$ 1.500,00.
>
> Em síntese, é justo que o agente envolvido ocasionalmente na prática do tráfico seja punido tal qual qualquer outro criminoso comum, e é justo que lhe seja aplicada pena privativa de liberdade - conforme exige o art. 33, § 4° até mesmo no regime inicialmente fechado (cuja necessidade o magistrado saberá, caso a caso, aquilatar), mas sem os extremos reservados àqueles crimes que afetam sobremaneira a vida em sociedade, taxados como hediondos ou seus assemelhados.

Após analisar o artigo acima mencionado, não resta dúvida de que o tráfico privilegiado é incompatível com a natureza hedionda. Ora, nesse tipo de crime (tráfico privilegiado), o agente, necessariamente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem faz parte de organização criminosa, e que na maioria das vezes comete o delito por estar refém da sua precária condição financeira, sendo apenas instrumento de grandes traficantes, não pode ter tratamento semelhante ao daquele que pratica delitos mais graves, chamados hediondos, como o homicídio qualificado, estupro, atentado violento ao pudor e etc, pois seria um verdadeiro disparate considerá-lo como tal.

No caso em epígrafe, a aplicação da hediondez seria uma grave afronta ao princípio da proporcionalidade, pois estaríamos apenando com elevado rigor a ré, que é primária, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem faz parte de organização criminosa.

Assim, por esses motivos, afasto a vedação contida na Lei dos Crimes Hediondos e no art. 44 da Lei de Drogas.

Portanto, passo à análise da possibilidade do regime prisional mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Constata-se que a acusada preenche os requisitos previstos no art. 33 do Código Penal, para iniciar sua pena no regime aberto, uma vez que ela foi condenada à pena de 2 anos e 6 meses, bem como pelo fato das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal serem totalmente favoráveis.

Logo, altero o regime prisional para o inicialmente aberto.

Da mesma forma, denota-se que a ré cumpre os pressupostos impostos em todos os incisos do art. 44 do Código Penal para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

Destarte, determino a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem aplicadas pelo juiz da execução penal.

Conclusão

Por tais considerações, dou parcial provimento ao recurso para aumentar o *quantum* fixado para a causa de diminuição prevista no § 4°, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 e alterar o regime prisional, ficando a apelante Kamila Lima Varela, definitivamente, condenada à pena de dois anos e seis meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 250 dias-multas, como incurso no art. 33, *caput,* da Lei n. 11.343/06, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juiz da execução penal.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Revisor)

Embora aquiesça com a ampliação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, tenho como certo que a apelante não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade.

Inicialmente, no que tange à hediondez do delito, reafirmo-a, eis que o **tipo penal é um só**. Não existe mais do um tipo de tráfico de drogas, ou mesmo tráfico de drogas mais gravoso ou menos gravo. Ou o crime é de tráfico de drogas, ou se trata de outro tipo criminal – ou mesmo um indiferente penal – mas jamais há de se questionar a respeito da gravidade do delito ou especialmente do evento criminoso havido como hediondo para todos os efeitos legais.

É preciso que se entenda que o crime em apreço (tráfico de drogas) é único. A pena pode variar dependendo do preenchimento de determinadas condições, e por uma única vez em relação a cada acusado. Existem circunstâncias capazes de majorar ou minorar a pena aplicada, e isto nem passa perto da possibilidade de alterar a natureza do ilícito, de sua gravidade ou de sua mitigação dentro do contexto legal.

Falar em conduta privilegiada (expressão utilizada em casos tais) no crime de tráfico decorre, única e exclusivamente, do preenchimento de condições pessoais do acusado, que absolutamente **nada tem a ver com a figura delitiva em si mesma**.

Como cediço, as chamadas **causas de aumento ou de diminuição** são circunstâncias secundárias *"cuja ausência **não influi de forma alguma sobre a sua existência**. Tem a função de agravar ou abrandar a sanção penal e situa-se nos parágrafos."* [1] (Destaques não originais)

Sobre o assunto, reforça ROGÉRIO GRECO que *"circunstâncias são dados periféricos, acessórios, que gravitam ao redor da figura típica, somente interferindo na graduação da pena. **A existência ou não de uma circunstância, em nada interfere na definição da figura típica, tendo a sua importância limitada ao aumento ou diminuição da pena de uma determinada infração penal**."* [2] (Destaques não originais)

Ademais, a intenção do legislador ao criar aludida diminuta foi atender aos reclamos da política criminal e compensar o aumento da pena-base implementado pela Lei n. 11.343/06, **e nunca para nivelar o tráfico ao crime comum**.

A respeito:

> Causa de diminuição prevista no § 4º da Lei n 11.343/2006, que não retira do crime de tráfico o caráter de hediondo, mas apenas atenua a punição do traficante primário, de bons antecedentes e sem ligações com organizações criminosas. [3]

1 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 436.

2 **Curso de Direito Penal:** Parte geral. Niterói: Impetus, 2007. p. 468. vol. I.

3 HC n. 97.843/SP, Segunda Turma, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, julgado em 23.6.2009.

Assim, tratando-se de crime assemelhado ao hediondo, não faz o mínimo sentido a substituição da pena corporal, haja vista a obrigatoriedade do regime inicial fechado nessas hipóteses, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Por seu turno, **a Lei n. 11.343/06**, que cuida especificamente do tráfico de drogas, **é expressa, em seu art. 44**, no sentido de **vedar** a fiança, o *sursis*, a graça, o indulto, a anistia, a liberdade provisória **e a conversão das penas em restritivas de direito,** de sorte que a pretensão defensiva não encontra sustentáculo jurídico.

Acerca da matéria, discorre a doutrina:

> A nova Lei de Drogas entendeu que a substituição em testilha não seria necessária e suficiente para a prevenção e repressão destes delitos, vedando-a expressamente. Como a substituição da pena se submete aos requisitos legais e a disciplina da matéria é regida pela legislação infraconstitucional, nada impede o legislador de restringir tal possibilidade sem que se possa falar em inconstitucionalidade da vedação. Neste mesmo sentido, comentando a restrição em estudo, leciona Nucci: 'Nenhuma inconstitucionalidade existe, pois não se fere a individualização da pena. Cuida-se de política criminal do Estado, buscando dar tratamento mais rigoroso ao traficante, mas sem padronização das penas'. Assim, mesmo que o agente receba pena igual ou inferior a quatro anos (como ocorrerá se fora aplicada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º), não se admite a substituição da pena corporal aplicada por restritiva de direitos.

Recentemente, valendo-se de diversos precedentes, decidiu o Supremo Tribunal Federal que *"a norma contida no art. 44, caput, da Lei n. 11.343/06, ao expressamente estabelecer a proibição da conversão, apenas explicita regra que era implícita no sistema jurídico brasileiro quanto à incompatibilidade do regime legal de tratamento em matéria de crimes hediondos e a eles equiparados com o regime pertinente aos outros crimes."* [4]

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA também já enfrentou a matéria e reiterou inúmeras vezes que *"segundo o disposto no art. 44 da Lei n. 11.343/06, é vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos."* [5]

No mesmo sentido: *HC* n. 123.134/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 21.5.2009; *HC* n. 117.992/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 3.2.2009; e *HC n.* 73.766/RJ, Quinta Turma, Rel.ª Des.ª convocada Jane Silva, julgado em 25.9.2007.

Os Tribunais Estaduais, igualmente, seguem essa orientação:

> Incabível a [6]substituição da [7]pena carcerária por restritivas de direitos em decorrência da vedação expressa constante da atual lei de drogas (Lei n. 11.343/06, § 4º do art. 33). [6]

> Descabe eventual substituição ou suspensão da pena, consoante o disposto no art. 44, e no art. 33, § 4º, ambos da Lei n. 11.343/2006. [7]

> O art. 33, § 4º, c/c art. 44 da Lei n. 11.343, de 2006, que entrou em vigor em 8.10.2006, vedou, expressamente, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por

4 HC n. 124.933/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 2.6.2009.

5 TRF 4ª Região, ACr n. 2008.70.02.009813-4, PR, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, julgado em 25.8.2009.

6 TJRS, ACr n. 70.029.123.742, Canela, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira, julgado em 5.8.2009.

7 TRF/BA Primeira Região, ACr n. 2008.33.10.000878-0, Terceira Turma, Rel.ª Des.ª Fed. Assusette Dumont Reis Magalhães, julgado em .4.8.2009.

> restritiva de direitos, na hipótese de crime de tráfico de drogas, devendo ser aplicada a todos os fatos ocorridos sob sua vigência.
>
> 'A Lei antidrogas proíbe expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo tráfico de drogas, não se tratando de norma inconstitucional, porquanto não contraria a Carta Magna, mas visa punir com maior severidade os autores desse crime hediondo. [8]

Ademais, vale lembrar que as leis gozam a presunção de constitucionalidade e, até que sejam invalidadas pelo Poder Judiciário ou revogadas pelo legislador, ostentam aplicabilidade plena, não podendo o dispositivo legal em questão simplesmente ser desprezado.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso interposto por Kamila Lima Varela, tão-somente para modificar o *quantum* decorrente da diminuta prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, DIVERGINDO O REVISOR QUANTO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. 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 o Juiz Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 5 de outubro de 2009.

***

8 TRF 1ª Região, AC 2008.33.10.000878-0, BA, Terceira Turma, Relª Desª Fed. Assusete Dumont Reis Magalhães, julgado em 4.8.2009.

Apelação Criminal n. 2009.022802-1 - Costa Rica
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE DANO QUALIFICADO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PRESO SERROU AS GRADES DA CELA COM INTUITO DE FUGIR DA PRISÃO – AUSÊNCIA DE *ANIMUS NOCENDI* – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Para a configuração do crime de dano, imprescindível o *animus nocendi*, ou seja, o dolo específico de causar prejuízo ao dono da coisa.

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, por maioria, negar provimento ao recurso, vencido o revisor. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 19 de outubro de 2009.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual em face da sentença prolatada às f. 206-207, que absolveu Sérgio Antônio da Silva da prática do delito de dano (art. 163, parágrafo único, III, c.c. art. 29, ambos do Código Penal) com fulcro no art. 386, III, e art. 397, III, ambos do Código de Processo Penal.

Irresignado com a sentença, o apelante pugna pela sua reforma, a fim de condenar o acusado nos termos da denúncia, asseverando estar caracterizado o dolo.

Em contrarrazões a defesa requer o improvimento do recurso.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser improvido.

Consta da inicial acusatória:

> [...]
>
> No dia 14 de maio de 2005, por volta das 8 horas, os denunciados Wekson Jesus de Melo e Sérgio Antônio da Silva, que se encontravam presos na Delegacia de Polícia desta cidade, fugiram, serrando uma das grades da cela de n. 2 na qual encontravam-se recolhidos por falta de pagamento de pensão alimentícia e homicídio, respectivamente, causando dano ao patrimônio público.
>
> Conforme consta nos autos, o agente de polícia de plantão no dia dos fatos era Wellington Taques, sendo que o Sr. José Justino, que cumpre pena em regime semi-aberto na Delegacia de Polícia desta cidade, é o encarregado de levar o café da manhã dos presos, todos os dias.
>
> Consta que no dia dos fatos José Justino de Almeida como de costume, pegou a chaves das celas na sala dos agentes, abriu as portas de acesso às celas para dar café da manhã aos presos, nada percebendo de anormal.
>
> Após, entregar aos presos o café da manhã, Sr. José Justino foi até a horta, colheu um pé de alface e o levou até uma senhora que possui um Bar em frente à Delegacia de Polícia local.
>
> Então, a Senhora, proprietária do estabelecimento localizado em frente da Delegacia de Polícia entregou ao Sr. José Justino alguns salgados para que ele levasse aos presos. Ocorre que, ao ir novamente às celas levar os salgados, Sr. José Justino foi chamado pelo denunciado Sérgio, sendo que o mesmo pediu-lhe para que fosse comprar cigarros.
>
> Ao sair para comprar cigarros, Sr. José Justino deixou as portas de acesso às celas abertas, como de costume, e demorou cerca de 05 minutos, momento em que os denunciados serraram uma das grades da cela de n. 2, saindo das mesmas e pulando o muro da Delegacia, empreendendo fuga pelas ruas da cidade.
>
> No mesmo dia, o denunciado Sérgio foi encontrado, na proximidades da construção do Lar dos Idosos desta cidade, sendo o mesmo recolhido na Delegacia de Polícia local. Já o outro denunciado, Wekson, sem entregou cerca de um mês após a fuga.
>
> A autoria vem demonstrada, uma vez que é confessa, como se pode ver nos depoimentos dos denunciados às f. 29 e 40, bem como pelos depoimentos e demais provas presentes nos autos.
>
> A materialidade do delito também vem demonstrada pelas fotos de f. 09-11, pelo Auto de Apreensão de f. 12 e pelo Laudo de Vistoria em Local Indireto (Fuga de Presos) de f. 54-56.
>
> [...]

Após a instrução criminal, o juiz de instância singela prolatou sentença absolutória, fundamentando sua decisão na ausência do dolo específico, visto que ficou comprovado nos autos que a verdadeira intenção do acusado era de fugir da prisão, e não a de causar dano ao patrimônio público.

Nesse sentido transcrevo, *in totum*, a fundamentação da decisão sob análise, *in verbis*:

> [...]
>
> De rigor a absolvição do denunciado.
>
> Consoante já reconhecido no processo originário, tramitado em face do co-réu Wekson Jesus de Melo, a conduta descrita na denúncia, no meu entendimento e acompanhando a jurisprudência colacionada, não caracteriza a infração penal considerada, uma vez ausente o dolo específico consistente na intenção de danificar o patrimônio público. Nesse sentido:
>
> Só se afigura o crime de dano quando o fato constitutivo fim em si mesmo. Sendo causa ou meio de outro crime, constitui apenas elemento de crime complexo ou progressivo. A ação de serrar barras de grade de cela da prisão pelo custodiado não constitui um fim em sim mesmo, de modo a tipificar o crime de dano, pois o propósito era evidente a fuga (TRF, Rel. Carlos Madeira, RJTFR 61/19).
>
> A conduta do agente que serra as grades da cela em que se achava recolhido para fugir do estabelecimento prisional pode caracterizar ilícito civil e falta disciplinar, mas não o crime de dano qualificado, uma vez que ausente o dolo especifico, porque usou dos meios necessários à evasão, não tendo, neste caso, a intenção de danificar o patrimônio público (TACRIM-SP, ACr, Rel. Walter Swensson, julgado em 11.12.1996, RTACrim 34/110).
>
> Diante do exposto e sem maiores delongas, hei por bem JULGAR IMPROCEDENTE a pretensão punitiva manifestada na denúncia e ABSOLVER o réu SERGIO ANTONIO DA SILVA, qualificado nos autos, o que faço com fundamento no art. 386, inciso III, e 397, inciso III, ambos do Código de Processo Penal.
>
> [...]

Observa-se que agiu acertadamente o magistrado *a quo*, uma vez que é tranquila a jurisprudência dos tribunais superiores e, inclusive, a desta Corte, no sentido de que apenas se configura o crime de dano se estiver presente o dolo específico, ou seja, o *animus nocendi*.

Nesse sentido, trago à baila alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE DANO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. PROCEDÊNCIA. MANIFESTA ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE *ANIMUS NOCENDI*.
>
> O crime de dano exige, para sua configuração, *animus nocendi*, ou seja, a vontade deliberada de causar prejuízo patrimonial a outrem, requisito que não se vislumbra na espécie, em que os réus, embora tenham danificado o patrimônio público, fizeram-no visando, tão-somente, à fuga do estabelecimento prisional.
>
> Ordem concedida para, reformando a sentença condenatória e o acórdão da Corte a quo, determinar o trancamento do processo-crime por falta de justa causa (STJ, HC n. 97.678, MS, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ 30.6.2008).

> *HABEAS CORPUS* – DANO QUALIFICADO – CRIME COMETIDO EM TENTATIVA DE FUGA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL – CONDUTA ATÍPICA – PRECEDENTES – ORDEM CONCEDIDA E ESTENDIDA AOS CO-RÉUS.
>
> O dano praticado contra estabelecimento prisional, em tentativa de fuga, não configura fato típico, posto que, para tal, exige-se o dolo específico de destruir, inutilizar ou deteriorar o bem, o que não ocorre quando o objetivo único da conduta é fugir.
>
> Devem ser estendidos os efeitos do julgamento aos co-réus em situação idêntica à do paciente, conforme determina o artigo 580, do Código de Processo Penal, fazendo cessar, assim o constrangimento ilegal.
>
> Ordem concedida e estendida aos co-réus. (STJ, HC n. 90840/MS, Quinta Turma, Relª. Minª. Jane Silva (DES. CONVOCADA DO TJ/MG), DJ de 26.11.2007).
>
> *HABEAS CORPUS*. CRIME DE DANO. PRESO. DESTRUIÇÃO DE CELA. AUSÊNCIA DE ANIMUS NOCENDI. ORDEM CONCEDIDA.
>
> Para a configuração do crime de dano, imprescindível o *animus nocendi,* ou seja, o dolo específico de causar prejuízo ao dono da coisa.
>
> *In casu*, conforme se depreende da denúncia (f. 17-19), os pacientes destruíram parte da cela em se encontravam presos, com o intuito deliberado de alcançar a liberdade. Seu objetivo primordial não era destruir o patrimônio para prejudicar o Estado.
>
> Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal movida em desfavor dos pacientes. (STJ, HC n. 48.284/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 13.3.2006).

Esta Corte não diverge de tal posicionamento. Nesse sentido, por se tratar de caso análogo, trago à colação a Apelação Criminal n. 2008.014837-3, de minha relatoria, julgado em 17.11.2008 pela Segunda Turma Criminal, *in verbis*:

> E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE DANO QUALIFICADO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PRESO QUE DESTRUIU CADEADOS E QUEBROU UMA PORTA COM INTUITO DE FUGIR DA PRISÃO – AUSÊNCIA DE ANIMUS NOCENDI – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Para a configuração do crime de dano, imprescindível o *animus nocendi*, ou seja, o dolo específico de causar prejuízo ao dono da coisa.

Por tais considerações, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo-se intacta a sentença absolutória proferida em primeira instância.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Revisor)

Julgo que o preso que deteriora a cela para empreender fuga comete o crime de dano.

Sobre o assunto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência estão divididas em duas correntes antagônicas.

A primeira vertente, orientada por Nelson Hungria, sustenta que, para a configuração do dano, exige-se a ocorrência de dolo específico, consistente na deliberada vontade do agente de causar prejuízo ao patrimônio da vítima.

O grupo contrário, inspirado nas lições de Magalhães Noronha, pondera que a intenção de prejudicar é dispensável:

> [...] porque está compreendida na própria ação criminosa. Quem destrói uma coisa sabe que prejudica seu dono ou possuidor. O prejuízo está ínsito no dano. Se destruir é desfazer, desmanchar, se inutilizar é tirar a utilidade e se deteriorar é piorar, quem destrói, inutiliza ou deteriora a coisa alheia não pode deixar de prejudicar a outrem. Esse prejuízo é, pois, inseparável da destruição, da inutilização e da deterioração, que são 'resultados do crime'. [1]

> Sem dúvida alguma, estou com a segunda corrente, pois a mera leitura do tipo remete à conclusão de que o dolo específico é prescindível; porquanto é da letra da lei: *"Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia."*

> A respeito dos delitos de intenção ensina Cesar Roberto Bitencourt:

> [...]requerem um agir com ânimo, finalidade ou intenção adicional de obter um resultado ulterior ou uma ulterior atividade, distintos da realização do tipo penal. trata-se, portanto, de uma finalidade ou ânimo que vai além da realização do tipo. As 'intenções especiais' integram a estrutura subjetiva de determinados tipos penais, exigindo do autor a persecução de um objetivo compreendido no tipo, mas que não precisa ser alcançado efetivamente. [2] (Destaques não originais)

Destarte, se o legislador não agregou ao tipo uma intenção específica, não cabe ao intérprete fazê-lo, sob pena de usurpar competência do Poder Legislativo e, consequentemente, violar o princípio da legalidade, pedra de toque do Direito Penal.

Acerca do crime de dano, portanto, pouco importa se o preso avariou o patrimônio público porque almejava fugir, porque teve um acesso de fúria, por mera baderna, vingança ou demonstração de força. Basta que possua a consciência e vontade dirigida à destruição da coisa, ou seja, que haja dolo de primeiro grau nesse sentido para que a conduta seja típica, tal qual ocorre na espécie.

Este Sodalício já debateu a matéria e trilha pelo caminho exposto:

> O recluso que para tentar fugir da prisão destrói ou inutiliza a grade da cela, sabedor de que sua ação causa prejuízo ao patrimônio público, comete o crime previsto no artigo 163, parágrafo único, III, do Código Penal, que se configura ante a presença do simples dolo genérico. [3]

1 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 178-179.

2 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 274.

3 ACr n. 2007.001016-7, Amambai, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Gilberto da Silva Castro, julgado em 27.2.2007.

> A conduta de preso que serra grade da cela para fugir há de ser tipificada no artigo 163, parágrafo único, III, do Código Penal, uma vez que houve a vontade livre e consciente do agente em querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, ou seja, o dolo genérico. [4]

Portanto, a conduta do acusado é típica e, como tal, merece repressão, já que a autoria e a materialidade estão exaustivamente comprovadas.

Com efeito, o laudo de f. 59-60 – acrescido das fotos colacionadas às f. 14-16 – atesta que, efetivamente, as grades da cela onde o apelado estava recolhido foram serradas.

A prova testemunhal levantada pela acusação evidencia que Sérgio Antônio, preso por homicídio, agiu em conluio com Wekson Jesus de Melo, o qual ingressou na Cadeia Pública com uma serra escondida no calçado e, já no dia seguinte, efetivamente destruiu uma barra de ferro que guarnecia a cela.

Com efeito, ouvidos em juízo, Edson Macedo Malaquias (f. 114) e Lúcio Fátima da Silva Barros (f. 115) são unânimes em afirmar que o apelado executou o crime.

Assim, ante a robustez da prova acusatória, a condenação é medida de rigor.

Passo à dosagem das penas.

Dentre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, pesam em desfavor do acusado os maus antecedentes, à luz das certidões de f. 78 e 126-131, já que, à época do crime, o apelado respondia a dois inquéritos policiais, sendo um por furto simples e outro por furto qualificado; e a cinco outras ações penais também pela prática das mesmas espécies delitivas.

As circunstâncias do crime são depreciativas, porquanto não titubeou ao cometer novo delito, uma vez que ao ingressar na Cadeia Pública aliou-se, prontamente, ao corréu Wekson, que já estava munido com uma serra escondida no calçado, e destruiu a cela para fugir no dia seguinte à prisão.

Assim, fixo a pena-base em um ano de detenção e pagamento de vinte dias-multa, no valor unitário de 1/5 (um quinto) do salário-mínimo, que torno definitiva à míngua de outros fatores a serem sopesados.

O regime inicial é o aberto.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade em razão dos maus antecedentes, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Por todo o exposto, **dou provimento** ao apelo interposto pelo **Ministério Público** e condeno **Sérgio Antônio da Silva** como incurso no art. 163, III, do Código Penal.

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Vogal)

De acordo com o relator.

4 ACr n. 2002.000207-1, Rio Verde de Mato Grosso, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Rui Garcia Dias, julgado em 7.5.2002.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR. 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 Juiz Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 19 de outubro de 2009.

***

Habeas Corpus n. 2009.026705-4 - Anaurilândia
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – CALÚNIA, INJÚRIA E DIFAMAÇÃO – ALMEJADA DESOBRIGAÇÃO DE DEPOR EM DELEGACIA DE POLÍCIA – ALEGAÇÃO DE QUE AOS DELITOS IMPUTADOS AO PACIENTE JÁ SE OPEROU A DECADÊNCIA – ATO EMANADO DE MAGISTRADO DE OUTRO ENTE FEDERATIVO – INCOMPETÊNCIA DESTE AREÓPAGO – NÃO CONHECIDO.

O juízo deprecado, que determinou o cumprimento da carta precatória de oitiva do investigado expedida por autoridade judiciária de outra unidade da federação, não pode ser considerado autoridade coatora, razão pela qual esta corte de justiça não possui competência para apreciar a legalidade ou ilegalidade da decisão.

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, não conhecer da ordem, unânime e com o parecer.

Campo Grande, 9 de novembro de 2009.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

O advogado Fabrício dos Santos Gravata impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pedido liminar em favor de Luiz Eduardo Auricchio Bottura, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Anaurilândia.

Narra o impetrante que "*o paciente recebeu intimação para depor na Delegacia de Polícia de Anaurilândia em virtude de carta precatória n. 90/2009, IP 326/08*", e que, segundo o ato, o paciente deve ser indiciado pelos supostos crimes de calúnia, difamação e injúria.

Salienta que aos delitos a ele imputados já se operou a decadência do direito de queixa, face ao transcurso de tempo entre o fato supostamente delituoso e a representação das vítimas.

Por fim, requer seja concedida a ordem, *in limine*, para que o paciente não seja intimado a depor e tampouco indiciado. Pleiteia, ao final, o afastamento do impetrado da causa, bem como o trancamento de futuro IP pela alegada decadência dos delitos.

A liminar foi indeferida (f. 315).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não-conhecimento da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

A ordem não deve ser conhecida.

Esse Tribunal de Justiça não detém competência para conhecer e julgar a questão suscitada, eis que a intimação para oitiva do acusado partiu de autoridade do Estado de São Paulo, ou seja, a autoridade policial de Anaurilândia apenas se prestou a atender determinação provinda de outro ente Federativo.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça já proclamou que "*o Juízo deprecado não é o condutor do processo principal, mas o executor dos atos deprecados, incumbindo-lhe, se for o caso, apenas a recusa da precatória, se configurada alguma das hipóteses previstas no art. 209 do CPC.*" (CC 81.892/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12.12.2007).

No mesmo sentido:

> O juízo deprecado que determinou o cumprimento da carta precatória de prisão expedida por autoridade judiciária de outra unidade da federação não pode ser considerado autoridade coatora, razão pela qual esta corte de justiça não possui competência para apreciar a legalidade ou ilegalidade da decisão que decretou a prisão cautelar. (TJGO, HC n. 34.749-7/217, Goiânia, Rel.ª Des.ª Nelma Branco Ferreira Perilo, DJ 15.5.2009, p. 60).

Por fim, manifesta-se esta Corte de justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL – MEDIDAS CAUTELARES DEFERIDAS POR MAGISTRADOS DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO – INCOMPETÊNCIA DESSE SODALÍCIO – PERSECUÇÃO CRIMINAL QUE NÃO SUPEROU A FASE INQUISITIVA – EVENTUAL CONSTRANGIMENTO ILEGAL ORIUNDO DO DELEGADO DE POLÍCIA – AUTORIDADE SUJEITA AO 1º GRAU DE JURISDIÇÃO – NÃO PROVIMENTO.
>
> Não compete ao Tribunal de Justiça analisar a viabilidade de inquérito policial cujas medidas cautelares foram deferidas por magistrados de outra unidade da federação, valendo ressaltar que a mera aposição do "cumpra-se" em carta precatória não transforma o juízo deprecado em autoridade coatora, pois se trata de mero despacho de expediente, sem cunho decisório algum.
>
> Verificado que a persecução criminal ainda não superou a fase inquisitiva, eventual constrangimento ilegal advém de ato da autoridade policial, a qual não detém prerrogativa de foro e fica sujeita ao 1º grau de jurisdição, circunstância que impede essa elevada instância de analisar o pedido de trancamento das investigações.

> Agravo Regimental em Habeas Corpus a que se nega provimento, por força da sustentabilidade jurídica da decisão objurgada. (AgRg em *Habeas Corpus*, n. 2009.023712-3/0001-00, Ponta Porã, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, julgado em 19.10.2009). grifos não originais.

Por todo o exposto, valendo-me de tais precedentes, não conheço da ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

ORDEM NÃO CONHECIDA, UNÂNIME E 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 Juiz Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 9 de novembro de 2009.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Atapoã da Costa Feliz

Apelação Cível n. 2009.002220-9 026
Apelação Cível n. 2009.008560-3 034
Apelação Cível n. 2009.021431-4 040

Divoncir Schreiner Maran

Apelação Cível n. 2008.013163-9 054
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2008.015196-1/0001-00 061
Apelação Cível n. 2008.022381-5 068

Dorival Renato Pavan

Apelação Cível n. 2009.011104-9 076
Apelação Cível n. 2009.021325-7 085
Apelação Cível n. 2009.023069-3 091

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível n. 2008.019705-3 096
Apelação Cível n. 2009.019466-5 100
Apelação Cível n. 2009.028059-5 103

Hildebrando Coelho Neto

Apelação Cível n. 2003.012621-0 109
Mandado de Segurança n. 2008.014517-1 114
Apelação Cível n. 2008.025704-3 120

Ildeu de Souza Campos

Apelação Cível n. 2008.018296-6 124
Apelação Cível n. 2008.019042-0 128
Apelação Cível n. 2008.021415-3 133

João Maria Lós

Apelação Cível n. 2006.011803-7 144
Apelação Cível n. 2006.012790-2 152
Apelação Cível n. 2008.028582-2 160

Joenildo de Sousa Chaves

Apelação Cível n. 2007.008015-7 165

Apelação Cível n. 2007.036750-9 169

Apelação Cível n. 2009.024457-5 173

Julio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível n. 2006.004088-2 176

Apelação Cível n. 2008.003070-8 179

Apelação Cível n. 2009.026839-3 182

Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível n. 2008.021049-2 185

Apelação Cível n. 2009.018255-0 191

Apelação Cível n. 2009.026121-0 195

Luiz Carlos Santini

Apelação Cível n. 2009.010801-1 199

Mandado de Segurança n. 2009.022247-6 205

Apelação Cível n. 2009.025644-6 212

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível n. 2007.004914-4 216

Apelação Cível n. 2007.017433-7 220

Apelação Cível n. 2008.026465-3 224

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação Cível n. 2009.011763-2 227

Apelação Cível n. 2009.013530-0 235

Apelação Cível n. 2009.022749-0 247

Paschoal Carmello Leandro

Apelação Cível n. 2008.007308-3 252

Apelação Cível n. 2009.024871-7 255

Apelação Cível n. 2009.029656-7 262

Rêmolo Letteriello

Apelação Cível n. 2009.025228-0 268
Apelação Cível n. 2009.027956-1 271
Apelação Cível n. 2009.031513-5 274

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação Cível n. 2009.028985-4 277
Apelação Cível n. 2009.029216-7 285
Apelação Cível n. 2009.030225-5 288

Sérgio Fernandes Martins

Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2006.004344-8/0001-00 293
Apelação Cível n. 2006.014845-6 299
Apelação Cível n. 2008.015711-4 307

Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível n. 2009.024830-8 313
Apelação Cível n. 2009.025055-4 320
Apelação Cível n. 2009.026634-4 323

Tânia Garcia de Freitas Borges

Mandado de Segurança n. 2003.005213-5 329
Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2008.027022-3/0001-00 336
Habeas Data n. 2009.017857-5 343

Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível n. 2008.022117-2 348
Apelação Cível n. 2009.001422-6 352
Apelação Cível n. 2009.006328-1 356

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação Criminal n. 2008.034011-1 361

Habeas Corpus n. 2009.028743-4 366

Agravo Criminal n. 2009.031143-6 369

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação Criminal n. 2009.011142-7 372

Apelação Criminal n. 2009.020373-7 376

Apelação Criminal n. 2009.029541-7 380

Dorival Moreira dos Santos

Apelação Criminal n. 2009.024815-7 385

Recurso em Sentido Estrito n. 2009.029586-4 389

Apelação Criminal n. 2009.030223-1 393

João Batista da Costa Marques

Apelação Criminal n. 2009.013031-7 398

Apelação Criminal n. 2009.019865-6 404

Apelação Criminal n. 2009.020917-9 409

João Carlos Brandes Garcia

Mandado de Segurança n. 2009.015149-0 412

Revisão Criminal n. 2009.020224-7 417

Apelação Criminal n. 2009.023016-7 420

Manoel Mendes Carli

Habeas Corpus n. 2009.020438-2 424

Apelação Criminal n. 2009.025019-0 427

Apelação Criminal n. 2009.025835-4 433

Marilza Lúcia Fortes

Mandado de Segurança n. 2009.022723-2 441

Apelação Criminal n. 2009.023030-1 445

Habeas Corpus n. 2009.025495-4 447

Romero Osme Dias Lopes

Apelação Criminal n. 2009.022791-9.....453
Apelação Criminal n. 2009.022802-1.....463
Habeas Corpus n. 2009.026705-4.....470

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Adjudicação compulsória

Penhora. Não impedimento da transferência do imóvel. Manutenção do ônus. (2009.023069-3) 091

Ação anulatória

Auto de infração de trânsito. Restituição de valores. Tipificação errônea quanto à qualificação da via de tráfego. Multa inexigível. (2008.015711-4) 307

Compromisso de compra e venda celebrado após lavratura de escritura pública não registrada. Inadmissibilidade. Ausência de boa-fé. Objeto ilícito. Nulidade do compromisso de compra e venda. (2009.021431-4) 040

Partilha. Esposa do herdeiro. Ilegitimidade ativa. (2009.029216-7) 285

Ação civil pública

Improbidade administrativa. Ministério Público. Defesa do patrimônio. Legitimidade. Contratação de empresa para a realização de atividade fim da autarquia. Ausência de quadro de servidores. (2009.010801-1) 199

Ação declaratória

Pagamento de parcela. Cessão de crédito. Precatório judicial. Dação em pagamento. Ausência de anuência do credor. (2008.028582-2) 160

Ação demolitória

Ocupação de logradouro público sem prévia autorização. Indenização. Benfeitorias. Impossibilidade. (2008.003070-8) 179

Ação de cobrança

Cessão de crédito. Notificação do devedor. Art. 290 do CPC. Ineficácia da cessão. Extinção do processo. Carência da ação. Impossibilidade jurídica do pedido. (2007.008015-7) 165

Entidade filantrópica. ICMS. Energia elétrica. Imunidade tributária. Inexistência. (2006.014845-6) 299

Pensão-pecúlio. Policial militar excluído da corporação. Dependente. Ausência de direito adquirido. (2008.025704-3) 120

Servidor público municipal. Área de saúde. Plantões eventuais. Incidência dos reflexos sobre o 13º salário, férias e aposentadoria. Não previsão. Verba de caráter eventual. (2009.006328-1) 356

Ação de obrigação de fazer

Transferência escolar. Inadimplemento. Irrelevância. Lei n. 9.870/99. Acesso da documentação para a devida transferência. (2009.027956-1) 271

Ação monitória

Cheque. Prescrição. Prazo. Novo Código Civil.. Vigência. Termo Inicial. (2007.036750-9)..... 169

Ação reivindicatória

Autor e réu detentores de títulos aquisitivos. Preferência ao detentor de título anterior. Requisitos da reivindicatória afastados. Existência de vícios. Ônus da prova. (2009.011763-2) 227

Ação revisional

Contrato de financiamento. Juros remuneratórios. Capitalização de juros. Possibilidade. Comissão de permanência. Incidência. Período de inadimplência. Limite. (2008.027022-3/0001-00)..... 336

Acidente de trabalho

Indenização. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais e estéticos. Cumulação. Correção monetária. Termo inicial. Juros de mora. Art. 1º F da Lei n. 9.494/97. Inaplicabilidade. (2009.029656-7) 262

Acidente de trânsito

Indenização. Danos materiais. Lucros cessantes. Não comprovados. Danos morais. Cobertura contratual. Cumulação com danos estéticos. Responsabilidade solidária. Denunciação da seguradora. Improcedência. (2009.024830-8)..... 313

Alimentos

Exoneração. Maioridade. Necessidade. Desemprego. Não comprovação. (2009.019466-5)..... 100

Caderneta de poupança.

Cobrança. Correção monetária. Prescrição. Plano verão. IPC. Juros de mora. (2009.028059-5) 103

Cartão de crédito

Indenização. Danos morais. Perda. Furto. Compras fraudulentas. Demora da comunicação à administradora. Desídia da autora. Ausência de prejuízo. Mero aborrecimento.(2007.017433-7)..... 220

Cheque Prescrito

Ver ação monitória..... 169

Concurso público

Defensor Público substituto. Comprovação de prática jurídica. Admissão de estágio probatório realizado no âmbito da Defensoria Pública. Ofensa aos princípios da isonomia e da razoabilidade.(2009.022247-6) 205

Condomínio

Furto. Dano material. Convenção condominial. Ausência de cláusula. Indenização indevida. (2008.026465-3)..... 224

Contrato

Seguro. Sinistro que causou perda total. Indenização. Valor da cobertura do seguro. Cláusula contratual. Responsabilidade solidária. Teoria da aparência. (2008.021049-2) 185

Crédito rural

Securitização. Alongamento da dívida rural. Direito do devedor. Inadimplência. Depósito judicial de parcelas devidas. Litigância de má-fé. (2006.012790-2) 152

Danos materiais e morais

Indenização. Acidente de trânsito. Transporte coletivo de passageiros. Responsabilidade objetiva da transportadora por danos causados em passageiro. (2008.022117-2) 348

Danos materiais e morais

Indenização. Contrato de seguro. Recusa. Prejuízos de ordem moral. Quantum indenizatório.(2009.031513-5) 274

Indenização. Contrato de locação. Despejo do locatário. Ação entre locador e terceiro. Ausência de comunicação ao locatário. (2006.004088-2) 176

Embargos à execução

Meio ambiente. Termo de ajustamento de conduta (TAC). Não cumprimento pela municipalidade das obrigações assumidas. Execução de obrigação de fazer. Incidência de multa diária. Rejeição dos embargos. (2008.018296-6) 124

Embargos de terceiro

Aquisição do bem por instrumento particular em data anterior à própria execução. Compromisso de compra e venda. Ausência de registro no CRI. (2009.022749-0) 247

Alienação fiduciária. Venda do bem sem anuência do credor fiduciário. Anotação de gravame no certificado de propriedade do veículo. Litigância de má-fé. Inocorrência. (2009.025228-0) 268

Execução fiscal. IPTU. Dívida propter rem. Constrição. Imóvel. Arrematação em hasta pública pelo credor. (2007.004914-4) 216

Execução

Contrato de arrendamento de gado. Vaca-papel. Simulação. Desqualificação do documento como título executivo extrajudicial. Carência da ação de execução. (2009.011104-9) 076

Título extrajudicial. Subarrendamento rural. Admissibilidade de apreensão de coisa diversa. Nulidade da cláusula que fixa o preço em sacas de soja e não em dinheiro.(2009.008560-3) 034

Habeas data

Inadequação da via eleita. Pretensão da parte obter cópia integral das transcrições de sessões de julgamento. (2009.017857-5) 343

Honorários advocatícios

Ação declaratória. .Prorrogação de dívidas agrícolas. Desistência do processo. Concordância tácita do réu. Reconhecimento do pedido. Sucumbência. Ônus do réu. (2009.025055-4) 320

Indenização

Corte indevido no fornecimento de energia elétrica. Inexistência de débito. Danos morais. Dever de indenizar. Quantum indenizatório. (2009.026121-0) 195

Danos materiais. Acidente em rodovia estadual. Conduta omissiva do Estado. Ausência de sinalização indicativa dos buracos na rodovia. Causa do acidente. (2008.015196-1/0001-00) 061

Danos materiais. Acidente de trânsito. Viatura do corpo de bombeiros. Responsabilidade objetiva doEstado. Comprovação do nexo causal entre a conduta do preposto estata0l e o prejuízo ocasionado. Denunciação à lide do terceiro envolvido. Não-cabimento. (2009.001422-6) 352

Invasão de lavoura por gado proveniente de imóvel vizinho. Danos. Valor da indenização mantido. (2008.019042-0) 128

Dano moral. Desconto em folha de pagamento. Inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito. Quantum indenizatório. (2008.013163-9) 054

Danos morais. Exclusão do nome do devedor dos cadastro da Serasa. Comunicação prévia do consumidor. Ônus do órgão de restrição ao crédito. Dispensa do aviso de recebimento. (2009.030225-5) 288

Responsabilidade civil. Dentista. Danos materiais. Ressarcimento de valores. Tratamento odontológico inadequado. Provas conclusivas nos autos. (2008.021415-3) 133

Imposto

ICMS. Energia elétrica. Demanda contratada. Inexigibilidade. Incidência sobre a energia efetivamente consumida. (2008.019705-3**)** 096

ISSQN. Serviços cartorários. Impessoalidade do serviço. Não enquadramento dos serviços de cartórios ao conceito de natureza pessoal. Não incidência de base de cálculo diferenciada. (2009.002220-9) 026

ISS. Sociedade de advogados. Prestação de serviços de forma pessoal. Base de cálculo. Forma especial de tributação. Art. 9º, §3º do Decreto-Lei n. 406/68. Recolhimento do ISS pelo valor fixo.(2009.024871-7) 255

Inventário

Partilha. Lei n. 11.441/07. Art. 982 do CPC. Via administrativa. Opção da parte. (2009.024457-5) 173

Arrolamento. Emenda da inicial. Não juntada da prova da quitação dos tributos. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Princípio da efetividade do processo. (2009.021325-7) 085

Mandado de Segurança

Ato administrativo. Revogação. Concurso de promoção. Conselho Superior da Defensoria Pública. Presunção de legitimidade. Boa-fé. (2003.005213-5) 329

Apreensão de mercadorias. Pagamento ICMS garantido. Ordem concedida.(2008.014517-1) 114

Penhora

Embargos à arrematação. Bem de família. Inadmissível discussão após adjudicação do bem. Penhora sobre parte de imóvel pertencente a terceiro. Ilegitimidade do embargante. (2009.013530-0) 235

Pensão por morte

Restabelecimento de pensão. Viúva. Vereador falecido no exercício do mandato. Lei orgânica municipal. Inconstitucionalidade. Reserva de plenário. Sobrestamento do feito para exame da questão pelo Órgão Especial. (2003.012621-0) 109

Plano de saúde

Ressarcimento de despesas com tratamento médico. Consulta em médico não credenciado. Possibilidade. Tabela de honorários da operadora de plano de saúde. (2008.022381-5) 068

Reparação de danos

Alienação de veículo. Arrematação. Preço vil. (2009.026839-3) 182

Rescisão de contrato

Exclusividade de venda de combustível. Cláusula contratual. Onerosidade excessiva. Ausência de provas. Multa compensatória. Pacta sunt servanda. Pagamento. Aluguel de equipamentos. (2006.011803-7) 144

Venda de veículo alienado fiduciariamente. Ausência de anuência do alienante. Contrato quitado logo após a transação e antes do ajuizamento da rescisão. (2009.025644-6) 212

Responsabilidade civil

Hospital. Atendimento prestado pelo médico-plantonista. Inadequado. Óbito do paciente. Negligência. Nexo causal. Aplicação da teoria da perda da chance. Indenização devida. (2006.004344-8/0001-00)..... 293

Município. Indenização. Danos morais, materiais e estéticos. Aluno atingido por projétil fora das dependências da escola pública. Ausência de nexo de causalidade. (2009.028985-4) 277

Indenização. Lavoura destruída por animais. Culpa presumida. (2008.007308-3) 252

Seguro de vida

Ação de cobrança. Invalidez permanente. Epilepsia. Enfermidade cabalmente demonstrada nos autos. Prescrição. Não ocorrência. (2009.026634-4) 323

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Abigeato

Ver furto de gado 380

Apelação criminal

Pena-base. Exasperação com base em ações penais em andamento. Conduta social negativa. Impossibilidade. (2009.023016-7) 420

Atentado violento ao pudor

Menor de 14 anos. Suposto consentimento. Presunção absoluta de violência. Pena-base. Abrandamento abaixo do mínimo legal. Princípio da reserva legal. Causa de aumento do art. 226, II, do CP. Crime continuado. Aplicação da modalidade mais gravosa. (2008.034011-1) 361

Crime ambiental

Suspensão condicional do processo. Reparação do dano não comprovada. Extinção da punibilidade. Impossibilidade. (2009.029586-4) 389

Crime contra a ordem tributária

Absolvição sumária. Ministério Público. Condenação. Impossibilidade. Fato não constitui crime. Infração administrativa. (2009.023030-1) 445

Crime de dano qualificado

Sentença absolutória. Recurso ministerial. Pretendida condenação. Impossibilidade. Preso que serrou as grades da cela com intuito de fugir da prisão. Ausência de *animus nocendi*. (2009.022802-1) 463

Crime de falsidade de documento

Carteira de trabalho. Cartão de visita. Uso. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. (2009.020917-9) 409

Posse. Concurso público. Inquérito policial e denúncia equivocados. Histórico escolar. Ausência de perícia grafotécnica. Certificado de conclusão de curso. Inexistente. (2009.025019-0) 427

Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA

Venda de bebida alcoólica a menores. Desclassificação para contravenção penal. Prescrição. Extinção da punibilidade. (2009.019865-6) 404

Falsidade ideológica

Omissão sobre fundamento da absolvição. Uso de documento falso. Princípio da correlação entre denúncia e sentença. (2009.020373-7) 376

Furto de gado

Abigeato. Causa de aumento. Repouso noturno. Princípio da correlação entre denúncia e sentença. Pena-base. Princípio da proporcionalidade. Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.(2009.029541-7) 380

Habeas corpus

Calúnia, injúria e difamação. Carta precatória. Ato emanado de magistrado de outra unidade da federação. Incompetência deste tribunal. Não conhecido. (2009.026705-4) 470

Vias de fato. Âmbito doméstico. Ação pública incondicionada. Representação da vítima. Dispensabilidade. (2009.028743-4) 366

Crime militar. Salvo conduto. Revogação do Sursis. Ausência de ameaça concreta. Ordem denegada. (2009.020438-2) 424

Homicídio culposo

Acidente de trânsito. Menor não habilitada. Proprietário do veículo. Suspensão da habilitação. (2009.030223-1) 393

Homicídio privilegiado

Pena-base. Aumento justificado. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Causa de diminuição da pena. Discricionariedade do magistrado. (2009.025835-4) 433

Lavagem de dinheiro

Prevaricação. Falsidade ideológica. Vereador. Indícios insuficientes para a condenação. Fragilidade do conjunto probatório. (2009.011142-7) 372

Mandado de Segurança

Defesa de indígena. Capacidade postulatória. Intervenção da Funai. Ofensa a direito líquido e certo da impetrante. Reconhecimento. (2009.015149-0) 412

Restituição de veículo. Tráfico de entorpecente. Depreciação do bem em razão das condições de acondicionamento. Ordem concedida. (2009.022723-2) 441

Prevaricação

Autoridade policial. Absolvição. Inconformismo do Ministério Público. Ausência de lavratura de autos de prisão em flagrante. Denúncia. Inépcia. (2009.024815-7) 385

Prisão preventiva

Furto qualificado. Tentativa. Liberdade provisória. Indeferimento. Ausência da pressupostos da prisão cautelar. Comprovação das condições pessoais. Constrangimento ilegal. (2009.025495-4) 447

Progressão de regime

Falta grave. Interrupção do prazo. Legitimidade. (2009.031143-6) 369

Revisão criminal

Requerente condenado duas vezes pelo mesmo fato criminoso. Ofensa à coisa julgada. Nulidade do último processo em relação à primeira condenação. Deferido. (2009.020224-7) 417

Roubo qualificado

Confissão espontânea. Retratação em juízo. Incidência como atenuante. Arma de fogo. Ausência de apreensão e exame pericial. Desnecessidade. (2009.013031-7) 398

Tráfico de entorpecentes

Delação premiada. Impossibilidade. Confissão espontânea . Menoridade. Inviabilidade. Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Tráfico privilegiado. Regime de cumprimento de pena. (2009.022791-9) 453