Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 31 – n. 176
Abril a Junho de 2010





Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 31 - n. 176 - Abril-Junho de 2010

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 31, n. 176

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

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

Revista trimestral de jurisprudência [*on-line*]. -- n. 171 (2009)- . -- Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2009 - .

Trimestral
Continuação de: Revista trimestral de jurisprudência. – n. 1 (1979) – n. 170. (2009).
ISSN 2177-6040

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

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. 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

História e Direito: um ensaio interdisciplinar sobre o surgimento da norma jurídica. João Carlos Brandes Garcia e Luiza Vieira Sá de Figueiredo. 007

Da relevante função do juiz e da relevância de sua formação profissional. Dagma Paulino dos Reis 021

Jurisprudência Cível 025

Jurisprudência Criminal 427

Noticiário

XV ENAPA - Encontro Nacional de Apoio à Adoção....523

Serventias Extrajudiciais de MS poderão lavrar Escritura de União Homoafetiva 524

Projeto Padrinho completa dez anos de existência em MS 525

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 527

Jurisprudência Criminal 530

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 532

Jurisprudência Criminal 537

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



HISTÓRIA E DIREITO: UM ENSAIO INTERDISCIPLINAR SOBRE O SURGIMENTO DA NORMA JURÍDICA

João Carlos Brandes Garcia
Desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

Luiza Vieira Sá de Figueiredo
Juíza substituta do Tribunal de Justiça do Pará e ex-servidora do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Prolegômenos: uma questão de comunicação. 3. O lema: um estágio normativo. 4. As ordens do dia. 5. A lei federal. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No passado, os navegantes utilizaram a bússola e o sextante como instrumentos para se guiarem nas grandes jornadas empreendidas na imensidão do oceano. Seguiam, outrossim, as indicações dos "Deuses", da "intuição", da "sorte", na descoberta de terras novas e espaços inexplorados.

Hoje, a Ciência, enquanto "corpo de conhecimentos sistematizados que, adquiridos via observação, identificação, pesquisa e explicação de determinadas categorias de fenômenos e fatos são formulados metódica e racionalmente"[1], nos oferece ferramentas muito mais apropriadas ao desenvolvimento da inteligência e do saber. Na posse dessas, seguem os pesquisadores, navegantes dos dias atuais, com a mesma impetuosidade dos exploradores de outrora, em busca, senão do inexplorado, ao menos, do aperfeiçoamento das técnicas e métodos que já fazem parte do mundo acadêmico.

Um exemplo desse tipo de ferramenta que se está a falar são duas publicações da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), criada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e em funcionamento junto ao Superior Tribunal de Justiça, que trazem reflexões em torno da preocupação com o saber metodológico e hermenêutico, especificamente na Magistratura e no Poder Judiciário, em razão de sua missão constitucional de regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e a promoção na magistratura de carreira.

A primeira delas, sob o título "Bibliografia Básica para Ensino e Pesquisa nas Escolas de Magistratura" traz um acervo com a referência de mais de cinco mil itens, agregando, como o próprio nome sugere, uma bibliografia básica para o ensino e a pesquisa nas escolas de magistratura. Sob a coordenação científica do pesquisador Dr. Darcy Closs, oferece um ponto de partida para pesquisadores que pretendam fomentar discussões sobre temas relacionados à magistratura, ao judiciário e às escolas judiciais de modo a contribuir, por trabalhos científicos, com o aprimoramento institucional. Trata-se de sugestão básica que, muito antes de engessar as pesquisas, concentra esforços para que, partindo de um ponto de interesse comum, cientistas do direito e de outras ciências humanas possam projetar suas perspectivas em contínuo e profícuo intercâmbio.

A segunda, por sua vez, intitulada "*Subsídios para a Integração do Ensino e Pesquisa das Escolas de Magistratura e as Instituições de Ensino Superior*" faz um levantamento nas agências governamentais de fomento à pesquisa (Capes e CNPq) e apresenta o estágio atual de estudos desenvolvidos por grupos de pesquisa das instituições de ensino superior em cursos de mestrado e doutorado, recomendados por essas agências, envolvendo temas relacionados à área do Direito e algumas ciências sociais correlatas, com repercussão também sobre o Poder Judiciário.

1 Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.

Cientes de que o trabalho de formação de um pesquisador teve início muito antes da outorga de um diploma, as publicações da Enfam também denotam preocupação com o ensino jurídico no país, haja vista o magistrado não operar sozinho no Judiciário, enquanto poder, cuja função precípua é prestar a jurisdição, porquanto essa é inerte e deve ser movimentada pelos demais operadores do direito para que o juiz possa, enfim, entregar a tão esperada tutela jurisdicional.

Nessa mesma toada está a recente Resolução n. 75, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário e traz novas balizas a conduzirem o certame.

O ingresso na carreira far-se-á mediante "concurso público de provas e títulos", como dispõe o artigo 93, I, da Constituição Federal.

Provas e títulos. A conjunção aditiva "e" revela que as provas e os títulos são duas faces da mesma moeda, que devem colher igual atenção do candidato ao concurso da magistratura. Se, por um lado, o estudo doutrinário para as várias etapas de provas demanda tempo e maturação, a aquisição dos títulos também. Esses podem ser divididos, com base na resolução, em três espécies: acadêmicos (mestrado, doutorado, publicações, etc.); profissionais (exercício de judicatura e magistério, por exemplo); e aprovação em outros concursos.

Tudo isso dito, o que a resolução denota e o que se pretende por ora destacar, é a preocupação com a formação humana do aspirante a juiz. Visa a orientar os atos dos pretendentes à carreira da magistratura, colacionando uma relação mínima de disciplinas, tanto para as questões objetivas e discursivas, como também complementa estas com as matérias institucionais (ética e estatuto jurídico da magistratura nacional) e as disciplinas assim chamadas de formação humanística (sociologia do direito, psicologia judiciária, filosofia do direito, teoria geral do direito e da política). É nesse ponto que a Enfam e o CNJ se mostram como norteadores.

E, como trazíamos já alguns materiais históricos guardados de trabalhos anteriormente desenvolvidos, vimos nesta parceria dialética, a oportunidade de oferecer reflexões sobre a *norma jurídica*, em um enfoque embasado nas Ciências Humanas e Sociais, categoria na qual inserimos a Ciência do Direito, àqueles que por este novo paradigma de ensino e pesquisa se interessarem. Passemos a elas.

2 PROLEGÔMENOS: UMA QUESTÃO DE COMUNICAÇÃO

Para situar o leitor nas considerações acima referidas, mister se faz rememorar um fragmento da História do Brasil, em corte cronológico estabelecido em período que vai de meados do século XIX ao início do século XX.

Em dezembro de 1864, o Brasil admitiu, perplexo, a invasão de seu território pelas forças paraguaias. As províncias de Mato Grosso e Rio Grande do Sul foram tomadas, respectivamente, por expedições de cerca de três e onze mil homens. Nenhuma das duas províncias se prevenira contra a agressão. Os invasores chegaram, de um lado pelo Forte Coimbra até Corumbá e, do outro, por Corrientes (Argentina) até Uruguaiana, levando de vencida a frágil resistência local. Verificava-se, diante da amarga realidade experimentada, que "*as fronteiras meridionais de Mato Grosso não se ligavam aos centros de povoamento por estradas, que lhes levassem facilmente o socorro das guarnições do norte, e tudo era desconhecido naquelas regiões alagadiças, onde corriam os rios Apa e Miranda.*"[2]

2 CALMON, Pedro. **História da Civilização Brasileira.** 2. ed. São Paulo: Brasiliana/Cia Editora Nacional, 1935. p. 189.

Historiadores relatam com precisão que a expedição que partira de São Paulo, para cortar o caminho aos paraguaios, foi vencida pela peste, pela fome, pela fadiga e retirou-se para Cuiabá – fato conhecido como A Retirada da Laguna – vítima da imprecisão dos conhecimentos geográficos.[3]

O fato levou o Brasil ao combate com o país vizinho, Paraguai, na chamada Guerra da Tríplice Aliança. Sem querer abarcar as discussões historiográficas em torno das hipóteses levantadas para explicar as reais intenções que animavam os dirigentes dos países envolvidos na guerra (Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai), o fato é que dentre as consequências da invasão ao território brasileiro, no auxílio das reflexões deste ensaio, está o investimento por parte do Governo Brasileiro em comunicações, especificamente, a telegráfica, entre o centro-norte do país e a capital federal, localizada à época no litoral do sudeste brasileiro.

O telégrafo elétrico fora incorporado à realidade brasileira em meados do século XIX, inicialmente como forma de comunicação estratégica entre altas autoridades da Corte, mas posteriormente estendido à população em geral como "uma tecnologia engenhosa capaz de transportar o pensamento humano através do ar, por meio da eletricidade;" um invento técnico que "prometia encolher o mundo e transportar mensagens através de continentes e oceanos."[4] Pelos fios do telégrafo, "as idéias poderiam circular rapidamente pelos lugares mais distantes impulsionadas pelo fluído elétrico."[5] A comunicação que o telégrafo permitira representava, pois, a integração do Brasil a um sistema universal da "civilização"; representava o progresso, o avanço tecnológico que aproximava o Brasil dos países "desenvolvidos" e "progressistas". Segundo Laura Antunes Maciel, "já era possível inserir o Brasil entre os países civilizados detentores de uma moderna tecnologia de informação."[6]

Em 1855 as linhas telegráficas ligavam apenas órgãos governamentais no Rio de Janeiro, Niterói e Petrópolis. Com a Guerra do Paraguai, a extensão da linha avançou pelo sul do país, na fronteira com Argentina e Uruguai. A costa litorânea, já povoada, foi sendo aos poucos integrada na rede telegráfica: Vitória em 1874, Paraíba em 1875, Natal em 1878, Fortaleza em 1881, Belém em 1886. No interior, uma *Comissão Construtora de Linhas Telegráficas* fora criada pelo governo monárquico com o objetivo de ligar através do telégrafo as cidades de Franca (SP), Uberaba (MG) e Cuiabá (MT), passando pelo Estado de Goiás.

A linha telegráfica já havia passado por Uberaba quando fora proclamada a República em 1889, somando um total de 18.925 quilômetros de linhas em comunicação inclusive com a Europa, por um cabo submarino construído em 1874. O Governo republicano deu prosseguimento ao projeto de expansão do telégrafo iniciado pelo Império, de modo a estabelecer a ligação das comunicações ao longo de todo o território nacional.

Especificamente no centro-oeste e norte brasileiro, as chamadas *linhas telegráficas estratégicas* foram pensadas e idealizadas como uma forma adequada de não apenas tornar estes centros distantes "comunicáveis", de modo que uma invasão inimiga pudesse ser de pronto conhecida e combatida, como também promover o desenvolvimento destas regiões com a povoação dos grandes espaços desocupados.

O major do Exército e engenheiro Antônio Ernesto Gomes Carneiro, que fora ajudante do Coronel Ewerton Quadros, comandante da primeira comissão telegráfica formada no Império, foi quem comandou a comissão criada sob o novo regime constitucional. Após a conclusão do trecho Uberaba-Araguaia, impossibilitado de demandar o oeste brasileiro por causa de compromissos familiares, Gomes Carneiro indicou o nome de um jovem engenheiro, ainda aspirante e que fora seu ajudante nessa primeira comissão republicana, para, segundo ele, substituí-lo em tão exaustiva missão.

3 *Idem, ibidem.*

4 MACIEL, Laura Antunes. Cultura e Tecnologia: a constituição do serviço telegráfico no Brasil. **Revista Brasileira de História**, v. 21, n. 41. Associação Nacional de História. São Paulo: Brasil, p. 127/144.

5 *Idem, ibidem.*

6 *Idem, ibidem.*

Tratava-se de Cândido Mariano da Silva Rondon, natural do Estado de Mato Grosso, onde a nova comissão iria atuar.[7] Da sua experiência recolhida no labor do dia a dia, Rondon absorveu a disciplina austera e o lema que mais tarde seria decisivo nos seus destinos: "*morrer se preciso for; matar, nunca*". Lema esse que fora inspirado na conduta e postura externada por Gomes Carneiro e presenciada por Rondon quando ainda incipiente sua longa carreira militar. Era 1º tenente, recém formado pela Escola Militar e pela Escola Superior de Guerra.

Esse lema, do qual claramente se extrai uma norma – *não matarás* – foi, ao longo de vinte anos de trabalho de implementação de linhas telegráficas pelo então inóspito e desconhecido interior do país, ganhando forma, força, agregando valor e culminou com a publicação de uma lei federal. Tema esse, que será o foco do presente ensaio.

Uma missão militar cujo objetivo era, inicialmente, levantar postes e esticar fios para viabilizar a comunicação telegráfica das regiões mais afastadas da capital da República, acabou por transformar o uso de uma lei natural, externada sob a forma de um lema pessoal, em algo que só a argúcia e o tirocínio do cientista do direito são capazes de observar. E o chefe dessa missão militar, Candido Mariano da Silva Rondon, por seus atos mostrou um profundo senso intuitivo de Direito e de Justiça.

Foram três as Comissões telegráficas instituídas pelo Governo Republicano de que Cândido Rondon participou: a Comissão Construtora de Linha Telegráfica de Cuiabá ao Araguaia (1890 a 1898); a Comissão Construtora de Linha Telegráfica do Estado de Mato Grosso (1900 a 1906); e a Comissão Construtora de Linha Telegráfica Estratégica de Mato Grosso ao Amazonas (1907 a 1915), que operaram na região oeste e noroeste do país, nos Estados de Goiás, Mato Grosso, Amazonas e no então Território do Acre.

3 O LEMA: UM ESTAGIO NORMATIVO

A Comissão Construtora de Linha Telegráfica de Cuiabá ao Araguaia partiu da capital federal no ano de 1890 rumo ao interior de Mato Grosso. Cândido Rondon era auxiliar direto do major Gomes Carneiro, comandante da Comissão, e após longa e fastidiosa viagem, a Comissão assentou acampamento para dar início aos trabalhos de abertura da picada, levantamento de postes e esticamento de fios de telégrafos. Trabalho este que se tornaria repetitivo e que caracterizaria esta *repartição pública itinerante*.[8]

Gomes Carneiro detinha uma convicção pessoal sobre os índios que habitavam a região: estavam em seu legítimo território e lídimo direito de usufruir da terra e do que ela lhes oferecia e por isso deveriam ser respeitados por quem quer que ali chegasse. Esse entendimento era, certamente, diferente do externado pelos fazendeiros locais e forasteiros que se dirigiam àquelas regiões em busca de terras e riquezas fáceis, apossando-se do que pela frente encontrassem e destruindo tudo e todos que representavam um empecilho para tal intento. Não se pode perder de vista que a presença do Estado central naquela região era praticamente nula. O Estado de Direito, conforme o conhecemos, somente bem mais tarde, e gradativamente, se materializaria naquelas paragens.

7 Cândido Mariano da Silva nasceu em 05 de maio de 1865 em Mimoso, distrito do município de Santo Antônio de Leverger, na então província de Mato Grosso. Em 1881, aos 16 anos de idade, completou o curso normal no Liceu Cuiabano. Planejara assentar praça para poder ir estudar na Escola Militar na cidade do Rio de Janeiro. Chegou ao Rio de Janeiro em 31 de dezembro de 1881; concluiu o curso preparatório em 1883, ingressando no curso superior em 1884. Como cadete da Escola Militar, participou ativamente do movimento de Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, ao lado de Benjamin Constant Botelho de Magalhães. Desligou-se na Escola Superior de Guerra em 8 de janeiro de 1890, recebendo o título de Engenheiro militar e o diploma de Bacharel em Matemática e Ciências Físicas e Naturais. No período de 1900 a 1906, Rondon comandou a Comissão Construtora de Linha Telegráfica do Estado de Mato Grosso. Em 1907, no posto de Major do Corpo de Engenheiros Militares e apenas poucos meses após a conclusão dos trabalhos da Comissão Construtora de Linha Telegráfica do Estado de Mato Grosso, Cândido Rondon foi nomeado chefe da Comissão Construtora de Linha Telegráfica do Mato Grosso ao Amazonas, que ligaria Cuiabá a Santo Antônio do Madeira, a primeira Comissão a alcançar a região amazônica. Os trabalhos da Comissão desenvolveram-se de 1907 a 1915. Essa Comissão ganhou caráter científico, o que tomou maiores proporções em razão da diversidade natural da região amazônica. A Comissão realizou diversas expedições com o objetivo de explorar rios, fauna e flora da região. Uma dessas expedições teve como integrante o ex-presidente dos Estados Unidos da América, Theodore Roosevelt.

8 Para detalhes acerca da "repartição pública itinerante" vide a tese de doutoramento **Rondon: o agente público e político**. FFLCH/USP, 2009..

Nesse contexto, Gomes Carneiro, enquanto representante do Governo Central naqueles rincões, baixou determinações para que os índios não fossem hostilizados. Segundo narra Rondon:

> Gomes Carneiro se revelou o grande conhecedor do problema indígena, o nobre defensor dos donos das terras que atravessávamos, nossos irmãos das selvas. Proibiu, terminantemente, **em cartazes que mandou afixar ao longo da linha**, que neles se atirasse, ainda que fosse para os assustar. "Quem agora em diante, tentar matar ou afugentar os índios de suas legítimas terras, terá de responder, por esse ato, perante a chefia desta comissão.[9]

Na passagem destacada, observa-se que as ordens de Gomes Carneiro foram "publicadas" em cartazes espalhados pela região em que a Comissão estava atuando. Mas, paralelamente a isso, na capital da República, publicava-se oficialmente o *Decreto n. 572*, de 12 de julho de 1890, apontado pelos estudiosos do Direito Administrativo como o marco inicial do princípio da publicidade no Brasil.

O mencionado decreto fixava o momento em que começava a obrigatoriedade das leis da União e dos decretos do Governo Federal. Insere-se em um contexto de mudança extrema: pouco após a proclamação da República e, portanto, em decorrência da alteração da forma de governo do Estado brasileiro. Isso porque, com o novo sistema político, não bastava que as mudanças empreendidas pelo Governo Provisório ocorressem apenas na capital federal e nos pólos centrais do poder. Era indispensável que essas alterações estruturais, que se davam justamente mediante leis e decretos, chegassem a todos os pontos do país, de modo a atingir a integralidade do território brasileiro.

O preâmbulo do *Decreto n. 572* traz informações importantes acerca das razões que levaram o Governo a editá-lo: "*a necessidade urgente de determinar o momento em que começava a obrigatoriedade das leis e decretos com força de lei decorria das conseqüências que advém da publicação de uma lei, qual seja, suas disposições tornam-se de cumprimento obrigatório para todos os membros da sociedade"*. As conseqüências de tal decreto para os indígenas, que falavam mais de 180 dialetos àquela época, não foram devidamente dimensionadas pelos dirigentes políticos do país. Mesmo passados 26 anos da edição deste decreto, ainda vamos encontrar desinteresse estatal em torno da questão, como se infere do comentário de Clóvis Bevilacqua, que se referindo aos índios quando da edição do Código Civil de 1916 asseverou: "*por ser estranho ao grêmio da civilização que o Código Civil representa, não tem nele lugar, devendo alojar-se na legislação especial.*"[10]

A experiência de cerca de um ano trabalhando ao lado de Gomes Carneiro moldaria algumas concepções de Rondon sobre o serviço militar e sobre o trato que a Comissão deveria ter com os índios. Em outro episódio ainda na Comissão Telegráfica de Cuiabá ao Araguaia, Gomes Carneiro, com receio de um ataque indígena, determinou que os membros da comissão levantassem acampamento, ainda à noite, para evitar qualquer confronto. Tal atitude seria o marco inicial de uma postura adotada por Rondon ao longo de toda sua vida e atuação profissional. Segundo ele:

> A resolução do chefe de evitar luta com os índios, para não parecer que éramos invasores de suas terras e desrespeitadores de sua vida e propriedade, calou profundamente em meu espírito, **consolidando a lição recebida anteriormente, pelas ordens que fizera circular, através do sertão, proibindo terminantemente que se hostilizassem os índios habitantes da região em que íamos operar**.[11]

Rondon adotou, então, o entendimento de Gomes Carneiro e arrogou para si um *lema* quando assumiu o posto de Chefe do Distrito Telegráfico de Mato Grosso, ainda no âmbito da Comissão Construtora de Linhas Telegráficas de Cuiabá ao Araguaia:

9 VIVEIROS, Esther de. **Rondon conta sua vida**. p. 65.

10 SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 38.

11 VIVEIROS, Esther de. **Rondon Conta sua Vida**. p. 77.

> Já havia sido feita a ligação da linha, vinda de Uberaba, à margem esquerda do Araguaia. Havia, assim, comunicação direta com o Rio – e, por essa via, foram feitas as transmissões. Eram contínuos os trabalhos de conservação da linha telegráfica. [...] Desdobrava-me eu em faina incessante, em permanente vigilância por todo o sertão do Leste, a fim de manter as linhas em comunicação com o Rio e Goiás. Cumpria, além disso, verificar se inspetores e guarda fios estavam à postos. Era assim forçado a freqüentes viagens. Nessa luta constante, em estudos para a reconstrução da linha, passaram-se os anos de 1892 e 1893. Só então pode ser reiniciada a reconstrução e **fui, desde logo, estabelecendo o lema que nortearia todo o meu trabalho no sertão, em relação a nossos irmãos os índios: *morrer, se necessário for; matar, nunca***. [12]

Entrementes, oportunas as reflexões de Miguel Reale e Francesco Carnelutti em torno do que a Ciência do Direito apreende do chamado objeto. "*Objeto (de ob e jectum) é aquilo que jaz perante nós, aquilo que se põe diante de nós*."[13] O que era o objeto de atenção para as Comissões, senão postes e fios. O elemento que gradativamente ousou captar a atenção tanto de Gomes Carneiro quanto de Cândido Rondon era o elemento "*alheio ao grêmio da civilização*": o índio. Ainda segundo Reale, "*conhecer é trazer para o sujeito algo que se põe como objeto*"[14], mas o ser humano não pode conhecer toda a realidade em si mesma, porquanto percebe o que está diante de si, através do que lhe chega pelos seus sentidos.

Para Carnelutti, o que jaz diante do homem é o mundo. "*Mas o mundo é exagerado para poder vê-lo*"[15], afirma o filósofo, e conclui com uma brilhante comparação: *"os sentidos do homem se parecem a janelas de uma casa, onde o mundo inteiro não pode penetrar. O quadro que se apresenta diante da janela: eis aí o objeto*."[16] Podemos afirmar, então, que, se por um lado, o conhecimento é próprio do homem, por outro, nem todos os homens conhecem da mesma forma, e o mesmo homem pode conhecer o mesmo objeto de maneira diversa, em momentos diversos.[17]

Foi justamente isso que ocorreu com Gomes Carneiro no sertão. Tivera o foco de sua atenção reclamado pela presença habitual dos indígenas na região em que a comissão operava. E, diante do fato concreto a solicitar fraternidade no trato social, sentiu-se responsável por uma regulamentação que equilibrasse as forças díspares existentes entre as partes. Entendeu-se, então, os motivos que levaram Gomes Carneiro a afixar cartazes em um modelo de publicidade peculiar à realidade daquela região àquele determinado momento.

Cumpre notar que a *norma* de Gomes Carneiro externava unicamente um preceito primário, pois a sanção não era divulgada: "*Quem agora em diante, tentar matar ou afugentar os índios de suas legítimas terras, terá de responder, por esse ato, perante a chefia desta comissão*."[18] Da mesma forma que o "civilizado" pretendia valer-se de suposta superioridade que acreditava possuir, o mesmo fazia Gomes Cerneiro, acreditando na força do Estado e na autoridade de que fora investido como chefe da Comissão Construtora de Linhas Telegráficas de Cuiabá ao Araguaia.

Documentos históricos deixam claro que o trato entre "civilizados" e índios, fora sempre a "ferro e fogo", literalmente: o ferro das balas de armamento mecânico e o fogo a incendiar aldeias e espalhar destruição. Joaquim Gondin, inspetor do Serviço de Proteção ao Índio, em relatório apresentado àquele serviço, já em 1925, ao discorrer sobre os conflitos armados que outrora dizimaram índios Parintins, na região amazônica, rememora lúcida frase de Barbosa Rodrigues: "*a vingança do índio é tida muitas vezes por crime, quando não é mais que a desafronta da ofensa que ficou impune*."[19]

12 VIVEIROS, Esther de. **Rondon conta sua vida**. p. 107.

13 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 53.

14 *Idem, ibidem.*

15 CARNELUTTI, Francesco. **A arte do Direito.** 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 36.

16 *Idem, ibidem.*

17 REALE, Miguel. *Op. cit.*

18 VIVEIROS, Esther de. **Rondon conta sua vida**. p. 65.

19 GONDIM, Joaquim. **Pacificação dos Parintins**. Inspetoria do Serviço de Proteção aos Índios do Amazonas. Comissão Rondon. Publicação n. 87, 1925, p. 7.

Quando não era vista como crime, a reação indígena à invasão de suas terras e extermínio de sua gente era considerada como característica incorrigível e inerente a "povos bárbaros". Não raro, esse conflito esteve institucionalizado, ou seja, eram as próprias autoridades que, através de atos normativos, permitiam e insuflavam guerras contra os índios. É o que se extrai, por exemplo, da Carta Régia de 5/11/1808, na qual o príncipe regente, ao discorrer sobre o abandono em que se encontravam os campos gerais de Curitiba e Guarapuava, na então capitania de São Paulo, por estarem "infestados pelos índios denominados Bugres, que matam cruelmente todos os fazendeiros e proprietários que têm procurado tomar sesmarias e cultivá-las em benefício do Estado", declara guerra contra "esses bárbaros índios", e faz determinações ao governador e capitão general da capitania para que organize milicianos e se armem contra eles.[20]

Nesse aspecto, Gomes Carneiro lançou um novo olhar sobre a questão, ao externar a percepção de que os índios estavam em seu território e os membros da Comissão é que eram "invasores", daí a proibição ao ataque àqueles que, para ele, eram lídimos possuidores daquelas terras.

4 AS ORDENS DO DIA

Francesco Carnelutti afirma que *"o Direito é um substituto da liberdade e por isso os homens devem procurar no Direito, na medida da substituição, o mesmo bem da liberdade, que é a paz."*[21] Na sociedade pré-direito, temos o império da liberdade, mas o Direito com a sua força regulatória retira um pouquinho da liberdade de cada um e impõe à sociedade a paz do império das leis. Em outras palavras, o Estado se apodera da liberdade (natural) de cada indivíduo para, em nome do poder constituído, restituí-la com a alcunha de paz. Não a paz originária, filha da liberdade, mas a paz possível e instituída pelo Direito.

O que vimos nos parágrafos anteriores foi o estabelecimento da paz possível nos conflitos entre os chamados "civilizados" e aqueles outros que assim não eram vistos, mediante a imposição, para os primeiros, de norma de conduta, afinal, a publicidade atingia diretamente ao que *lia* os cartazes afixados ao longo da linha telegráfica.

A percepção de Gomes Carneiro de que os índios eram os legítimos habitantes da região em que a Comissão Telegráfica estava operando e que por isso deveriam ser respeitados foi igualmente abraçada por Cândido Rondon. Com efeito, a *norma* é um comando, produto de um ato de vontade, que obriga, permite ou proíbe um determinado comportamento (são os modais deônticos da norma). A proibição de atacar índios, a *norma* criada por Gomes Carneiro, foi consagrada por Cândido Rondon como um *lema*, e ele a colocaria em prática e aperfeiçoaria seu comando. Mas, talvez porque naqueles tempos o conflito sempre se resolvesse com a pena máxima em torno da vida e da morte, o *lema* era breve e objetivo: *morrer sim; matar, nunca*. O lema proibia o homicídio, ainda que em suposta legítima defesa.

Rondon, que havia participado da Comissão Construtora de Linhas Telegráficas de Cuiabá ao Araguaia sob orientação de Gomes Carneiro no período de 1890 a 1891, deu continuidade aos trabalhos de construção da linha no período de 1892 a 1898 e em 1900 assumiu o comando da Comissão Construtora de Linhas Telegráficas do Estado de Mato Grosso, comissão essa cujos trabalhos perduraram até dezembro de 1906. Na seqüência, em fevereiro de 1907, ele foi nomeado chefe da Comissão Construtora de Linhas Telegráficas Estratégicas do Mato Grosso ao Amazonas. Mais de 15 anos de labor praticamente ininterruptos no sertão havia se passado até que a eloqüência das relações sociais reclamasse uma vez mais a força normativa do Direito.

Embora ao longo das atividades desenvolvidas nas *Comissões* que foram levadas a efeito no período de 1892 a 1906 Rondon tenha tido contato permanente com tribos indígenas que habitavam a região, foi somente

20 Brasil. Republica Federativa. **Coleção das Leis do Brasil de 1808**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.
21 *Op. cit.* p. 73.

na *Comissão de Mato Grosso ao Amazonas* que esse contato se deu de forma mais contundente. Isso porque na região sul do então Estado de Mato Grosso, embora pouco populosa, já havia núcleos esparsos de povoamento, com vilas e pequenas cidades estabelecidas.

Não obstante, os conflitos entre índios e fazendeiros, nesse período, foram noticiados por Cândido Rondon em seus relatórios oficiais. Rondon, contudo, apenas tomava conhecimento das ocorrências havidas entre índios e fazendeiros e tentava intervir mediante comunicados às autoridades locais e pedidos de providências legais. Eis uma dessas passagens:

> [...] havia eu envidado esforços para que não prosseguissem as lutas entre os fazendeiros e os índios, correspondendo-me com um daqueles e com o
>
> Presidente do Estado. [...] Tão logo tive notícia do primeiro ataque que projetavam contra eles, escrevi uma carta ao Coronel José Alves Ribeiro como fazendeiro mais inteligente da zona, pedindo-lhe que evitasse a carnificina que projetavam contra os índios. Respondeu-me evasivamente, afirmando-me, entretanto, que de forma alguma consentiria em que os matassem. Dizia-me ser intenção dos fazendeiros apenas afugentá-los. No entanto, passado algum tempo confirmou-se a notícia que eu tivera. Foram os índios atacados e mortos pelos fazendeiros [...] Certo do barbarismo praticado, por telegrama apresentei denúncia ao Presidente do Estado, protestando contra o canibalismo dos fazendeiros e pedindo providências para evitar a sua reprodução. Apesar da resposta favorável que me deu o Presidente, reproduziu-se a mesma cena seis meses depois e pelos mesmos indivíduos.[22]

Ocorre que a partir de 1907 a *Comissão Telegráfica* por ele comandada operaria em plena selva amazônica, local inóspito e habitado somente por tribos indígenas, muitas delas ainda sem qualquer contato com núcleos de povoamento. Essa Comissão tinha por finalidade muito mais do que implantar fios de telégrafo. Extrai-se das *Instruções* contidas na Portaria de sua constituição que o intuito do Governo brasileiro à época era efetivamente ocupar o território, autorizando inclusive as *Comissões Telegráficas* a estabelecer núcleos de povoamento no entorno das estações que criasse ao longo do percurso, já pré-determinado pelo governo federal, que ia da cidade de Cuiabá (MT) ao distrito de Santo Antônio, no Rio Madeira (AM). Com os trabalhos desenvolvidos na floresta amazônica, a Comissão passou, então, de expectadora do conflito indígena para personagem dele.

O marco dessa passagem se dá quando um grupo de expedicionários da 3ª seção da *Comissão* foi atacado por índios Nhambiquara que estavam escondidos na mata. Três flechas erraram o alvo, tendo uma delas ficado engastada na bandoleira da arma Remington que Cândido Rondon trazia a tiracolo.[23] Segundo Rondon, fiel a *seu* lema, não permitiu que os expedicionários perseguissem os índios mata adentro, como era o desejo de praticamente todos ali presentes. Almejava ele "penetrar no sertão com a paz e jamais com a guerra", razão pela qual impediu qualquer represália, afinal, seu objetivo não era "conquistar índios pela violência e sim trazer ao Juruena o reconhecimento indispensável à construção da linha telegráfica".[24] Nesse momento o lema de Rondon foi colocado à prova. Mais que isso, ao dar ordens expressas para que os expedicionários, que lhe eram subordinados, não perseguissem os índios ou lhes fizessem qualquer represália, a norma contida no lema saiu do âmbito pessoal e ganhou nova dimensão, agora coletiva: a dos membros da Comissão.

Ao meditar sobre o ataque dos Nhambiquara, Cândido Rondon, compreendeu a necessidade de tornar a ordem de não atacar índios – e não revidar o ataque deles – obrigatória para todos, pois ele, enquanto chefe, não estaria presente a todo o momento para assegurar que assim se procedesse. Essa constatação ganhava maior repercussão em suas elucubrações quando vislumbrava os destacamentos militares e os núcleos de povoamento

22 RONDON, Cândido Mariano da Silva. **Relatório dos trabalhos realizados de 1900-1906**: Comissão de Linhas Telegráficas do Estado de Mato-Grosso. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1949, p. 62.

23 A bandoleira com a flecha engastada faz parte da exposição permanente do Museu Nacional, na cidade do Rio de Janeiro.

24 VIVEIROS, Esther de. Op. cit., p. 234/235.

que seriam criados no entorno das estações telegráficas, conforme determinação do Governo brasileiro na Portaria de criação da Comissão Construtora de Linha Telegráfica *Estratégica* de Mato Grosso ao Amazonas, a única, aliás, que ganhou tal qualitativo. Diante de tais circunstâncias, Rondon deliberou baixar determinações expressas a serem doravante obrigatoriamente observadas, fazendo-o mediante *Ordem do Dia,* a de n. 1, de 20.7.1908.

No mencionado ato administrativo, Rondon recomendava cuidado aos expedicionários para que não fossem colhidos de surpresa pelos guerreiros Nhambiquara, que habitavam a região pela qual a Comissão deveria passar. Afirmava que apesar de estarem todos armados, "*manda o sentimento de justiça, atendendo às cruéis perseguições que aqueles nossos patrícios indígenas têm sofrido, pouparmos mais uma injustiça que experimentariam se fossemos forçados a uma defesa pessoal contra os seus ataques*." E concluía com a determinação expressa de que "*ainda mesmo que alguém da Expedição seja ferido pelos guerreiros de Juruena, nenhuma represália deve ser movida contra os atacantes; no seu justo direito, defendem as suas terras e as suas famílias*."[25]

Com a publicação da mencionada Ordem do Dia, o *lema* do chefe da Comissão sai do âmbito pessoal deste; ganha força normativa e de cumprimento obrigatório para os integrantes da Comissão e passa a viger no âmbito institucional da parcela do Estado ali presente.[26] Nesse sentido, observa-se que Rondon aperfeiçoou a norma contida no lema, externando-a através de um ato administrativo, ao qual ele conferiu claro cunho normativo: publicou-o, de forma solene, com a tropa em forma, e documentou-o nos registros oficiais do serviço.

Passados pouco mais de um mês da *Ordem do Dia n. 1*, Cândido Rondon editou a de n. 2, mais detalhada que a primeira e com determinações mais específicas e minuciosas em relação à conduta dos membros da Comissão para com os índios. Isso porque ali seria instalado um destacamento militar, ou seja, os soldados ali permaneceriam, em território habitado por índios, razão pela qual a convivência seria inevitável. Nesse ato administrativo, ao qual dera ele eminente cunho normativo, que pela primeira vez aparece a expressão *proteção aos índios da região* para referir-se ao local em que a estação telegráfica – um órgão público – seria estabelecida.

Além da *proibição* de revidar qualquer investida dos índios, havia também a proibição de: violar seus hábitos, desacatar suas famílias, incendiar suas aldeias, roubar suas roças e usurpar qualquer utensílio que lhes pertencesse. Às condutas omissivas obrigatórias acresceram-se as comissivas, consubstanciadas em *deveres*, quais sejam: respeito à vida e à propriedade dos índios; esforço por parte do comando do destacamento para chamá-los ao convívio pacífico. Essas vedações e deveres publicados por Rondon em 1908 constituíam-se em obrigações inéditas e constarão do decreto de criação do Serviço de Proteção ao Índio, dois anos mais tarde. [27]

5 A LEI FEDERAL

As *Ordens do Dia* publicadas por Cândido Rondon proibiam o ataque aos índios e determinavam o respeito a suas vidas, famílias e propriedades. Essas determinações, contudo, estavam circunscritas à atuação da *Comissão Construtora de Linhas Telegráficas Estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas*, uma vez que foram estabelecidas pelo comandante daquela repartição pública por atos administrativos que vinculavam tão-somente os seus subordinados.

Ocorre que a atividade da *Comissão* ali naquela região não seria permanente. As estações telegráficas inauguradas eram de responsabilidade da Comissão apenas enquanto a Repartição Geral dos Telégrafos não estruturasse seus quadros permanentes para assumir a administração desses órgãos públicos que estavam sendo construídos em esforço conjunto dos Ministérios da Viação e Obras Públicas e da Guerra. Isso porque o

25 RONDON, Cândido Mariano da Silva. Relatório apresentado à Diretoria Geral dos Telégrafos e à Divisão Geral de Engenharia (G. 5) do Departamento da Guerra. Comissão de Linhas Telegráficas Estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas.: Estudos e reconhecimentos. Rio de Janeiro: Papelaria Luiz Macedo, p. 76.v. 1.

26 As Comissões eram parcela do poder estatal destacado do centro do poder, qual seja, da capital federal. Para detalhes sobre as Comissões Telegráficas enquanto repartição pública itinerante, vide tese de doutoramento de Luiza Vieira Sá: **Rondon, o agente público e político**, FFLCH/USP, 2009.

27 RONDON, Cândido Mariano da Silva. **Relatório apresentado à Diretoria Geral dos Telégrafos**. p. 137.

regulamento da Repartição Geral dos Telégrafos vigente à época estabelecia que toda construção telegráfica deveria ser feita sob a responsabilidade do Diretor Geral dos Telégrafos e as que envolvessem "caráter estratégico" ou que tivessem de percorrer "zonas inabitadas e inóspitas" deveriam ser realizadas por comissões militares[28], conforme previsão expressa do artigo 16 do *Decreto n. 1663, de 30/01/1894*, posteriormente reproduzida pelo artigo 13 do *Decreto n. 9148, de 27/11/1911*.

Destarte, a atuação das comissões militares era essencialmente temporária. O serviço público de comunicação que estava ali sendo instalado, contudo, não o era. Além disso, dada a sua natureza, o serviço deveria ser ininterrupto, o que demandava manutenção constante, com a presença de funcionários e regular fluxo de equipamento e material. Ora, se a presença dessas pessoas ali seria definitiva – e era justamente isso que o Governo federal pretendia, ou seja, a ocupação definitiva do território – vislumbram-se duas questões reflexivas a que Rondon se deixou levar. A primeira delas é relativa aos índios e a segunda, à manutenção das estações e linhas telegráficas, que seria feita por funcionários civis dos telégrafos.

Percebendo, então, que as relações entre índios e brancos seriam permanentes doravante, engendrou Rondon atuar politicamente junto às autoridades superiores. Transferiu seus pensamentos para o papel e, na forma de carta, os enviou ao Ministro da Pasta da Agricultura, Rodolfo Miranda.

A eloquência da correspondência mantida entre ambos oferece aos operadores do Direito oportuna reflexão: em um momento histórico no qual observamos uma enxurrada de leis sendo produzidas pelo Poder Legislativo, algumas sem qualquer critério racional, para não fazer referência às medidas provisórias oriundas do Executivo, raras são as vezes que se pode acompanhar a elaboração de uma lei (aqui considerada em sentido lato) desde o seu surgimento no seio da sociedade até a promulgação conforme os mecanismos constitucionalmente previstos; uma lei que emergiu do atrito social, da faísca resultante do comportamento de grupos sociais distintos mas unidos pela raça e pelo território.

O *Decreto n. 8.072 de 1910*, que criou, no Ministério da Agricultura, o *Serviço de Proteção ao Índio (SPI)*, dois anos após a edição da primeira ordem do dia no sertão brasileiro, trouxe as mesmas vedações e deveres previstos nos atos administrativos publicados no âmbito das Comissões Telegráficas, e também regulamentou a questão de forma um pouco mais abrangente, trazendo obrigações, por exemplo, para os Estados da federação em relação às terras indígenas.[29] Não apenas o conteúdo das normas protetivas já em vigor para os membros das Comissões se ampliam com a edição da lei federal, de cunho nacional, bem como os destinatários da norma: não mais apenas os soldados; agora toda a nação; índios e não-índios.

Mas para as reflexões que se pretende destacar no presente trabalho, fiquemos com a comparação entre a carta enviada por Rondon ao Ministro da Agricultura e o Decreto n. 8072.

28 Previstas no artigo 23, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1891.

29 BRASIL. República Federativa. A íntegra do Decreto n. 8072, de 20/06/1910, pode ser encontrada na Coleção das Leis do Brasil de 1910. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional.

Carta de Rondon ao Ministro Rodolfo Miranda	*Legislação SPI (Decreto n. 8.072, de 20/06/1910)*
[...] muito se conseguirá pela instituição de um **Serviço de Proteção,** por meio do qual se estenderá a eles a **vigilância que às autoridades compete estabelecer para a salvaguarda dos legítimos interesses de toda a população** e, de um modo especial, mais minucioso do que é adotado para a parte ocidentalizada do nosso país. [...]	**Art. 1º**. O **Serviço de Proteção aos Índios** [...] criado no Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, tem por fim: a) **prestar assistência aos índios** do Brasil, quer vivam aldeiados, reunidos em tribos, em estado nômade ou promiscuamente com civilizados; [...] **Art. 2º** A assistência de que trata o art. 1º terá por objeto: **1º. Velar pelos direitos que as leis vigentes conferem aos índios** e por outros que lhes sejam outorgados; [...] **7º. Exercer vigilância** para que não sejam coagidos a prestar serviços a particulares e velar pelos contratos que forem feitos com eles para qualquer gênero de trabalho;
Carta de Rondon ao Ministro Rodolfo Miranda	*Legislação SPI (Decreto n. 8.072, de 20/06/1910)*
[...] Por semelhante instituição, aos nossos indígenas seria antes de tudo **garantida a posse das terras em que habitam, restituindo-se às tribos subsistentes, e cujos territórios foram usurpados, os mesmos territórios, sempre que possível,** ou uma suficiente extensão, que lhes fixasse o Governo, mediante acordos amistosos. Usando sempre de processos fraternais, poder-se-ia mesmo **mudar a residência de algumas tribos, quando isso conviesse aos interesses gerais do País**, [...]	Art. 2º A assistência de que trata o art. 1º terá por objeto: [...] 2º. **Garantir a efetividade da posse dos territórios ocupados por índios** e, conjuntamente, do que neles se contiver, entrando em acordo com os governos locais, sempre que for necessário; [...] 12. **Promover**, sempre que for possível, e pelos meios permitidos em direito, **a restituição dos terrenos, que lhes tenham sido usurpados;** 13. **Promover a mudança de certas tribos, quando for conveniente** o de conformidade com os respectivos chefes;
Carta de Rondon ao Ministro Rodolfo Miranda	*Legislação SPI (Decreto n. 8.072, de 20/06/1910)*
[...] Caberá, naturalmente, tornar efetiva a **punição dos crimes que se cometem contra os indígenas; fiscalizar o modo pelo qual são tratados nas colônias e estabelecimentos particulares**, de modo a evitar que sejam vitimas de explorações, violências e fraudes.	Art. 2º A assistência de que trata o art. 1º terá por objeto: [...] 5º. Promover a **punição dos crimes que se cometerem contra os índios;** 6º. **Fiscalizar o modo como são tratados nos aldeiamentos, nas colônias e nos estabelecimentos particulares**;

Carta-Resposta de Rondon ao Ministro Rodolfo Miranda	*Legislação SPI (Decreto n. 8.072, de 20/06/1910)*
[...] Por meio de delegados especiais, **manterá o Governo constantes relações com as tribos, fornecendo-lhes o necessário, velando por sua segurança e tranqüilidade, impedindo as guerras** e correrias **que entre si mantêm**, e **restabelecendo a paz** por toda parte onde se achar ameaçada, nisso procedendo sempre com "constância, amizade e sofrimento", que nos cabem, conforme as palavras do velho José Bonifácio. [...]	Art. 2º A assistência de que trata o art. 1º terá por objeto: [...] 8º. Procurar **manter relações com as tribos,** por intermédio dos inspetores de serviço de proteção aos índios, **velando pela segurança deles, por sua tranqüilidade, impedindo,** quanto possível, **as guerras que entre si mantêm e restabelecendo a paz**;

Carta de Rondon ao Ministro Rodolfo Miranda	*Legislação SPI (Decreto n. 8.072, de 20/06/1910)*
[...] Para lhes facilitar o desenvolvimento dos trabalhos, a que atualmente já estão entregues, será preciso fornecer às tribos **ferramentas de lavoura, que lhes tornarão menos pesadas e mais rendosos os mesmos trabalhos**. Ainda lhes serão fornecidas **máquinas para a preparação da farinha de mandioca e de milho,** que eles fabricam por meios rudimentares; **maquinas para o desenvolvimento doméstico da pequena indústria de tecidos,** que já preparam para ocorrer às exigências da pudicícia. Para criar-lhes novas ocupações, ser-lhes-á fornecido **gado, sobretudo o bovino, bem como todos os animais domésticos de mais imediata utilidade.** A fim de neles desenvolver o **gosto pela musica, que já possuem em grau notável,** se lhes dará os instrumentos mais ao alcance deles;	Art. 2º A assistência de que trata o art. 1º terá por objeto: [...] 14. Fornecer aos índios **instrumentos de musica** que lhes sejam apropriados, **ferramentas, instrumentos de lavoura, máquinas para beneficiar os produtos de suas culturas, os animais domésticos que lhes forem úteis** e quaisquer recursos que lhes forem necessários; **introduzir em territórios indígenas a industria pecuária**, quando as condições locais o permitirem;

Carta de Rondon ao Ministro Rodolfo Miranda	*Legislação SPI (Decreto n. 8.072, de 20/06/1910)*
[...] Por intermédio de delgados especiais, se transmitirá aos indígenas os elementos ou **noções de utilidade imediata sobre as suas ocupações ordinárias de cultura, e sobre aquelas que vierem a adotar posteriormente; como também se mostrará as vantagens do nosso modo de construir,** fazendo que aceitem as divisões internas das habitações e outros melhoramentos, que serão capazes de apreciar, uma vez que não lhes sejam impostos.	Art. 2º A assistência de que trata o art. 1º terá por objeto: [...] 10. Ministrar-lhes os elementos ou **noções que lhes sejam aplicáveis, em relação as suas ocupações ordinárias;** 11. Envidar esforços por melhorar suas condições materiais de vida, **despertando-lhes a atenção para os meios de modificar a construção de suas habitações** e ensinando-lhes livremente as artes, ofícios e os gêneros de produção agrícola e industrial para os quais revelarem aptidões; [...]

Carta de Rondon ao Ministro Rodolfo Miranda	*Legislação SPI (Decreto n. 8.072, de 20/06/1910)*
[...] **evitando-se o ensino forçado de coisas cuja utilidade desconhecem ou de que ainda não sintam necessidade.** Ter-se-á sempre em vista que, aos indígenas, desagradam quaisquer obrigações e ensinos sistemáticos, por mais úteis que pareçam, a nós ocidentais; e que só gradualmente poderão eles vir a sentir a utilidade, as vantagens e até a moralidade de coisas e atos a que prendemos tais atributos.	Art. 2º A assistência de que trata o art. 1º terá por objeto: [...] 16. Ministrar, **sem caráter obrigatório, instrução primaria e profissional aos filhos de índios**, consultando sempre a vontade dos pais;

O antropólogo Darcy Ribeiro, que foi funcionário do SPI, ao discorrer sobre a criação do serviço de proteção, afirmou que "*o que se impunha era, pois, uma obra de proteção aos índios, de ação puramente social, destinada a ampará-los em suas necessidades, defendê-los do extermínio e resguardá-los contra a opressão" e que "a feição prática da nova política indigenista assentou-se na experiência pessoal de Rondon, acumulada em vinte anos de atividades nos sertões de Mato Grosso.*"[30]

Miguel Reale, partindo da definição de Montesquieu, segundo a qual "lei é a relação necessária que deriva da natureza das coisas, aplicável tanto no campo das ciências naturais, como no das ciências ético-jurídicas", aduz ser a lei jurídica "*norma escrita emanada pelo Estado, constitutiva de situações jurídicas e dotada de validade objetiva".*[31] Acrescenta o filósofo que a lei jurídica demanda "*uma tomada de posição volitiva perante o fato, tomada de posição que constitui momento essencial de sua gênese*", ou seja, no seu processo de criação há "valoração e compreensão".[32] Isso que foi feito por Gomes Carneiro e por Cândido Rondon ao longo do processo de criação da norma protetiva que surgiu nos cartazes fixados ao longo da linha telegráfica; passou pelo lema e pelas ordens do dia até chegar ao texto definitivo de uma lei jurídica, em sentido estrito. Lei essa que, oportuno frisar, não estava pronta e acabada. Representava os anseios de um determinado momento histórico e, por isso, estava fadada a alterações posteriores que visavam à adequação das expectativas e desejos do grupo social ao tempo real. Qual o valor por eles atribuído ao fato social com o qual se depararam no sertão? A Justiça.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente ensaio, pretendemos evidenciar o caminho percorrido por uma norma que, emergindo das relações sociais estabelecidas entre índios e não- índios, no final do século XIX e início do século XX, tornou-se norma jurídica.

Com uma abordagem interdisciplinar, buscamos demonstrar que o Direito vai além da produção da norma jurídica, realizada pelo Estado constituído enquanto esfera do poder soberano de cada país. Canotilho lucidamente aponta que "o direito é produzido a partir de instâncias normativas que consagram valores da sociedade, tendo em vista o bem estar social." [33] No exemplo destacado, a produção normativa que culminou na edição de uma lei federal consagrava valores do grupo em que estava inserida, num dado momento histórico, e abarcava situação peculiar à específica região do nosso país, quais sejam, as fronteiras de expansão do povoamento do interior Brasil.

30 RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. 6. ed. (1996). São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 155.
31 REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 58.
32 *Idem, ibidem*, p. 260.
33 MATTOS, Antônio José. **Direito Amazônico ou Direito para a Amazônia?** A Leitura, v. 1, n. 1, 2008, p. 70.

A produção legislativa, como visto, não tem como único exponencial o Estado em si. Diversas são as fontes que, na atualidade, interagem com o poder constituído a fim de gerarem normas. Não apenas as relações sociais estabelecidas entre os membros de um grupo social determinado ou uma sociedade, mas também relações internacionais estabelecidas entre países, comunidades e organismos internacionais.

A consagração e o desenvolvimento do Direito Internacional e dos Direitos Humanos, enquanto ramos do saber no século passado, aliados à evolução tecnológica das comunicações, com o crescimento de infovias, têm aproximado povos e culturas distintos. Outrossim, implementam-se normas de condutas que, consideradas supranacionais, vão cada vez mais influenciando a produção legislativa dos países soberanos.

A globalização, como se convencionou chamar, é um novo ingrediente que passou a fazer parte das questões contemporâneas, fenômeno este que não se restringe ao aspecto econômico-empresarial, mas vai além, interferindo igualmente na produção legislativa interna. "*O direito se produz não mais apenas pela via exclusiva do Estado, na condição de representante da sociedade.*"[34] Surge, então, ao que Boaventura de Sousa Santos se referiu como tensão dialética entre o Estado-nação e o que se designa por *globalização.*[35] Nesse contexto, há fatores externos que influenciam na produção normativa de um Estado, como a economia e o intercâmbio de culturas proporcionado pelo avanço da tecnologia, a diminuir distâncias e aproximar cada vez mais os povos. Além disso, no âmbito institucional, as organizações internacionais têm consolidado sua atuação no cenário mundial, influenciado as normas internas dos Estados, na medida em que estabelecem um mínimo como necessário e indispensável para que o país participe das relações internacionais.

Essas considerações finais pretendem apenas evidenciar as duas faces da mesma questão, qual seja, situações que interferem diretamente no surgimento e produção da norma jurídica: uma interna e outra externa.

7 REFERÊNCIAS

CALMON, Pedro. **História da civilização brasileira.** 2. ed. São Paulo: Brasiliana/Cia Editora Nacional, 1935.

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

GONDIM, Joaquim. **Pacificação dos Parintins**. Inspetoria do Serviço de Proteção aos Índios do Amazonas. Comissão Rondon. Publicação n. 87, 1925.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva.

MACIEL, Laura Antunes. Cultura e Tecnologia*:* a constituição do serviço telegráfico no Brasil. **Revista Brasileira de História,** Associação Nacional de História. v. 21, n. 41. São Paulo: Brasil.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização***:* a integração das populações indígenas no Brasil moderno. 6. ed. (1996). São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

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

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

VIVEIROS, Esther de. **Rondon conta sua vida**. Cooperativa Cultural dos Esperantistas. GB: Rio de Janeiro, 1969.

34 MATTOS, Antônio José. **Direito Amazônico ou Direito para a Amazônia?** A Leitura, v. 1, n. 1, 2008, p. 70.

35 SILVA, Boaventura da *apud* SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. **O poder judiciário como efetivador dos direitos Fundamentais.**

DA RELEVANTE FUNÇÃO DO JUIZ E DA RELEVÂNCIA DE SUA FORMAÇÃO PROFISSIONAL

Dagma Paulino dos Reis
Desembargadora aposentada do TJMS

> Os principais criadores do direito podem ser**,** e frequentemente são os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social: com estas interpretações de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do séc. XX**,** dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas[1].

Mauro Cappelletti[2], discorrendo sobre a *criatividade da função jurisdicional*, alega que o juiz já não mais exerce apenas a função de mero intérprete-aplicador do direito.

Sabe-se que por melhor que seja a redação das leis, com uso de expressões simples ou precisa linguagem, haverá sempre lacunas a serem preenchidas pelo juiz, em virtude das ambiguidades e incertezas delas resultantes.

Interpretar, no dizer de Cappelletti, significa penetrar os pensamentos, inspirações, linguagem de outras pessoas, visando compreendê-los e executá-los em novo e diverso contexto de tempo e lugar. Como afirmou o juiz Oliver Wendell Holmes, lembrado pelo renomado mestre, *qualquer palavra tem geralmente vários significados, inclusive no dicionário*.

A criação de regras de direito, pelo juiz, entre outras influências, depende da sua *capacidade intelectual e do seu estado de alma*. O juiz inglês, Lord Radcliffe, também citado por Cappelletti, pondera[3]:

> O juiz bem pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir mais tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que os seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Neste sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumento de inovação.

Portanto, em todo ato de interpretação, existe um ato de inovação, criação**,** e esta discricionariedade não é sinônimo de total liberdade do intérprete, caso contrário não seria discricionariedade mas arbitrariedade.

1 Pres. Theodore Roosevelt. Mensagem ao Congresso Americano, 8.12.1098, transcrita por Cappelletti na folha de dedicatória aos Prof. Barbosa Moreira e Sergio Bermudês, em seu livro Juízes Legisladores? Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 5.

2 CAPPELLETTI. Mauro, *ob. cit.* p. 23-27

3 *Idem*, p. 23

Em todos os países civilizados procurou-se estabelecer limites - processuais e substanciais - à liberdade judicial, tanto que o art. 101 da CF italiana adota o *princípio da sujeição à lei* o que não impede que os juízes italianos, muitas vezes, baseiem suas decisões na equidade.

O papel do juiz é muito mais difícil e complexo do que se pode imaginar. A discricionariedade impõe uma valoração ou avaliação de resultados práticos que exigem do intérprete bons conhecimentos da lógica abstrata, análise linguística, história, economia, política, ética, sociologia e psicologia. Por isso afirma Cappelletti[1] que o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma neutra, pois sua decisão envolve sua responsabilidade pessoal, moral, política, jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa.

O Estado deixou sua função tradicional de protetor ou repressor, de *État-Providence*, na conhecida expressão francesa. O juiz, numa breve síntese da lição de Cappelletti[2], não está imune aos riscos de perversão e abusos, que são os mesmos a que estão sujeitos o gigantismo estatal, de natureza legislativa ou administrativa, tais como riscos de autoritarismo e lentidão; de inacessibilidade; de irresponsabilidade; de inquisitoriedade policialesca.

Esses riscos, segundo o mestre**,** são menos graves em relação ao poder judiciário, que de todos é o "*menos perigoso*", mas existem outros mais específicos e prováveis no judiciário, considerando a generalidade dos juízes, entre eles:

a) dificuldade de controle da atividade correta da discricionariedade legislativa ou administrativa por ausência de conhecimentos sofisticados ou técnicas especializadas que podem estar à disposição dos mesmos, mas de difícil acesso ao poder judiciário por razões financeiras;

b) perigo da inefetividade, pois seria difícil controlar o pronunciamento jurisdicional, sem que haja uma perfeita harmonia entre os demais poderes;

c) problema da legitimação democrática, porque a criatividade do legislador é melhor aceita que a criatividade jurídica da magistratura - *ativismo judiciário* - devido à tradição de independência política e isolamento do juiz.

Poder-se-ia incluir no rol do mestre italiano**,** uma praxe grave que já criou profundas raízes em nosso País, qual seja à de delegar a função judicante a assessores não concursados e dos quais não tem, infelizmente, as Cortes de Justiça, exigido qualquer experiência ou formação profissional, exceto o curso de bacharel em direito.

Cappelletti[3] observa, ainda, como é difícil o papel dos juízes na proteção dos interesses coletivos e difusos, cujos conflitos são cada vez mais frequentes, por causa do fenômeno da massificação, e a complexidade das sociedades modernas gera situações em que um único ato do homem pode prejudicar ou beneficiar um grande número de pessoas. Já não se trata mais do esquema tradicional "lide entre duas partes", mas sim do que ele chama de "danos de massa".

Há ainda o juiz de estar preparado para enfrentar problemas do gigantismo das formações econômicas: litígios envolvendo grandes interesses do Estado ou que dizem respeito a grandes corporações do poder privado, nas quais se faz sempre presente o tráfico de influência que muito perturba ou turba alguns julgadores.

Finalmente, em relação aos direitos fundamentais, se espera do juiz um grau de criatividade ainda mais elevado, pois são normas constitucionais redigidas de forma breve e sintética, com implícita menção a leis ordinárias, e seus preceitos são frequentemente formulados em termos de valor: liberdade, dignidade, intimidade, igualdade, democracia, justiça, etc.

1 CAPPELLETTI, *ob. cit.* p. 33

2 *Idem*, p. 49

3 Cf. *ob. cit.* p. 57

As Escolas da Magistratura não podem ser vistas como um *cursinho preparatório* para concursos de carreira jurídica, mas sim como uma oficina em que o magistrado possa desenvolver suas aptidões e adquirir consciência de que deve acompanhar a evolução cultural e social, pois esta está intimamente vinculada na aplicação do direito.

Não pode o juiz acreditar que basta conhecer o direito positivo para bem aplicar as leis, pois lhe faltará o conhecimento do processo hermenêutico indispensável à sua atividade judicante. Nunca será um bom aplicador da lei se não tiver uma formação humanística, filosófica, psicológica, pedagógica e sociológica além da boa cultura jurídica.

No dizer do Prof. Cretella Júnior, citado pela Juíza Suzana de Camargo Gomes[4], em sua premiada monografia, "*é impossível a formação completa do jurista sem o paralelo preparo filosófico*", pois é a filosofia, principalmente no campo da lógica, da ética e da axiologia, que abre seus horizontes.

A filosofia é a pesquisa e o estudo dos princípios do pensamento, do conhecimento da realidade, das finalidades da ação humana. Ela implica reflexão crítica sobre o sujeito pensante em si mesmo, sob a fórmula socrática: *conhece-te a ti mesmo*. Muitas vezes a procura filosófica leva o homem a problemas insolúveis, mas isto não contraria sua finalidade que é interrogar o real de uma maneira rigorosa e argumentada.

A psicologia é um conjunto de disciplinas cujo objeto é o comportamento, o desenvolver do pensamento, as afeições e motivações emocionais, as relações humanas e as patologias. A psicologia é uma disciplina muita antiga que apenas recentemente foi separada da filosofia.

Etmologicamente, psicologia quer dizer o estudo da alma. A psicologia opõe-se à sociologia, à antropologia e às ciências políticas para que estas estudam primeiramente os indivíduos.

A psicologia judiciária é indispensável**,** sobretudo**,** na esfera criminal. É ela que fornecerá ao juiz o conhecimento necessário para uma boa instrução do processo, com domínio de uma boa técnica para o interrogatório do réu e das testemunhas.

A pedagogia, disciplina estreitamente ligada à psicologia, trata de todos os métodos de ensino e de educação, assim como de todas as qualidades exigidas para transmitir um saber qualquer. No confronto de pontos de vista diferentes entre os litigantes, a pedagogia, facilitará a tarefa do magistrado na compreensão dos conflitos nas relações sociais.

Somente um juiz dotado de princípios éticos é capaz de confrontar a norma a ser aplicada com a escala de valores nela envolvidos, visando uma melhor solução aos litígios.

O juiz há de estar intelectual e emocionalmente preparado para o cargo, para poder falar como Aristóteles no sec. 300 a.C.: *"zangar-se é fácil, difícil é zangar-se na hora certa, na medida certa, sobre assunto certo e com a pessoa certa"*.

O mundo contemporâneo, com a alta tecnologia, forneceu ao homem muito conforto, mas pouco fez pelo seu lado humano, ou seja, pouco contribuiu para aumentar a sua sensibilidade com os problemas familiares ou sociais. Ao contrário, a rapidez que se exige no trato dos processos está mais ligada à solução do número dos litígios do que o verdadeiro conflito entre as partes. Exemplo disto são os *mutirões*, nos quais, muitas vezes as partes sentem- se constrangidas pela autoridade do juiz a efetuar conciliações não desejadas.

O magistrado não trata apenas de normas, mas de fatos e por isso deve ler muito e não apenas processos ou livros jurídicos. Somente um juiz bem preparado estará apto a compreender o meio em que atua, manter um bom relacionamento com o Ministério Público, a Defensoria Pública, as partes, as testemunhas, os servidores etc.,

4 GOMES, Suzana de Camargo. **Escola de Magistratura e função do juiz** http://daleth.cjf.jus.br/revista/monografia/monografia01.pdf, acesso no dia 23.08.09.

isentando-se de preconceitos ou ideias preconcebidas, mantendo-se verdadeiramente imparcial. É imperdoável a arrogância de muitos juízes, ofuscados pela própria vaidade. Somente a cultura desenvolve a simplicidade, a humildade e a sensibilidade. Os princípios morais e éticos devem pautar a vida particular e profissional de todos os operadores do direito.

Quando um magistrado carrega em si vícios morais incorrigíveis ele será pernicioso à carreira, tal como ocorreu com certo magistrado que desviou milhões de reais destinados à construção de importante obra pública ou de outro que se tornou um dos líderes de organizações criminosas, como amplamente noticiado pela mídia brasileira, sem falar em magistrados envolvidos até com a máfia do jogo.

Exige-se muito do juiz, isto é de consenso geral. E isto porque se exige demais de todo aquele que exerce uma função relevante, pois é inconcebível que um homem público, seja ele magistrado, governador, prefeito ou vereador, tenha uma vida desregrada ou se mostre relapso no cumprimento de seu dever funcional.

As virtudes morais não são exigidas apenas das autoridades: o bom senso, a humildade, a caridade, a ponderação, o equilíbrio, a responsabilidade, a polidez, a paciência, a piedade, a modéstia devem estar presentes na vida de todos, para que sejam mais tolerantes em relação ao próximo e mais tolerados pelos que os cercam.

O art. 43 da Lei 92.189 de 25.2.92, que dispõe sobre o estatuto da Magistratura Francesa**,** considera uma falta disciplinar até mesmo a *indelicadeza* de um magistrado. Seguramente tal dispositivo inspirou o Código de Ética da Magistratura brasileira[5], que criou um capítulo específico intitulado Cortesia[6].

Muito embora o Estatuto da Magistratura Brasileira[7] determine, expressamente, que o magistrado trate com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público etc., e atenda aos que o procurarem em casos urgentes, sabe o bom entendedor que falar com juízes não é tarefa fácil, nem muito animadora. Ressalva-se, porém, a existência de alguns juízes realmente vocacionados, estudiosos, responsáveis, simples e atenciosos, que dignificam a função jurisdicional.

5 O Código de Ética da Magistratura foi publicado no DJ, p. 1 e 2, 18.9.2008; www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4980&Itemid=491 – acesso no dia 23.8.2009

6 CAPÍTULO VII - CORTESIA

Art. 22. O magistrado tem o dever de cortesia para com os colegas, os membros do Ministério Público, os advogados, os servidores, as partes, as testemunhas e todos quantos se relacionem com a administração da Justiça.

Parágrafo único. Impõe-se ao magistrado a utilização de linguagem escorreita, polida, respeitosa e compreensível.

7 LOMAM, art. 35 IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



Apelação Cível n. 2009.029775-8 - Ivinhema
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA – CASAL QUE HAVIA ESTABELECIDO DOMICÍLIO NOS ESTADOS UNIDOS E, CONSEQUENTEMENTE, NÃO RESIDIA NO IMÓVEL À ÉPOCA DA CONSTRUÇÃO – BEM DE FAMÍLIA NÃO CARACTERIZADO – MEAÇÃO DA ESPOSA – ÔNUS DA PROVA QUE LHE INCUMBE QUANTO À COMPROVAÇÃO DE QUE A DÍVIDA NÃO FOI CONTRAÍDA EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de abril de 2010

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Trata-se de apelação interposta por Maria de Lourdes da Silva contra sentença de improcedência do pedido proferida nos embargos de terceiro opostos em face de Banco do Brasil S.A.

A recorrente alega que o imóvel penhorado é bem de família e que esta alegação não pode ser considerada intempestiva, porquanto se trata de matéria de ordem pública e pode ser arguida em qualquer momento.

Afirma, também, que a sua meação deve ser excluída da penhora, pois seu marido realizou empréstimo pessoal sem que tivesse conhecimento ou prestado anuência ao negócio, além do que o valor foi debitado exclusivamente em sua conta corrente, não se revertendo em benefício da família.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta por Maria de Lourdes da Silva contra sentença de improcedência do pedido proferida nos embargos de terceiro opostos em face de Banco do Brasil S.A.

A recorrente alega que o imóvel penhorado é bem de família e que esta alegação não pode ser considerada intempestiva, porquanto se trata de matéria de ordem pública e pode ser arguida em qualquer momento.

Afirma, também, que meação dela deve ser excluída da penhora, pois o marido desta realizou empréstimo pessoal sem que tivesse conhecimento ou prestado anuência ao negócio, além do que o valor foi debitado exclusivamente na conta corrente do marido, não se revertendo em benefício da família.

Inicialmente, conquanto a recorrente tenha afirmado em seu recurso ser beneficiária da justiça gratuita, nos autos não há informação de que os benefícios foram concedidos, embora a recorrente tenha feito requerimento expresso em sua petição inicial.

Todavia, como se trata de pessoa sem ocupação profissional, que apenas toma conta do lar do casal, concede-se os benefícios da justiça gratuita, recebendo-se o recurso mesmo não havendo o recolhimento do preparo recursal.

Consta dos autos que o embargado ajuizou ação de execução contra o esposo da embargante, ficando penhorado o imóvel constituído pelo lote 37 e 38, da quadra 20, bairro Piravevê, em Ivinhema, matriculado sob o n. 3577.

A recorrente opôs embargos de terceiro asseverando, em síntese, que o imóvel é bem de família e que a sua meação deveria ser respeitada.

O juiz, ao sentenciar, disse que a pretensão da recorrente de que o imóvel fosse considerado bem de família estava preclusa em razão de ter sido veiculada por meio de petição nos autos após a realização da citação do requerido.

Mesmo considerando preclusa a alegação, o magistrado analisou-a, decidindo pela sua improcedência, porque o casal não residia na casa à época em que foi realizada a penhora, e apenas o fez com o intuito de prejudicar a concretização do direito ao crédito do recorrido.

De fato, a alegação de bem de família é matéria de ordem pública e pode ser reconhecido de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

No entanto, conquanto o juiz tenha optado por declarar preclusa a matéria, a conclusão a que chegou quando analisou a questão não deve ser alterada.

Isso porque se verifica que realmente, à data em que o imóvel foi penhorado, o casal não residia nele, pois estava trabalhando e, consequentemente, residindo nos Estados Unidos, conforme certidão de f. 52 v. e 53.

Ademais, o imóvel ficou na posse de Cláudio Roberto Carreira da Silveira, sem existir informação de que o imóvel estava locado a esta pessoa e a renda auferida era destinada a moradia e subsistência do núcleo familiar nos Estados Unidos.

Quanto à meação da embargante, a questão não merece maiores considerações.

É assente na jurisprudência o entendimento segundo o qual cabe à mulher o ônus de provar que a dívida contraída pelo marido não reverteu em benefício da entidade familiar.

O entendimento desta 4ª Turma não destoa do resto da jurisprudência, conforme se destaca:

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – DIREITO DE RESERVA DA MEAÇÃO – ÔNUS DA PROVA DA CÔNJUGE VAROA DE QUE A DÍVIDA CONTRAÍDA NÃO LHE BENEFICIOU E NEM BENEFICIOU SUA FAMÍLIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

> É da esposa o ônus da prova de que a dívida exeqüenda não foi contraída em beneficio da entidade familiar para excluir a sua meação de penhora procedida sobre imóveis adquiridos na constância do matrimônio em ação de execução ajuizada em face do marido. (TJMS, AC n. 2009.020343-8, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, DJ de 4.9.2009).

Ocorre que a embargante não trouxe nenhuma prova para demonstrar que a dívida reverteu apenas em prol do marido, somente faz meras alegações neste sentido.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 13 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.030746-8 - Coxim
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – MORTE DA VENDEDORA – IMÓVEL COM COBERTURA SECURITÁRIA – QUITAÇÃO DO FINANCIAMENTO EM PROVEITO DO ADQUIRENTE DO IMÓVEL – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de abril de 2010

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Eliete Paes Monteiro da Silva, Fabiane Monteiro da Silva e Suelen Monteiro da Silva recorre da sentença proferida na ação de adjudicação compulsória ajuizada por Antonio Ferreira de Lima, consistente na procedência do pedido para determinar a adjudicação do bem imóvel descrito na inicial em favor do autor.

As recorrentes alegam que o recorrido não trouxe comprovante de quitação de dívida e que elas eram as legítimas beneficiárias do seguro, razão por que o recorrido deverá pagar o valor das prestações que restavam a ser pagas para que tenha direito a transferência do imóvel.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Eliete Paes Monteiro da Silva, Fabiane Monteiro da Silva e Suelen Monteiro da Silva recorre da sentença proferida na ação de adjudicação compulsória ajuizada por Antonio Ferreira de Lima, consistente na procedência do pedido para determinar a adjudicação do bem imóvel descrito na inicial em favor do autor.

As recorrentes alegam que o recorrido não trouxe comprovante de quitação de dívida e que elas eram as legítimas beneficiárias do seguro, razão por que o recorrido deverá pagar a elas o valor das prestações que restavam a ser pagas para que tenha direito a transferência do imóvel.

Consta dos autos que o recorrido Antonio Ferreira de Lima celebrou com a mãe das recorrentes um contrato particular de promessa de compra e venda e assunção de dívida hipotecária de uma casa residencial gravada de hipoteca junto à Caixa Econômica Federal, em que o recorrido assumiu a responsabilidade pelo débito do imóvel com a instituição bancária.

A referida negociação foi celebrada sem o conhecimento do banco e não foi levado a registro pelo adquirente do imóvel.

Ocorre que a vendedora veio a falecer algum tempo depois da celebração do contrato, sendo que as prestações subsequentes foram totalmente quitadas haja vista a existência de seguro em nome da vendedora Terezinha Paes Monteiro da Silva.

A juíza julgou procedente o pedido e asseverou que mesmo que não houvesse a morte da alienante, qualquer quantia pendente de pagamento reverter-se-ia ao Sistema Financeiro de Habitação e não à Terezinha Paes Monteiro, que ao receber o valor do preço da venda deu plena, geral e irrevogável quitação do negócio.

De fato, a sentença não merece reforma.

Como considerou a magistrada, não cabe às recorrentes receber a quantia referente às prestações quitadas com a morte de sua mãe, antiga proprietária e beneficiária do seguro existente na hipoteca que recaia sobre o imóvel.

O adquirente, ao assumir os ônus que recaiam sobre o imóvel, também assumiu todos os benefícios incidentes.

A pretensão das recorrentes de receber os valores das prestações que foram quitadas em razão do seguro prestamista configura enriquecimento sem causa, pois a mãe das recorrentes recebeu o preço pela venda do imóvel e deu quitação plena ao assinar o contrato.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça entende que a morte do vendedor, após a celebração do contrato e antes da transferência junto ao agente financeiro e da formalidade do registro imobiliário, quita o contrato de financiamento em favor do adquirente, *in verbis*:

> CIVIL. SFH. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. MORTE DO VENDEDOR. COBERTURA SECURITÁRIA.
>
> 1. A morte do vendedor, subseqüentemente ao contrato de promessa de compra e venda, nada obstante verificada antes da transferência junto ao agente financeiro (credor hipotecário) e da formalidade do registro imobiliário, quita o respectivo contrato de financiamento em proveito do adquirente, como forma de impedir eventual enriquecimento sem causa e, também, em decorrência da sub-rogação de fato "nas obrigações de mútuo hipotecário", com o pagamento das prestações e do prêmio do seguro neles embutido.
>
> 2. Recurso especial conhecido, mas improvido.

Quanto à alegação de inexistência de comprovação de quitação da dívida, verifica-se que ao assinar o contrato, a compromissária vendedora deu quitação geral ao comprador recebendo o preço estipulado de R$ 2.700,00.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 13 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.006878-0 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PESSOA QUE CELEBRA CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E DÁ COMO GARANTIA AUTOMÓVEL DE PROPRIEDADE DE TERCEIRO ALHEIO AO CONTRATO – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE CELEBRA O CONTRATO SEM DILIGENCIAR SOBRE O VEÍCULO E SEU PROPRIETÁRIO – EMBARGOS PROCEDENTES – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de abril de 2010

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

BV Financeira S.A. interpõe recurso de apelação com relação à sentença proferida nos autos dos embargos de terceiro opostos por Euder Clemente Barcelos, consistente na procedência do pedido de manutenção do veículo na posse do recorrido e na determinação para que o DETRAN proceda à baixa da restrição e no MEGADATA em 10 dias, sob pena de multa de R$ 100,00 ao dia, até perfazer a quantia de R$ 23.000,00.

O recorrente pede a reforma da sentença sob o argumento de que para a celebração do contrato, as partes, para se resguardarem, fizeram todas as consultas referentes ao veículo no intuito de verificar se havia algum impedimento ou restrição.

Alega também que o recorrido teria sido condizente com a alienação fiduciária celebrada entre a instituição financeira e Lorinaldo dos Santos Gomes, pois apenas ajuizou os embargos um ano e meio após haver emprestado o veículo a José Alberto dos Santos Gomes (irmão de Lorinaldo).

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

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

BV Financeira S.A. interpõe recurso de apelação com relação à sentença proferida nos autos dos embargos de terceiro opostos por Euder Clemente Barcelos, consistente na procedência do pedido de manutenção do veículo na posse do recorrido e na determinação para que o Detran proceda à baixa da restrição e no Megadata em 10 dias, sob pena de multa de R$ 100,00 ao dia, até perfazer a quantia de R$ 23.000,00.

O recorrente pede a reforma da sentença sob o argumento de que para a celebração do contrato, as partes, para se resguardarem, fizeram todas as consultas referentes ao veículo no intuito de verificar se havia algum impedimento ou restrição.

Alega também que o recorrido teria sido conivente com a alienação fiduciária celebrada entre a instituição financeira e Lorinaldo dos Santos Gomes, pois apenas ajuizou os embargos um ano e meio após haver emprestado o veículo a José Alberto dos Santos Gomes (irmão de Lorinaldo).

Consta dos autos que o recorrido Euder Clemente Barcelos, real proprietário do veículo Volkswagen Santana Quantum, placa GUT 8857, emprestou-o a José Alberto dos Santos Gomes, que por sua vez o entregou para seu irmão Lorinaldo dos Santos Gomes.

Lorinaldo, na posse do veículo, celebrou um contrato de alienação fiduciária com a recorrente BV Financeira S.A., dando o automóvel como garantia.

Tendo em vista a inadimplência contratual, a financeira ajuizou ação de busca e apreensão para retomar o veículo alienado quando o recorrido ajuizou oposição, que foi recebida pelo juiz como embargos de terceiro.

O magistrado julgou procedentes os embargos e reconheceu a propriedade do veículo ao embargante.

De fato, agiu acertadamente o magistrado.

Conforme os documentos de f. 9-10, verifica-se que o recorrido Euder Clemente Barcelos é o real proprietário do automóvel e que apenas emprestou-o ao irmão de Lorinaldo que foi quem celebrou o contrato com a financeira.

Conquanto a financeira alegue que tomou as devidas cautelas para a celebração do contrato, constata-se justamente o contrário, pois celebrou com Lorinaldo um contrato de alienação fiduciária em que foi dado como garantia bem pertencente a terceiro, sem o seu consentimento.

Nota-se que caberia à instituição financeira diligenciar com cuidado ao proceder à celebração de tais contratos, o que não foi feito, pois nem ao menos teve o cuidado de conferir o documento original do veículo e pesquisar a sua situação do Detran.

Não procede, também, a alegação de que o proprietário do veículo teria concordado com a alienação fiduciária apenas porque reclamou o veículo um ano e meio após tê-lo emprestado ao irmão de Lorinaldo.

Com efeito, por mais que o empréstimo tenha se estendido por tempo considerável, tal fato não é capaz de atribuir a propriedade ao possuidor do automóvel nem mesmo autorizar que um terceiro, o qual não tem a propriedade do automóvel, celebre contrato de alienação fiduciária e dê o veículo em garantia, ao arrepio total da lei.

Ademais, pelos documentos de f. 66-68, verifica-se que o recorrido Euder Clemente Barcelos ajuizou no dia 1.6.2006 ação de reintegração de posse contra José Roberto dos Santos Gomes, a quem havia emprestado o veículo, e por essa razão não há falar que Euder foi conivente com o negócio ou se manteve inerte.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 13 de abril de 2010.

***

Mandado de Segurança n. 2010.006368-7 - Capital
Órgão Especial
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRORROGAÇÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE – LEI FEDERAL N. 11.770/2008 – EC N. 041/2009, QUE ACRESCENTOU § 3º AO ART. 206 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – LEI ESTADUAL SUPERVENIENTE N. 3.855, DE 30 DE MARÇO DE 2010 – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA VIDA E DA SAÚDE DA CRIANÇA E DA FAMÍLIA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Comprovada a necessidade de prorrogação da licença-maternidade, com vistas a assegurar o aleitamento do recém-nascido, o seu indeferimento pela Administração Pública afronta o direito líquido e certo de proteção à vida e à saúde da criança e da família, assegurado pela legislação em vigor (Constituição Federal, Constituição Estadual e Lei Estadual superveniente), bem assim desrespeita o princípio da razoabilidade e da dignidade humana.

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, conceder a segurança, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, 23 de abril de 2010.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Adriana Prolo Valente, qualificada nos autos, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pela Secretária de Estado da Educação e pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento do seu pedido de prorrogação de licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias, formulado com base no art. 1º da Lei Federal n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, que garantiu o referido benefício à empregada de pessoa jurídica e à servidora da administração pública, que aderir ao programa.

Argumentando, em síntese, que o ato é ilegal e ofende seu direito líquido e certo, requereu o deferimento de liminar e, ao final, a concessão da segurança, em definitivo, para ordenar aos impetrados que prorroguem em 60 (sessenta) dias a sua licença-maternidade.

Além dos documentos comprobatórios do alegado, a impetrante, que é professora de ensino médio, residente no Distrito de Vila Vargas, Município de Dourados, juntou declaração de hipossuficiência, atribuindo à causa o valor de R$ 510,00 (quinhentos e dez reais).

O pedido de gratuidade processual e de liminar foram deferidos.

Nas informações, as autoridades impetradas requereram a denegação da segurança, argumentando, em síntese, que o Estado está autorizado e não obrigado a acatar o dispositivo da Lei Federal n. 11.770/2008, aditando que a Emenda Constitucional n. 41/09, que acrescentou o § 3º ao art. 206 da Constituição Estadual, e que foi aprovada pela Assembléia Legislativa, depende de regulamentação por parte do Chefe do Executivo.

Ao final, os impetrados prequestionaram a matéria federal e constitucional ventilada, com vistas à eventual interposição de recursos às instâncias superiores, e informaram em expediente à parte, que já cumpriram a liminar concedida por esta relatoria (f. 39-40).

O Procurador-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da segurança.

VOTO

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

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Adriana Prolo Valente, contra ato praticado pela Secretária de Estado da Educação e pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento do seu pedido de prorrogação de licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias, formulado com base no art. 1º da Lei federal n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, que garantiu o referido benefício à empregada de pessoa jurídica e à servidora da administração pública, que aderir ao programa.

A segurança deve ser concedida.

Independentemente da existência, na Administração Pública Estadual, de norma ordinária, em complemento à legislação federal mencionada, que autoriza a prorrogação da licença-maternidade, a Constituição Federal impõe aos entes estatais, nos termos dos artigos 196 e 227, a proteção à vida e à saúde como um direito de todos, inclusive das crianças, que, sem embargo disso, estão ao abrigo do art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual elas "têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".

Sendo assim, ao indeferir o pedido de prorrogação da licença-maternidade, não resta dúvida que a Administração Pública afrontou o direito líquido e certo de proteção à vida e à saúde da criança e da família, assegurado pela Constituição Federal, bem assim desrespeitou o princípio da razoabilidade e da dignidade humana.

Pesquisas científicas atestam a importância de se amamentar a criança, no mínimo, por 6 (seis) meses, fato este que interfere, diretamente, no desenvolvimento do infante, em especial quanto à resistência a doenças de toda sorte.

Existem, nesta Corte, diversos precedentes jurisprudenciais, entre os quais destaco as decisões unânimes da 1ª, 2ª e 3ª Seções Cíveis, respectivamente:

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRORROGAÇÃO LICENÇA-MATERNIDADE – LEI N. 11.770/2008 – SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FAMÍLIA E À CRIANÇA – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE MALFERIDO – ORDEM CONCEDIDA.

> A Lei n. 11.770/2008, ao prorrogar a licença-maternidade de 120 para 180 dias, buscou implementar os deveres constitucionais de proteção à família e à criança, de sorte que impõe a observância a tais preceitos. Inteligência dos artigos 226, caput e § 4º, e 227, caput, da Constituição Federal.
>
> Revela-se, ademais, desarrazoado o indeferimento do pedido na esfera administrativa sob o argumento de não-adoção da extensão do benefício pela Administração Estadual, quando já há lei aprovada e sancionada a respeito para outras servidoras.[1]
>
> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – LICENÇA-MATERNIDADE – LEI FEDERAL N. 11.770/2008 – PRORROGAÇÃO – POSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.
>
> I – Em havendo expressa autorização legal para que a Administração Pública direta, indireta e fundacional institua programa que garanta a prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, não se afigura lícito que se aguarde a iniciativa da Administração em assim proceder, para que possa ser usufruído tal direito, pela interessada.[2]
>
> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRORROGAÇÃO LICENÇA-MATERNIDADE – LEI N. 11.770/2008 – SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FAMÍLIA E À CRIANÇA – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE MALFERIDO – ORDEM CONCEDIDA.
>
> A Lei n. 11.770/2008, ao prorrogar a licença-maternidade de 120 para 180 dias, buscou implementar os deveres constitucionais de proteção à família e à criança, de sorte que impõe a observância a tais preceitos. Inteligência dos artigos 226, *caput* e § 4º, e 227, caput, da Constituição Federal.
>
> Não há falar em indeferimento do pedido na esfera administrativa sob o argumento de não-adoção da extensão do benefício pela Administração Estadual, quando já há lei aprovada e sancionada a respeito pela Assembléia Legislativa e sancionada pelo Governador do Estado.
>
> Sob este prisma, revela-se evidente a concordância do chefe do executivo com o conteúdo da norma, sendo correta a extensão do benefício para outras servidoras. Hipótese em que não se caracteriza a violação ao princípio da interdependência entre os Poderes Públicos.[3]

Conforme anotado no corpo acórdão do Agravo Regimental em mandado de Segurança n. 2009.025069-5/0001-00, da Terceira Seção Cível, o Supremo Tribunal Federal, esposando o mesmo raciocínio, publicou a Resolução n. 383, de 7 de novembro de 2008, garantindo expressamente a prorrogação da licença gestante, inclusive para a servidora adotante.

No mesmo julgado, constaram os seguintes subsídios, cujos alvitres encampo, por reforçarem os fundamentos já externados:

> A Lei n. 3.310, de 14 de dezembro de 2006, Estatuto dos Servidores Públicos do Poder Judiciário [de Mato Grosso do Sul], permitiu às suas servidoras a prorrogação de 60 (sessenta) dias à licença-maternidade, em seu artigo 127-A.

1 TJMS, MS n. 2009.020082-7, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 5.11.2009.
2 TJMS, MS n. 2009.021738-9, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 14.12.2009.
3 TJMS, AgRg n. 2009.025069-5/0001-00, Terceira Seção Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 16.11.2009.

> Importante destacar que a Lei [estadual] n. 3.658/2009 introduziu a inovação em comento na esfera estadual [art. 275-A], e o fez obedecendo aos trâmites legislativos, isto é, foi aprovada pela Assembléia Legislativa e sancionada pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, o que evidencia a concordância do chefe do executivo, bem como do Poder Legislativo com o conteúdo da norma, configurando desarrazoado indeferir o pedido da servidora-impetrante ao fundamento de que a prorrogação da licença-maternidade não foi adotada pela Administração Pública Estadual, carecendo de amparo legal.

Anoto, por derradeiro, que, aos 30 de março do corrente ano, foi editada a Lei n. 3.855, sancionada pelo Governador, concedendo às servidoras públicas civis e militares do Poder Executivo Estadual, das suas autarquias e das suas fundações, a prorrogação, por sessenta dias, da licença-maternidade, o que está em sintonia com a Emenda Constitucional n. 41, de 7 de outubro de 2009, que acresceu o § 3º ao art. 206 da Constituição do Estado, garantindo a prorrogação da licença-maternidade, nos termos da lei.

Esta iniciativa vem apenas corroborar o acerto das decisões desta Corte muito antes da edição da lei prefalada.

Em face do exposto, voto, com o parecer ministerial, pela concessão da segurança, a fim de que seja deferido o pedido de prorrogação da licença-maternidade da impetrante, na forma do pedido constante na inicial do *mandamus*, restando afastadas todas as teses jurídicas esposadas pelo impetrado, bem assim as alegações de ofensas aos dispositivos legais prequestionados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves, Atapoã da Costa Feliz, Hildebrando Coelho Neto, Tânia Garcia de Freitas Borges, Rêmolo Letteriello, Divoncir Schreiner Maran, Julizar Barbosa Trindade, Romero Osme Dias Lopes e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 23 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.004628-5- Coxim
Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA – SERVIÇO ESSENCIAL – HOSPITAL – IMPOSSIBILIDADE – INTERESSE DA COLETIVIDADE – PRELIMINAR NULIDADE DA SENTENÇA – INDEFERIMENTO PROVA PERICIAL – AFASTADA – MÉRITO – ÔNUS DA PROVA – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – NÃO COMPROVAÇÃO – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA COMO CONSIGNADOS NA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU POSTO QUE O PLEITEADO JÁ FOI ATENDIDO – PARCIALMENTE PROVIDO.

Concorrem os requisitos legais para concessão da medida de impedimento da suspensão do fornecimento de energia elétrica, uma vez que o apelante é hospital, é dizer, unidade prestadora de serviço essencial à saúde, de maneira que, nos termos do inciso II do § 3º do artigo 6º da Lei n. 8.987/95, deve ser ponderado o interesse da coletividade.

Ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à demanda. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento, usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso. Vale dizer, o livre convencimento motivado do juiz, aliado ao seu poder de direção e de instrução, autorizam-no a dispensar a produção de provas, quando o conjunto probatório indica que não é necessário fazê-lo.

Apelante não se desincumbiu do ônus de demonstrar imunidade/isenção com relação ao ICMS, limitando-se a argumentar que referido tributo deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida.

Correção Monetária e Juros de Mora mantidos porque o pleiteado já havia sido consignado na sentença nos termos do pedido recursal.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 25 de maio de 2010.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Sociedade Beneficente de Coxim apela da sentença que julgou procedente o pedido na ação de cobrança proposta por Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A.

Para tanto discorre às f. 213-227 acerca da necessidade de reforma da decisão de primeiro grau, preliminarmente arguindo cerceamento de defesa porquanto não foi deferida a produção de prova pericial.

No mérito, argumenta *"o que a apelante não concorda E. Julgadores é pagar imposto sem o seu efetivo consumo, uma vez que o ICMS somente deve incidir sobre valor de energia elétrica efetivamente consumida"* f. 215.

Ressalta irregularidade nos valores apontados, bem como a impossibilidade de corte no fornecimento de energia elétrica porque o hospital é o único ponto de atendimento do município e região englobando Pedro Gomes, Rio Verde e Alcinópolis.

Assevera que a correção monetária e os juros de mora devem incidir a partir do ajuizamento da ação e não dos vencimentos das faturas.

Por fim, pugna pelo acolhimento da preliminar e, no mérito, pela reforma da sentença.

Na resposta a apelada rebate as razões recursais pedindo o não-provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Consta dos autos que a Enersul ajuizou ação de cobrança em desfavor de Sociedade Beneficiente de Coxim para recebimento de contas de energia elétrica relativas aos meses de maio a novembro de 2004. O julgador entendeu procedente o pedido da exordial condenando a apelante ao pagamento de R$ 37.379,39 mais juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo IGPM a contar do ajuizamento da ação.

Acerca da suspensão do fornecimento de energia, entendo que concorrem os requisitos legais para concessão da medida uma vez que o apelante é hospital, é dizer, unidade prestadora de serviço essencial à saúde, de maneira que, nos termos do inciso II do §3º do artigo 6º da Lei n. 8.987/95, a suspensão por inadimplemento do usuário será permitida quando considerado o interesse da coletividade:

> § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Desse modo, há que se sobrepor o interesse da coletividade na continuidade do funcionamento do hospital, com a finalidade de preservar a vida, bem como a dignidade humana da população da cidade e cidades beneficiadas do entorno. Isso porque a sociedade se destina a socorrer enfermos e a interrupção do fornecimento de energia elétrica afronta diretamente as necessidades inadiáveis da população.

Neste sentido, procede às inteiras a alegação da apelante de impossibilidade de suspensão no fornecimento de energia elétrica. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça:

Com efeito, a interrupção do fornecimento de energia, caso efetivada, implicaria sobrepor, na cadeia de valores tutelados pelo ordenamento jurídico, o contrato à vida humana e à integridade dos pacientes. Nessas

circunstâncias, o interesse coletivo que autoriza a solução de continuidade do serviço é relativizado em favor do interesse público maior: a proteção da vida. (STJ, REsp n. 621435/SP, Primeira Turma, Rel.ª Minª. Denise Arruda, julgado em 21.9.2006)

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇOS ESSENCIAIS. SÚMULA 7/STJ. [...] 3. **O art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei n. 8.987/95 estabelece que é possível o corte do fornecimento de energia desde que considerado o interesse da coletividade, desde que não aconteça indiscriminadamente, preservando-se as unidades públicas essenciais, como hospitais, pronto-socorros, escolas e creches**. Precedentes: REsp n. 876.723/PR DJ 05.02.2007; REsp n. 654.818/RJ, DJ 19.10.2006.4. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula n. 07/STJ, máxime quando há conclusão do Tribunal de origem acerca da existência de serviços essenciais em face do consumidor. 5. Agravo Regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp n. 1046236/PA, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 5.2.2009)

> PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. TEMAS INSERTOS NOS ARTIGOS 801, INCISO III, E 806 DO CPC. AUSÊNCIA DE DEBATE. SÚMULA 211/STJ. ENERGIA ELÉTRICA. MUNICÍPIO INADIMPLENTE. MEDIDA CAUTELAR DE CARÁTER SATISFATIVO. PRESSUPOSTOS. MATÉRIA FÁTICA. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO-DEMONSTRADO. [...] 2. As medidas liminares de caráter satisfativo são admissíveis, excepcionalmente, face das peculiaridades do caso concreto, desde que estejam presentes os pressupostos específicos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e seja a pretensão almejada indispensável à preservação de uma situação de fato que se revele incompatível com a demora na prestação jurisdicional. Precedentes. [...] 4. **O corte de energia elétrica por inadimplência não configura descontinuidade da prestação do serviço público, já que o interesse da coletividade deve prevalecer, não sendo permitida interrupção no fornecimento em unidades essenciais, tais como escolas e hospitais**. 5. Recurso especial conhecido em parte e provido em parte. (STJ, REsp n. 705983/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 16.10.2007) – grifei.

No tocante à preliminar de nulidade da sentença, tenho que não merece guarida.

Isso porque ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à demanda. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (art. 131[1] do CPC), usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso. Vale dizer, o livre convencimento motivado do juiz, aliado ao seu poder de direção e de instrução (artigos 130 e 131, do CPC), autorizam-no a dispensar a produção de provas, ainda mais em circunstâncias semelhantes às dos autos, em que o conjunto probatório indica que não é necessário fazê-lo, porquanto a realização de perícia no medidor não é imprescindível para o deslinde da demanda.

O raciocínio sopesado acima encontra respaldo no Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FUNCEF. COMPLEMENTAÇÃO DEAPOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL QUE NÃO ALCANÇA O FUNDO DO DIREITO. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE PERCENTUAIS DIFERENCIADOS ENTRE HOMENS E MULHERES. QUESTÃO DECIDIDA COM AMPARO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO.

1 Art. 131/CPC: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que na alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

> I - [...]
>
> II - O julgamento antecipado da lide, por si só, não caracteriza cerceamento de defesa, já que cabe ao magistrado apreciar livremente as provas dos autos, indeferindo aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias.
>
> III - [...]
>
> Agravo improvido. (AgRg no Ag n. 1018305/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 1.7.2008)

E ainda:

> PROCESSUAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PEDIDO DE PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL. AVAL DADO POR SÓCIO-GERENTE. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA. DISCUSSÃO SOBRE ATO PRATICADO COM EXCESSO DE PODERES IRRELEVANTE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO.
>
> I. É possível ao juízo da instrução a dispensa das provas requeridas pela parte, quando desnecessárias ao julgamento da causa, o que se verificou na hipótese dos autos.
>
> II. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 183050/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 13.11.2000, p. 146)

Portanto, afasto a preliminar aventada no recurso.

No mérito, de início a consignação de que total razão assiste à apelada na cobrança porquanto não existem nos autos elementos comprovadores da imunidade quanto a incidência do ICMS sobre o consumo de energia elétrica.

Ainda, como bem observado pelo magistrado o serviço foi devidamente prestado, existindo relação jurídica entre as partes, senão vejamos:

> A requerida não rechaça a relação jurídica entabulada com a empresa autora, tampouco o débito indicado na inicial, limitando-se, em contestação, a afirmar estar ele eivado de excessos, tais como ICMS, encargo de capacidade emergencial, demanda de ultrapassagem, juros, correção monetária e multa. (intróito da decisão)

Compulsando os autos, tenho que a apelante não se desincumbiu do ônus de demonstrar imunidade/isenção com relação ao ICMS, limitando-se a argumentar que referido tributo deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida.

Acerca do ônus da prova Ada Pallegrini observa que:

> [...] 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 allegata 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 art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.[2]

2 GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros. p. 349-350.

Ainda, Fredie Didier citando Jeremias Bentham ensina que:

> [...] o direito à prova é resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo. Como demonstra Vigorriti, a estreita conexão entre as alegações dos fatos, com que se exercem os direitos de ação e de defesa, e a possibilidade de submeter ao juiz os elementos necessários para demonstrar os fundamentos das próprias alegações tornou clara a influência das normas em termos de prova sobre os direitos garantidos pelo *due process of law*.[3]

Não é diferente Guilherme Marinoni:

> [...] o art. 333, CPC, é um indicativo para o juiz livrar-se do estado de dúvida e decidir o mérito da causa. Tal dúvida deve ser suportada pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre a alegação de fato constitutivo, essa deve ser paga pelo demandante, tendo o juiz de julgar improcedente o seu pedido, ocorrendo o contrário em relação às demais alegações de fato. Já se decidiu que o art. 130, CPC, não viola o art. 333, CPC, porquanto a formalização do julgamento a partir da norma sobre o ônus da prova deve ser a última ratio para solução do litígio entre as partes.[4]

Ademais, consoante entendimento esposado pelo douto Desembargador Sérgio Martins, integrante desta 1ª Turma, incumbiria à apelante pleitear a imunidade tributária perante o sujeito ativo da tributação e não, como fez, perante a apelada:

> EMENTA – 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. (TJMS, AC n. 2006.014845-6, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 6.10.2009)

Dessa forma, a mesma tese afasta as taxas e encargos que a apelante afirma serem ilegais.

Por fim, quanto aos juros de mora e correção monetária não vejo necessidade de manifestação porquanto o pedido foi para que incidissem à partir do ajuizamento da ação e, já foi consignado à f. 207 da sentença de primeiro grau o pleiteado. Portanto, não há discussão.

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso, tão-somente para determinar a impossibilidade de interrupção no fornecimento de energia elétrica para a Sociedade Beneficente de Coxim.

3 DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. Editora Podivm. p. 18.

4 Marinoni, Luiz Guilherme. Código de processo civil comentado. São Paulo: RT. p. 336.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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, 25 de maio de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.021484-0 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – LEI FEDERAL E LEI ESTADUAL – COMPETÊNCIA CONCORRENTE SUPLEMENTAR DO ESTADO – ECAD – COBRANÇA DE TAXA DE DIREITOS AUTORAIS – ENTIDADE FILANTRÓPICA – LEI ESTADUAL N. 2.660/2003 – ISENÇÃO DE TAXA DO ECAD – ENTIDADE OFICIALMENTE DECLARADA DE UTILIDADE PÚBLICA ESTADUAL – PAGAMENTO INEXIGÍVEL – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – RECURSO PROVIDO.

Nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal, existe a competência concorrente entre a União e o Estado para legislar sobre direito tributário.

Sendo a apelante uma instituição filantrópica oficialmente declarada de Utilidade Pública Estadual, deve ser contemplada com a isenção de pagamento das taxas de direitos autorais, em eventos cuja renda destina-se a angariar fundos para a manutenção de seu funcionamento, nos exatos termos do art. 1º da Lei Estadual n. 2.660 de 6 de agosto de 2003.

Considerando que a apelante saiu vencedora na ação, deve o apelado responder integralmente pelo pagamento das custas processuais e honorários de advogado, em estrita observância ao artigo 20 do Código de Processo Civil.

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER A EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA TAXA DE DIREITOS AUTORAIS FUNDAMENTADA NA LEI ESTADUAL N. 2.660/2003 – LIMINAR MANTIDA – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – RECURSO PROVIDO.

Sendo inexigível o pagamento da taxa de direitos autorais às Instituições Filantrópicas oficialmente declaradas de Utilidade Pública Oficial, deve-se tornar definitiva a medida liminar concedida para suspender a exigência de recolhimento da taxa de direitos autorais.

Considerando que a apelante saiu vencedora na ação, deve o apelado responder integralmente pelo pagamento das custas processuais e honorários de advogado, em estrita observância ao 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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de maio de 2010

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

I – Autos n. 2009.021486-4

Missão Salesiana de Mato Grosso apela da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória de inexistência de relação jurídica que propôs em desfavor do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais – ECAD.

Defende que a Lei Estadual n. 2.660/2003, que dispõe sobre a isenção de taxa de ECAD para as instituições filantrópicas não é inconstitucional, pois de acordo com o art. 24, I, da Constituição Federal, trata-se de matéria tributária e, portanto existe competência concorrente entre a União e o Estado para legislar sobre a matéria.

Sustenta que é entidade de caráter filantrópico, devidamente cadastrada juntos aos Conselhos Nacional, Estadual e Municipal de assistência social.

Pondera que não obstante o fato de terem sido cobrados ingressos na festa junina realizada, não existiu a finalidade de obtenção de lucro, uma vez que o fundo angariado serviu para cobrir as despesas da festa e o restante foi revertido para o desempenho das atividades institucionais.

Esclarece que as festas juninas possuem caráter eminentemente folclórico, com ampla aplicação didática nas instituições de ensino, sendo o direito cultural protegido pela Constituição Federal nos artigos 215 e 216.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, para que seja declarada a inexigibilidade de pagamento de direitos autorais nas festas juninas realizadas pela entidade, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Às f. 178-185, o apelado apresentou resposta, enfrentando os fundamentos do recurso, defendendo ao final o seu improvimento.

II – Autos n. 2009.021484-0

Missão Salesiana de Mato Grosso apela da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação cautelar inominada que propôs em desfavor do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais – ECAD.

Assevera que está presente o requisito para a manutenção da medida liminar concedida às f. 38-40, qual seja, o fumus boni iuris respaldado na aplicação da Lei Estadual n. 2.660/2003, que prevê a isenção da cobrança da taxa do ECAD para as instituições filantrópicas.

Ao depois, suscita as mesmas razões recursais que foram defendidas na Ação Declaratória conexa n. 2009.021486-4.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso, para que seja mantida a liminar anteriormente concedida, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Às f. 238-245, o apelado apresentou resposta, requerendo o não-provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Ação principal de declaração de inexistência de relação jurídica proposta nos termos do art. 806 do CPC, ante a ação cautelar preparatória manejada, cujo objetivo é a declaração de inexigibilidade de pagamento de direitos autorais da festa que foi realizada no dia 24.6.2005, sob o argumento de ser instituição beneficente de assistência social, fazendo jus a isenção prevista na Lei Estadual n. 2.660 de 6 de agosto de 2003.

Colhe-se dos autos, que no dia 21.6.2005 a apelante aforou a ação cautelar inominada em desfavor do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais - ECAD, pretendendo a obtenção de medida liminar para suspender a notificação de f. 26 e autorizar a realização da festa junina do Colégio Dom Bosco no dia 24.6.2005, sem ter de pagar a quantia de R$ 3.500,00 reais, referentes a taxas de direitos autorais.

O magistrado *a quo*, ao analisar a pretensão deduzida na ação cautelar, proferiu a seguinte decisão:

> Como é cediço, para que seja possível a concessão de liminar em se tratando de ação cautelar, é necessário que se demonstre a existência dos requisitos autorizadores, consubstanciados no perigo da demora e na plausibilidade do direito invocado.
>
> O art. 1º da Lei Federal n. 2.660, de 6.8.2003, prevê que "as entidades filantrópicas, oficialmente declaradas de Utilidade Pública Estadual, em eventos beneficentes cuja renda destina-se a angariar fundos para a manutenção e funcionamento das mesmas, ficam isentas de recolher taxas ao ECAD".
>
> A requerente comprovou, pelo menos para um juízo próprio de cognição sumária, que foi declarada como entidade de utilidade pública estadual e é uma entidade de assistência social, o que a coloca como uma das beneficiárias da isenção prevista no disposto alhures indicado.
>
> Presente, portanto, o *fumus boni iuris*.
>
> O *periculum in mora* decorre dos prejuízos que requerente poderia experimentar com a suspensão ou a interrupção do evento.
>
> Insta considerar que a concessão da liminar não trará qualquer prejuízo ao requerido, pois, se não for acolhido o pedido de declaração de inexistência de débito a ser formulado na ação principal, ele poderá buscar o recebimento do valor que entende devido. (f. 38-40)

Posteriormente, atendendo a disposição contida no art. 806 do Código de Processo Civil, a apelante ajuizou ação declaratória de inexistência de relação Jurídica em face do apelado, almejando a pretensão dita alhures.

Ao por termo à questão, o juízo de primeira instância decidiu:

> Não há dúvidas que a pretensão da requerente encontra fundamento na Lei Estadual n. 2.660/2003, sendo certo também que existe lei federal dispondo sobre direitos autorais, tutelando direitos e estabelecendo obrigações, de modo que não poderia a lei estadual se contrapor à lei federal.

> [...]
>
> Não se pode olvidar que compete privativamente à União legislar sobre direito civil, segundo prevê o artigo 22, I, da Constituição Federal, o que deixa evidente a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 2.660/2003, pois não poderia dispor sobre matéria reservada exclusivamente a União.
>
> É a Lei Federal n. 9.610, 19.2.1998, que rege exclusivamente a matéria relativa ao direito autoral, portanto.
>
> Segundo prevêem os artigos 28 e 29 da Lei Federal n. 9.610/98, somente ao autor cabe o direito de usar, fruir e dispor de sua obra, sendo proibida qualquer utilização sem prévia e expressa autorização.
>
> Ista considerar que a Lei de Direitos Autorais não previu a possibilidade de isenção do pagamento de direitos autorais para as entidades beneficentes, não fazendo distinção quanto à natureza da pessoa física ou jurídica, se particular ou pública, com ou sem fins lucrativos, conforme se observa no § 3º do artigo 68 da referida lei.
>
> Ademais, segundo o entendimento da 2º Seção do Superior Tribunal de Justiça, os direitos autorais "são devidos ainda que a utilização da obra seja sem fim lucrativo".
>
> Ista considerar também, que a inexigibilidade do pagamento de direitos autorais, só é admitida nos casos em que não haja proveito econômico, direto ou indireto, sem a cobrança de ingressos e sem a contratação de artistas, o que não ocorreu neste caso, pois houve cobrança de ingressos (f. 26) e contratação de músicos, sendo que sequer houve menção no convite da natureza beneficente do evento (f. 117-124).

Pois bem, antes de mais nada, cumpre salientar que como ambos os recursos almejam o mesmo fim pretendido, passarei a analisá-los conjuntamente.

1 – Ação Declaratória n. 2009.021486-4 e Ação Cautelar n. 2009.021484-0

Sustenta a apelante, resumidamente, que a Lei Estadual n. 2.660/2003 não é inconstitucional, uma vez que trata de matéria tributária e, portanto, nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal existe competência concorrente entre a União e o Estado para legislar sobre o assunto; e que é entidade de caráter filantrópico, devidamente cadastrada junto aos Conselhos Nacional, Estadual e Municipal de assistência social, fazendo jus à isenção prevista no mencionado diploma.

O cerne da irresignação recursal, consubstancia-se em saber, se a Lei Estadual n. 2.660/2003 é inconstitucional ou não, pelo suposto fato dela legislar sobre matéria de direito civil, que é reservada exclusivamente à União - como defendeu o sentenciante -, de modo a averiguarmos se a norma nela contida, se sobrepõe, ou não, às normas gerais estabelecidas na Lei Federal n. 9.610/1998.

Por oportuno, vejamos novamente o entendimento exarado pelo sentenciante no tocante a essa questão:

> Não há dúvidas que a pretensão da requerente encontra fundamento na Lei Estadual n. 2.660/2003, sendo certo também que existe lei federal dispondo sobre direitos autorais, tutelando direitos e estabelecendo obrigações, de modo que não poderia a lei estadual se contrapor à lei federal.

> Não se pode olvidar que compete privativamente à União legislar sobre direito civil, segundo prevê o artigo 22, I, da Constituição Federal, o que deixa evidente a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 2.660/2003, pois não poderia dispor sobre matéria reservada exclusivamente a União.

Ouso divergir do posicionamento adotado pelo magistrado de primeira instância, pois entendo que a Lei Estadual n. 2.660/2003 não legisla sobre direito civil, mas sim sobre matéria de direito tributário.

Isto porque, a Lei n. 2.660 de 6 de agosto de 2003, ao legislar sobre isenção de taxa do ECAD para as instituições filantrópicas oficialmente declaradas de Utilidade Pública Estadual, adentra na esfera tributária, pois legisla acerca de matéria exclusiva do direito tributário, já que concede às entidades beneficentes a garantia de isenção do pagamento da taxa de direitos autorais, excluindo, portanto, a sua exigibilidade para certas instituições de caridade.

Como se sabe, a isenção decorre sempre de lei que a regule exclusivamente e a defina, prescindindo da via legislativa apta para revogar a lei impositiva, pois exclui o crédito tributário (taxa).

Prescreve o art. 176, do Código Tributário Nacional, *verbis*:

> A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

Por outro lado, o parágrafo 6º do artigo 150 da Constituição Federal estabelece:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> § 6º. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.

Desse modo, em se tratando a isenção de matéria tributária, existe a competência legislativa concorrente entre a União, Estados e ao Distrito Federal, nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal, senão vejamos:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.

Sem embargo, a Constituição quis proporcionar um maior respaldo às ordens jurídicas parciais que integram o pacto federativo, pois a competência legislativa concorrente nada mais é do que aquela em que mais de uma pessoa política de direito público interno exerce o poder de legislar sobre certa matéria.

A Constituição da República, nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal, daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º, CF), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (art. 24, § 2º, CF).

In casu, a União editou a Lei Federal n. 9.610/1998, que atualizou e consolidou a legislação sobre as normas gerais de direitos autorais, instituindo também um único escritório central para a arrecadação e distribuição da das taxas arrecadas pelo uso de qualquer natureza das obras intelectuais protegidas (ECAD).

No ano de 2003, mais precisamente em 6 de agosto, o Estado de Mato Grosso do Sul, exercendo sua competência concorrente suplementar (§ 2º, art. 24, CF), editou a Lei n. 2.660, que dispôs sobre a isenção de taxa do ECAD para as instituições filantrópicas oficialmente declaradas de Utilidade Pública Estadual.

Dispõe o art. 1º da mencionada Lei, *in verbis*:

> Art. 1º. As entidades filantrópicas, oficialmente declaradas de Utilidade Pública Estadual, em eventos beneficentes cuja renda destina-se a angariar fundos para a manutenção e funcionamento das mesmas, ficam isentas de recolher as taxas do ECAD.

Portanto, conclui-se que a mencionada lei em questão não é inconstitucional, seja no aspecto formal ou material, em razão de ter sido elaborada por ente federativo competente para legislar sobre a matéria.

Alexandre de Morais[1] elucida que:

> A discricionariedade na concessão de isenções, porém, não deve ser confundida com arbitrariedade ou favorecimentos ilegais e abusivos. A União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas competências constitucionais, deverão respeitar os princípios da igualdade, impessoalmente e moralidade, na edição da lei concedente da isenção em matéria tributária, que deverá observar critérios objetivos, lógicos e razoáveis.

Desse modo, constata-se que a própria Constituição Federal concedeu aos Estados e ao Distrito Federal a competência legislativa suplementar, pois, não obstante seja encargo conferido à União legislar sobre normas gerais, possuem eles, a prerrogativa de aperfeiçoá-las, adequando algumas peculiaridades às suas necessidades regionais de ordem pública.

Assim o § 2º do art. 24, CF, permite que os Estados e o Distrito Federal pormenorizem, sem arbitrariedades, as normas gerais, mencionadas no § 1º, estabelecendo as condições para sua aplicação, à luz de requisitos razoáveis e justificáveis.

Forçoso é concluir, portanto, que a Lei Estadual n. 2.660/2003 é plenamente constitucional e válida, uma vez que apenas aperfeiçoou e suplementou a Lei Federal n. 9.610/1998, para atender às suas necessidades regionais.

Pode-se dizer, então, que referida Lei Estadual é perfeitamente aplicável ao caso em comento.

Cumpre-nos agora verificar se a apelante preenche os requisitos exigidos pela lei, de modo a ser agraciada com as benesses da isenção.

Pois bem, a apelante alegou que é entidade de caráter filantrópico, devidamente cadastrada juntos aos Conselhos Nacional, Estadual e Municipal de assistência social, fazendo jus à isenção prevista na Lei Estadual.

1 MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 884-885.

Alegou também que a festa junina não foi realizada com o intuito de obtenção de lucro, uma vez que o fundo angariado serviu para cobrir as despesas da festa e o restante foi revertido para o desempenho de suas atividades institucionais, tais como o Ampare (crianças carentes), Obra Social Paulo VI, Missões Indígenas entre outras.

Tenho que a apelante merece ser beneficiada com a isenção almejada.

Compulsando os autos, verifica-se que a Missão Salesiana de Mato Grosso é "uma entidade católica, beneficente, educativo-cultural e de assistência social, sem fins econômicos, que tem por finalidade a colaboração na construção do Reino de Deus, pela formação integral da pessoa humana". (art. 4º, Estatuto Social, f. 17).

Colhe-se ainda que a Missão Salesiana de Mato Grosso é reconhecida como de Utilidade Pública Federal pelo Decreto n. 62.137 de 17.1.1968 (f. 28); Utilidade Pública Estadual, pela Lei n. 135 de 19.9.1980, do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 29) e de Utilidade Pública Municipal pela Lei n. 707, de 24.2.1961, do Município de Campo Grande-MS (f. 30), além de ser considerada pelo Conselho Nacional de Assistência Social, Entidade Beneficente de Assistência Social (f. 31).

Logo, diante da farta documentação acostada pela apelante, constata-se que realmente ela preenche os requisitos exigidos pela Lei Estadual n. 2.660/2003, qual seja, é uma instituição filantrópica oficialmente declarada de Utilidade Pública Estadual.

De outro norte, não obstante o fato de ter sido cobrado ingresso na festa junina realizada no dia 24.6.2005, é certo que não houve o intuito de obter lucro com o evento, pois sendo a apelante uma entidade beneficente, sem fins lucrativos, pode-se dizer que o fundo angariado com o evento foi revertido para a consecução de seus objetivos institucionais.

O Estatuto Social da Missão Salesiana (f. 17-21) prevê expressamente em seus artigos 66, 67, 68 e 69, que todas as suas receitas, rendas e rendimentos serão aplicados integralmente no território nacional para a manutenção e o desenvolvimento de seus objetivos institucionais.

Assim, ainda que tenham sido cobrados ingressos na festa junina, por certo que a sua realização não objetivou o lucro, sendo realizada, portanto, sem fins lucrativos, de modo que a cobrança das taxas de direitos autorais é indevida.

Nesse sentido, é uníssono o entendimento da jurisprudência:

> DIREITOS AUTORAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO. FESTA SEM FINS LUCRATIVOS. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO. - **A execução de músicas em festejos promovidos** por municipalidade **sem intuito de lucro, direto ou indireto, não está sujeita ao pagamento de direitos autorias**. - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 112.449/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 17.9.1998, DJ 16.11.1998, p. 95) (grifei).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO DE DIREITOS AUTORAIS – ECAD – EXECUÇÃO MUSICAL EM SALÃO DE FESTA DE ASSOCIAÇÃO DE CLASSE – EVENTOS DE CUNHO SOCIAL E FAMILIAR – AUSÊNCIA DE LUCRO – SENTENÇA MANTIDA. Indevidos são os direitos autorais dos músicos em festejo de caráter social e familiar, eis que inexistente o proveito econômico. (TJ/MS, AC n. 2009.029899-4, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, DJ 15.12.2009).

Diante do exposto, à medida que se impõe é tornar definitiva a medida liminar concedida (f. 38-40), e declarar a inexigibilidade de pagamento de direitos autorais por parte da apelante, nos termos do art. 1º da Lei Estadual n. 2.660/2003.

2 – Ônus Sucumbenciais

Por fim, considerando que a apelante saiu vencedora em ambas as ações, deve o apelado arcar integralmente com o pagamento das custas processuais e honorários de advogado (CPC, art. 20).

3 - Dispositivo

Isto posto, dou provimento ao recurso interposto na ação cautelar inominada, para tornar definitiva a medida liminar de f. 38-40, e dou provimento ao recurso interposto na ação declaratória de inexistência de relação jurídica, para declarar a inexigibilidade de pagamento de direitos autorais por parte da Missão Salesiana de Mato Grosso, nos termos do art. 1º da Lei Estadual n. 2.660/2003, invertendo-se os ônus sucumbenciais em ambas as ações.

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. Sérgio Fernandes Martins.

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, 18 de maio de 2010.

***

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2010.001645-1/0001-00
Campo Grande - Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CIVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AGÊNCIA BANCÁRIA – FILA – ATENDIMENTO EM TEMPO SUPERIOR AO PERMITIDO – OFENSA AS DISPOSIÇÕES ESTABELECIDAS PELA LEI MUNICIPAL N. 4.303/2005 – CONSUMIDOR – TRATAMENTO INADEQUADO – DESÍDIA QUE AFRONTA A DIGNIDADE DA PESSOA – DANO MORAL – CONFIGURADO – RECURSO IMPROVIDO.

O banco deve dispensar tratamento adequado e atencioso aos seus clientes, notadamente em respeito as disposições estabelecidas pela Lei Municipal n. 4.303/2005, que dispõe sobre o tempo máximo de permanência dos usuários na fila de atendimento, sob pena de não o fazendo, responder civilmente pelos danos causados a honra, intimidade, imagem e dignidade da pessoa humana.

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.

Campo Grande, 30 de março de 2010

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. agrava regimentalmente da decisão monocrática proferida na apelação cível interposta nos autos da ação de indenização por danos morais contra si proposta por Rafael Demenek

Assevera que a simples espera na fila para atendimento bancário em tempo superior ao estabelecido na Lei Municipal n. 4.303/2005, não possui o condão de gerar direito a indenização por danos morais, por se tratar apenas de meros aborrecimentos vivenciados no dia a dia.

Pondera que "a indignação declinada pelo ora agravado sobre a demora junto à fila não resultou conforme pretendeu na agonia, aflição física o moral até porque o ato que o mesmo declina em sua inicial – tentativa de promover o depósito – em detrimento a aqueles que já aguardavam na fila, esta sim resultaria em verdadeiro desrespeito aos demais clientes". (sic)

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, para que seja julgada improcedente a ação.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

O agravante insiste, no presente recurso, alegar que a espera pelos usuários na fila para atendimento nos caixas de suas Agências Bancárias localizadas nesta Capital, em tempo superior ao previsto na Lei Municipal n. 4.303/2005, não tem o condão de causar-lhes danos morais passíveis de indenização, por se tratar apenas de meros aborrecimentos vivenciados no dia a dia.

Contudo, não lhe assiste razão, pois ao contrário do asseverado, a decisão foi fundamentada de acordo com as peculiaridades do caso e em consonância com entendimento predominante de nossos Tribunais, senão vejamos:

> EMENTA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - FILA EM AGÊNCIA BANCÁRIA - PERMANÊNCIA SUPERIOR À ESTABELECIDA EM LEI MUNICIPAL – DANO CONFIGURADO. O fato de a apelada ter permanecido cerca de três horas e meia em fila de agência bancária do banco apelante, descumprindo lei municipal, ofende a sua dignidade. (TJMT, AC n. 47669/2009, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Alberto Alves da Rocha, DJ de 9.9.2009).
>
> REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. ESPERA DEMASIADA EM FILA DE BANCO. DESÍDIA QUE AFRONTA A DIGNIDADE DA PESSOA. DANO MORAL CONFIGURADO. 1. Quando nem mesmo as leis e regulamentos que buscam garantir o tratamento condigno e respeitoso ao cidadão logram modificar a política desidiosa das instituições bancárias, cabe, então, aquele buscar na Justiça a garantia dos seus direitos. (Recurso Cível n. 71001614460, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Rel. João Pedro Cavalli Junior, Julgado em 5.6.2008). 2. No caso dos autos, a requerente passou cerca de uma hora aguardando que fosse atendida pelo caixa do banco demandado, o qual dispunha apenas de dois funcionários para enfrentar imensa clientela. Sendo manifestamente desidioso o atendimento da Instituição Financeira, inegável a ocorrência dos danos morais indenizáveis. 3. O quantum indenizatório fixado na sentença, R$ 900,00 (novecentos reais), merece ser mantido, pois está em consonância com os critérios de proporcionalidade e razoabilidade e também às peculiaridades do caso concreto. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (TJRS, Recurso Cível n. 71001760149, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Rel. Ricardo Torres Hermann, Julgado em 30.10.2008).
>
> INDENIZAÇÃO-DANOSMORAIS-BANCO-FILA-DEMORA-CONSUMIDOR - TRATAMENTO ADEQUADO - LEI ESPECÍFICA - RESPONSABILIDADE. O banco deve dispensar tratamento adequado e atencioso aos seus clientes, notadamente em respeito à Lei n. 14.235/02, sob pena de, não o fazendo, incorrer em indenização por danos morais. A obrigação de indenizar se assenta nos pressupostos da demonstração da conduta culposa do agente, da existência do dano efetivo e do nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o resultado lesivo. (TJMG, n. 1.0024.06.932666-8/001, Rel. Des. Unias Silva, DJ de 19.10.2006).

Por esses motivos, a decisão de f. 141-148 deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos[1]:

1 "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. [...] Áh". (STJ, AgRg no Ag n. 517299/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006, DJ de 29.5.2006, p. 230).

É público e notório o descaso com que são tratados os cidadãos que buscam os serviços bancários, devendo ser ressaltado, o mal atendimento disponibilizado por essas instituições ao contratarem empregados em número insuficiente para atendimento ao público, fazendo com que se sujeitem a longo tempo de espera nas filas.

Com vistas a amenizar referida situação, sobreveio a Lei Municipal n. 4.303/2005, disciplinando o tempo de atendimento ao usuário do sistema bancário, dentro de suas agências, sob a ótica da rapidez e presteza, zelando pela qualidade, fixando tempo máximo para o atendimento, sob pena de aplicação de multa.

Desse modo, a referida Lei Municipal estabeleceu as seguintes diretrizes a serem seguidas pelas Instituições Bancárias, com relação ao tempo de atendimento dos usuários, *verbis*:

Art. 1º - Ficam as agências bancárias, localizadas no âmbito do Município de Campo Grande, obrigadas a prestarem seus serviços em tempo razoável aos usuários que estiverem na fila ou portarem senhas para atendimento no guichê.

Art. 2º - Para os efeitos desta Lei, considera-se tempo razoável para atendimento:

I - até 15 (quinze) minutos em dias normais;

II - até 20 (vinte) minutos nos dias de pagamentos dos funcionários públicos municipais, estaduais e federais, de vencimentos de contas de concessionárias de serviços públicos e de recebimentos de tributos municipais, estaduais e federais.

III - até 25 (vinte e cinco) minutos em véspera ou após feriados prolongados.

In casu, o apelado ficou na fila de espera do banco por mais de 45 minutos, no dia 6.2.2008, o que restou comprovado através dos extratos anexados às f. 14.

Sem maiores minúcias, percebe-se que o tempo de que o apelado dispôs para ser atendido pela Agência Bancária foi muito além do permitido por lei, qual seja, 25 (vinte e cinco) minutos, mesmo em se tratando de dia às vésperas ou após feriados prolongados.

Conclui-se então, que o apelante descumpriu a Lei Municipal n. 4.303/2005 e, consequentemente, lesionou a moral e a dignidade do apelado, que teve os seus direitos de usuário dos serviços bancários desrespeitado.

Assim, correta a sentença que reconheceu o dever de indenizar o apelado.

Sustenta também, que o apelado não se desincumbiu de comprovar o suposto dano sofrido, motivo pelo qual a indenização é indevida.

Novamente não lhe assiste razão.

Como é sabido, o dano moral se traduz na lesão nos direitos da personalidade do ser humano, verbi gratia, a vida, a integridade corporal, a honra, a intimidade, a liberdade, a imagem, e, salvo em casos excepcionais, a prova do dano é dispensada, sendo necessária apenas a prova do fato ilícito, pois o dano moral é in re ipsa, ou seja, significa que ele decorre do próprio fato, não depende de prova do prejuízo, pois este é presumido.

Para Antonio Jeová Santos[2]:

Se o dano moral se caracteriza pela lesão de um direito, com repercussão na órbita espiritual, o prejuízo é evidente e surge à luz do próprio fato que deu ensejo ao dano. A noção de menor exigência da prova do prejuízo extrapatrimonial sobrevém exatamente em função desta premissa. [...] O prejuízo moral que alguém diz ter sofrido, é provocado in re ipsa. Acredita que ele existe porque houve a ocorrência do ato ilícito. Quando a vítima sofre um dano, que pela sua dimensão, é impossível ao homem comum não imaginar que o prejuízo aconteceu [...] Quando existe o dano moral, principalmente quando o ataque é a um direito personalíssimo, honra, intimidade, vida privada e imagem, ou quando fica restrita ao pretium doloris, com muito maior razão não devem mediar razões que justifiquem a exigência da prova direta. O dano, em especial nestes casos, deve ter-se como comprovado in re ipsa. Pela comum experiência de vida, estes fatos são considerados como agravos morais, passível de indenização.

Nesse sentido:

INDENIZAÇÃO-DANOSMORAIS-BANCO-FILA-DEMORA-CONSUMIDOR - TRATAMENTO ADEQUADO - LEI ESPECÍFICA - RESPONSABILIDADE. O banco deve dispensar tratamento adequado e atencioso aos seus clientes, notadamente em respeito à Lei n. 14.235/02, sob pena de, não o fazendo, incorrer em indenização por danos morais. […] (TJMG, n. 1.0024.06.932666-8/001, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Unias Silva, DJ de 19.10.2006).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. FILA DE BANCO. ESPERA DO CLIENTE POR TEMPO SUPERIOR AO PERMITIDO E NÃO RAZOÁVEL. DANO MORAL CONFIGURADO. FUNÇÃO DISSUASÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. QUANTUM QUE NÃO COMPORTA REDUÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (TJRS, AC n. 71002018828, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Rel. Des. Eduardo Kraemer, julgado em 10.9.2009) (grifo nosso).

Desse modo, como o apelado sofreu lesões em sua honra subjetiva, ao ver um de seus direitos como consumidor/usuário dos serviços bancários desrespeitados, é evidente que o dano moral está configurado.

Por fim, defende que o quantum indenizatório fixado pelo sentenciante não se mostra adequado com os supostos danos morais sofridos pelo apelado, devendo ser minorado.

Como é cediço, o nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do quantum a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos na jurisprudência, doutrina e ao critério equitativo do Juiz.

Carlos Roberto Gonçalves[3],consigna os principais fatores a serem considerados: "a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva."

2 *In* **Dano moral indenizável.** 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 384. v. 4.

Portanto, esses são os critérios comuns adotados pela doutrina e jurisprudência. Logo, a quantificação da indenização deve levar em consideração os critérios da razoabilidade, observando as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas conseqüências.

Assim, o valor não pode ser tão baixo a ponto de não alcançar a sua finalidade preventiva e punitiva, de modo a impedir que a conduta venha a ser novamente praticada, e que o causador do dano sinta uma perda significativa em seu patrimônio.

Reconhecido o dever de indenizar (o *an debeatur*), o magistrado, para fixar o valor da indenização (*quantum debeatur*), deve-se atentar para as circunstâncias acima esposadas e as peculiaridades de cada caso.

In casu, trata-se de danos morais ocasionados pelo longo tempo de espera na fila de agência bancária da apelante, o que contrariou veemente as disposições da Lei Municipal n. 4.303/2005.

Logo, sopesando os parâmetros acima delineados para a aferição do quantum indenizatório, entendo que a importância de R$ 3.000,00 (três mil reais) fixadas pelo sentenciante a título de danos morais, mostra-se suficiente, sem que se caracterize ínfimo ou excessivo, sendo capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que a requerida torne-se reincidente, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem causar enriquecimento excessivo ao requerente.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONDUTA ILÍCITA DO AGENTE – INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DOS AUTORES NA SERASA – DANO MORAL CAUSADO – NEXO DE CAUSALIDADE – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – QUANTUM INDENIZATÓRIO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO IMPROVIDO. [...] 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. (TJMS, AC n. 2008.034144-3, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, DJ de 2.3.2009).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – APRESENTAÇÃO ANTECIPADA DE CHEQUE "PRÉ-DATADO" – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – MAJORAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO. 1. Deve o julgador, ao arbitrar o dano moral, encontrar um meio termo para a sua determinação, vale dizer, estipular um valor que seja capaz de amparar e diminuir a dor sofrida pela vítima, porém, sem que lhe sirva de fonte de enriquecimento sem causa. Assim, se o quantum indenizatório foi arbitrado em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como em razão das peculiaridades da causa, mostrando-se suficiente para a finalidade da referida indenização, deve seu valor ser mantido. 2. Recurso improvido. (TJMS, AC n. 2008.012214-2, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, DJ de 8.4.2009).

Destarte, não há falar em majorar ou minorar o valor da indenização a título dos danos morais, porquanto foram atendidas as peculiaridades do caso, na sua fixação.

O recurso, portanto, revela-se manifestamente improcedente, o que enseja o julgamento monocrático, visando à instrumentalidade, celeridade e economia processuais, e em especial o atendimento à garantia fundamental da duração razoável do processo, inserido pela EC n. 45/04 no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Portanto, não há falar em reforma da decisão.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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, 30 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.006519-3 – Iguatemi
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – SENTENÇA QUE DECLAROU A ISENÇÃO DO ITCMD À OPERAÇÃO DE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E HOMOLOGOU A PARTILHA DO BEM – ANTERIOR DETERMINAÇÃO DO JUÍZO DE PAGAMENTO DO TRIBUTO – ALEGAÇÃO DE PRECLUSÃO DA MATÉRIA – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO FORMULADO PELA INVENTARIANTE AO JUSTIFICAR A EXISTÊNCIA DA ISENÇÃO E REQUERER A HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE PODE SER RETRATADA PELO JULGADOR ANTE A PROVOCAÇÃO DA PARTE – PRELIMINAR REJEITADA.

Pode o julgador se retratar de anterior decisão interlocutória, ainda que não interposto o recurso de agravo de instrumento, se, após provocação de uma das partes entender de forma diversa da anteriormente adotada, porquanto o pedido de reconsideração é ato da parte que obstou a ocorrência da preclusão.

O juízo de retratação não está atrelado à interposição do recurso de agravo de instrumento, como consequência de efeito que lhe é próprio, qual seja, o efeito regressivo, mas advém de poder-dever do julgador, ao analisar novamente questão objeto de decisão interlocutória, mediante provocação de uma das partes.

Preliminar rejeitada.

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – SENTENÇA QUE DECLAROU A ISENÇÃO DO ITCMD À OPERAÇÃO DE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E HOMOLOGOU A PARTILHA DO BEM - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI ESTADUAL PARA A INCIDÊNCIA DA NORMA DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA – PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DE MULTA PELO NÃO AJUIZAMENTO DO INVENTÁRIO NO PRAZO ESTABELECIDO – INAPLICABILIDADE DA MULTA NA HIPÓTESE DE ISENÇÃO DO TRIBUTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

1. Preenchidos os requisitos previstos no art. 126, inciso II, da Lei Estadual n. 1.810/1997, verifica-se a isenção do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens e Direitos – ITCMD, o que permite a homologação da partilha do bem inventariado sem o recolhimento do referido tributo.

2. Não é aplicável a multa decorrente do não ajuizamento do inventário no prazo estabelecido, porquanto se trata de penalidade pecuniária pelo não pagamento do ITCMD, quando devido, de modo que é pena prevista pelo inadimplemento do contribuinte, o que não se verifica no caso de isenção do referido tributo.

Recurso conhecido, mas improvido, mantendo inalterada a decisão objurgada.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 20 de abril de 2010.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe apelação cível às f. 117-134, insurgindo-se contra a sentença de f. 110-112 do douto juízo da comarca de Iguatemi-MS, que, em ação de inventário (autos n. 035.02.000138-4) proposta por Rosa Bonifácio de Lima e outros, homologou a partilha dos bens deixados por Walmir Lopes de Souza e declarou a isenção do ITCMD sobre a transmissão do bem inventariado.

Aduz que a questão atinente à obrigação de pagamento do imposto de transmissão *causa mortis* – ITCMD pelos recorridos já havia sido decidida pelo douto juízo *a quo*, o qual determinara, anteriormente, o recolhimento do tributo, razão pela qual teria ocorrido a preclusão da matéria.

Sustenta o apelante que não há nos autos provas de que o imóvel urbano inventariado tenha preenchido os requisitos para a isenção do referido imposto, previstos no artigo 126, II, "b", do Código Tributário Estadual, quais sejam, ser construção de padrão popular e utilizado como habitação por um dos herdeiros.

Afirma que a conta de energia elétrica relativa ao mencionado imóvel está em nome da viúva-meeira, que, no caso, não seria herdeira.

Pretende a reforma da sentença também para que seja determinado aos recorridos o recolhimento da multa pela não abertura do inventário no prazo previsto em lei, ainda que se reconheça a isenção tributária, tendo em vista a disposição do art. 983 do CPC.

Prequestiona todas as normas constitucionais e infraconstitucionais citadas em suas razões recursais.

Regularmente intimados, os apelados não apresentaram contrarrazões ao recurso, mas, às f. 147, apenas comunicaram que estariam na iminência de recolher o ITCD, o que levaria à perda do objeto da presente apelação.

O apelante, intimado para se manifestar sobre a referida informação, requereu às f. 156-157 o julgamento do recurso, porquanto até aquele momento o imposto não havia sido recolhido.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face de Rosa Bonifácio de Lima e outros, insurgindo-se contra a sentença de f. 110-112 do douto juízo da comarca de Iguatemi-MS, que, em ação de inventário (autos n. 035.02.000138-4), homologou a partilha dos bens deixados por Walmir Lopes de Souza e declarou a isenção do ITCMD sobre a transmissão do bem inventariado.

Analiso primeiramente a preliminar de preclusão da matéria decidida pelo douto juízo de primeiro grau, tendo em vista a prejudicialidade da questão em relação ao mérito recursal.

1. Da preliminar de preclusão da matéria

Sustenta o apelante que o juiz de primeiro grau haveria decidido sobre a existência de isenção do ITCMD sobre a transmissão do único bem inventariado quando, após discussões sobre o tema, determinou às f. 105 que os apelados efetuassem o pagamento do imposto.

Porém, entendo que não assiste razão ao apelante.

Primeiramente, é preciso ressaltar que o despacho de f. 105 não declarou, em nenhum momento, a inexistência de isenção do ITCMD, de modo que apenas deferiu o pedido do apelante, sem expor as razões de tal determinação.

Ademais, há a petição de f. 109, em que a inventariante, após determinação para pagamento do imposto, informa estar devidamente comprovada a existência de isenção em relação ao tributo e requer a homologação da partilha.

Em seguida, sobreveio a sentença que, agora sim, fundamentou a existência de isenção do tributo e homologou a partilha do bem inventariado.

Portanto, em que pese a não interposição de agravo de instrumento contra o despacho que determinou o pagamento do imposto, é de se ver que após ser requerida pela inventariante a homologação da partilha sem o pagamento do ITCMD não houve decisão agravável, tendo o referido pedido natureza de pedido de reconsideração, o qual foi considerado pelo douto juízo a quo ao prolatar a sentença, ora apelada.

Ao meu modo de ver o juízo de retratação não está atrelado à interposição do recurso de agravo de instrumento, como consequência de efeito que lhe é próprio, qual seja, o efeito regressivo.

Trata-se, em verdade, de poder-dever do julgador quando, ao analisar novamente questão objeto de decisão interlocutória, mediante provocação de uma das partes, entender de forma diversa da anteriormente adotada.

Somente é defeso ao juízo, em geral - com as ressalvas aferidas diante do caso concreto -, modificar decisão contra a qual as partes não apresentaram insurgências, tendo em vista o princípio da inércia que rege o direito processual civil.

Assim, a apresentação de pedido de reconsideração em face de decisão agravável obstou a ocorrência da preclusão da matéria nela tratada, qual seja, a isenção do Imposto de Transmissão de Causa Mortis e Doação sobre a operação objeto do presente inventário.

Rejeito, portanto a preliminar aventada pelo apelante.

2. Da isenção do ITCMD sobre a transmissão do bem imóvel objeto dos autos

No que tange ao mérito recursal, o qual se cinge à incidência do art. 126, inc. II da Lei n. 1.810/1997 (Código Tributário Estadual), tendo em vista a previsão de isenção do imposto de transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos, entendo que o recurso não deve ser provido.

Vejamos os termos da norma estadual aplicável à espécie:

> Art. 126. São isentos do ITCD:
>
> [...]
>
> II - as transmissões *causa mortis*, bem imóvel:
>
> [...]
>
> b) sendo urbano, apresente construção residencial de padrão popular ou inferior e seja utilizada como habitação dos herdeiros. Parágrafo único. A isenção prevista no inciso II só se aplica na herança que tenha um único bem imóvel a ser partilhado.

Conforme se observa, quatro são os requisitos para a isenção do referido imposto sobre a operação de transmissão de bem imóvel: a) ser o imóvel urbano; b) apresentar construção residencial de padrão popular ou inferior; c) utilização do imóvel como habitação dos herdeiros e d) ser o único imóvel a ser partilhado.

É o caso dos autos.

Verifica-se que o imóvel objeto do presente inventário é o único a ser partilhado, bem como demonstra o documento de f. 95 que se trata de imóvel urbano, porquanto situado em zona que apresenta os seguintes melhoramentos: rede de água, rede elétrica, rede telefônica, iluminação pública, coleta de lixo e limpeza pública.

O art. 32, § 1º, do Código Tributário Nacional, define o que se entende por zona urbana, ao consignar o que segue:

> Art. 32 [...]
>
> § 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:
>
> I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
>
> II - abastecimento de água;
>
> III - sistema de esgotos sanitários;
>
> IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
>
> V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

Outrossim, verifica-se ser construção residencial de padrão popular ou inferior, conforme entendimento do douto juízo a quo, em razão das características do imóvel, também constantes do documento de f. 95, quais

sejam, a situação isolada, estrutura, forro e elevações de madeira, instalação elétrica aparente, cobertura de cimento e o estado regular da construção.

Quanto à necessidade de estar habitado por herdeiro, entendo que a norma estadual que visa concretizar o princípio da igualdade em seu aspecto material, não foi restritiva a ponto de excluir o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão universal de bens, pelo fato de não ter adquirido parcela do bem a título de herança, mas em razão da meação advinda do casamento.

Ademais, a fatura de energia elétrica em nome da viúva-meeira, ora inventariante, anexada à f. 96 dos autos, não é documento hábil a comprovar que no imóvel não reside nenhum dos herdeiros do de cujus, pois entre os herdeiros está Eliane Lopes de Souza, solteira e estudante, e Silvana Lopes de Souza, menor e também estudante, ambas as filhas da viúva-meeira com o falecido.

Tais considerações fazem presumir que no único imóvel pertencente à família também residem as citadas herdeiras, ainda que a fatura de energia elétrica seja emitida em nome da viúva.

Portanto, induvidosa é a incidência da norma estadual, que prevê isenção tributária, à transmissão de bem imóvel operada em razão da morte de Walmir Lopes de Souza.

3. Da aplicação da penalidade pelo não requerimento do inventário no prazo legal

No que concerne à incidência da multa prevista no art. 135, § 1º, da mesma Lei Estadual, entendo que também quanto a este ponto o recurso não deve ser provido, tendo em vista a literalidade na citada norma, segundo a qual "o ITCD deve ser acrescido de multa de vinte por cento, quando o inventário for requerido depois de trinta dias da abertura da sucessão".

A penalidade pecuniária, segundo conclusão advinda da norma estadual, é aplicada pelo não pagamento do ITCMD, quando devido, de modo que é pena prevista pelo inadimplemento do contribuinte, o que não se verifica no caso dos autos, tendo em vista a isenção do referido tributo à transmissão do bem objeto dos autos.

Para melhor elucidação da matéria, insta citar outro artigo da Lei Estadual que induz à conclusão acima esposada, conforme se observa a seguir:

> Art. 134. A falta de recolhimento do ITCD, no todo ou em parte, ou o atraso no seu recolhimento, acarreta: I - a atualização monetária do valor devido; II - a exigência de juro até o recolhimento; III - a aplicação das penalidades previstas no artigo seguinte.

Com relação ao prequestionamento requerido pelo apelante em seu recurso, não vislumbro necessidade de manifestação expressa, pois toda a matéria foi examinada em vista de suas alegações.

Ademais, conforme entende o STJ, o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entenderem necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado[1].

4. Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso, rejeito a preliminar aventada, e lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença objurgada.

1 STJ, Agr no REsp n. 1019053/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 17.4.2008, DJMG 13.6.2008.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

PORUNANIMIDADE,REJEITARAMAPRELIMINARE,NOMÉRITO,NEGARAMPROVIMENTO 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, 20 de abril de 2010.

***

Reexame de Sentença n. 2010.006548-5 - Maracaju
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – IPTU – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DOS DEVEDORES – DEVOLUÇÃO DO CARNÊ DE PAGAMENTO – NULIDADE DA CDA RECONHECIDA – REEXAME NECESSÁRIO REALIZADO COM MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA.

Em se tratando de cobrança de crédito relativo ao IPTU, cujo fato gerador é a simples propriedade imobiliária, basta o envio do carnê ao contribuinte para que se supra a necessidade de notificação.

É do proprietário o ônus de provar o não recebimento do carnê para pagamento.

Existindo, nos autos, prova de que os devedores não receberam o carnê, a nulidade da CDA que instrui o feito deve ser declarada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Reexame necessário realizado, com manutenção integral 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, manter a sentença em sede de reexame necessário, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de abril de 2010.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de reexame necessário submetido a este Tribunal pelo douto Juízo da 2ª Vara de Maracaju, diante da sentença por ele exarada na execução fiscal manejada pelo Município de Maracaju em face de Maurício José Saad Batista, José Batista Lino, Marcus Menezes Silveira, José Di Ciommo Junior, Maria Helena Moreira Bueno e Nadir José Christofoletti.

Extrai-se dos autos que, ajuizada a execução fiscal, foi interposta exceção de pré-executividade, na qual foi alegada a nulidade das certidões de dívida ativa que instruem o processo, sob o fundamento de que não houve a notificação prévia dos devedores.

Esse argumento foi acolhido pelo douto juízo *a quo*, que extinguiu o processo sem resolução de mérito (f. 89-94).

Os autos, então, subiram a este Tribunal para reexame necessário.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Trata-se de reexame necessário submetido a este Tribunal pelo douto Juízo da 2ª Vara da comarca de Maracaju, diante da sentença por ele exarada, que acolheu a exceção de pré-executividade manejada por Nadir José Christofoletti, nos autos da Execução Fiscal movida pelo fisco municipal.

A sentença deve ser mantida, em todos os seus termos.

O Município de Maracaju ingressou com essa Execução Fiscal, cujo título é a certidão de f. 3, pretendendo o recebimento de débitos relativos ao imposto sobre propriedade predial e territorial urbana – IPTU.

É pacífico, jurídica e doutrinariamente que, em se tratando de cobrança de crédito relativo ao IPTU, cujo fato gerador é a simples propriedade imobiliária, basta o envio do carnê ao contribuinte para que se supra a necessidade de notificação, já que ele tem a aptidão de proporcionar ao devedor uma oportunidade para impugnação do débito.

Como todo proprietário de imóvel tem conhecimento da periodicidade anual do imposto, existe uma presunção em favor do fisco, de que o contribuinte fora notificado para o pagamento do débito.

Ocorre, entretanto, que no caso destes autos, o próprio município juntou os documentos de f. 13-18, que comprovam a não entrega do carnê aos executados, pelos mais variados motivos, entre os quais "Endereço insuficiente – faltou o número" e "número inexistente".

Saliente-se que a simples colocação do carnê à disposição do contribuinte não tem o condão de suprir a necessidade de notificação, que pode ser provada através da demonstração de entrega do carnê de recolhimento do imposto.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado de que, conquanto os proprietários de imóveis tenham conhecimento da periodicidade anual do imposto e o carnê contém todas as informações importantes sobre ele, a remessa do carnê de pagamento ao endereço do imóvel é ato suficientemente apto para perfazer a notificação do lançamento tributário. Há, ainda, o firme entendimento de que é ônus do contribuinte devedor provar o não recebimento dos carnês de cobrança do IPTU.

No caso específico destes autos, embora fosse ônus do devedor provar o não recebimento do carnê, os documentos de f. 13-18 comprovam que os carnês foram devolvidos pelo correio, em razão ou da insuficiência do endereço ou em razão da inexistência do número do imóvel.

Comprovada a não entrega, a declaração de nulidade da CDA é medida que se impõe.

É esse o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – IPTU – PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO – APLICAÇÃO DO ART. 174 DO CTN ANTES DA ALTERAÇÃO FEITA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 118/05 – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – OCORRÊNCIA – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 1º-D DA LEI N. 9.494/97 NÃO CONFIGURADA.
>
> 1. A jurisprudência do STJ sempre foi no sentido de que, em execução fiscal, somente a citação pessoal interrompe a prescrição, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/80. Conseqüentemente, somente a citação regular interrompe a prescrição, mas esta, quando tratar de direitos patrimoniais, não pode ser decretada de ofício.

> 2. No caso do IPTU, cujo lançamento é de ofício, a constituição do crédito tributário se perfectibiliza com a notificação ao sujeito passivo, mediante o envio ao proprietário do imóvel de carnê para pagamento.
>
> Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.053.937/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.10.2008, DJ de 6.11.2008).
>
> RECURSO ESPECIAL. NOTIFICAÇÃO PARA COBRANÇA DO IPTU. LANÇAMENTO EFETIVADO POR ENTREGA DO CARNÊ AO CONTRIBUINTE.
>
> 1. O lançamento do IPTU é feito de ofício pelo Fisco municipal e a notificação desse lançamento ao contribuinte ocorre quando, apurado o débito, envia-se para o endereço do imóvel a comunicação do montante a ser pago.
>
> 2. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp n. 86372/RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.10.2004).
>
> TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. COMPROVAÇÃO DO RECEBIMENTO DO CARNÊ. ÔNUS DO CONTRIBUINTE.
>
> [...]
>
> II - Conforme jurisprudência pacífica desta Corte, cabe ao contribuinte o ônus da prova de não ter recebido o carnê do IPTU pelo correio. Precedentes: REsp n. 758439/MG, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ de 13.3.2006; REsp n. 779411/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14.11.2005 e AgRg no Ag n. 469086/GO, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 8.9.2003.
>
> III - Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 996026/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 24.4.2008).

Assim, como afirmei, o Juiz de primeiro grau decidiu acertadamente a espécie que lhe foi submetida à apreciação, nada havendo para ser reparado, devendo a sentença ser mantida *in totum*, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em face do exposto e em sede de reexame necessário, mantenho inalterada a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, MANTIVERAM A SENTENÇA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO, 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, 6 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.006754-4 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PENHORA – BENS NECESSÁRIOS À EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DA EMPRESA EXECUTADA – APLICAÇÃO DO ART. 649, V, CPC – GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 3º DA LEI N. 8.009/90 – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

São absolutamente impenhoráveis, nos termos do artigo 649, V, do CPC, os bens de empresa de pequeno porte, indispensáveis para a continuidade de sua atividade comercial, como são os móveis e equipamentos de trabalho de auto-escola.

Ao garantir a impenhorabilidade de bens móveis que guarnecem uma auto-escola, garante-se, por via oblíqua, a manutenção da atividade laboral de seus sócios, além do regular funcionamento da empresa, objetivo que se coaduna com os princípios que regem o direito comercial.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de abril de 2010.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação cível interposta por Luiz Carlos Ferreira dos Santos contra a sentença de f. 40-47 do douto juízo da 8ª vara cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedentes os embargos à execução ajuizados por ele em face de Antonieta Castelo D'Ávila.

Extrai-se dos autos que a execução em questão refere-se a um débito decorrente de fiança em contrato de aluguel. O apelante é, ao mesmo tempo, fiador e locatário, uma vez que é sócio-proprietário da microempresa "Santos e Conceição Ltda".

O recorrente, em sua petição de embargos à execução (f. 2-7) afirmou que os bens penhorados guarnecem o seu local de trabalho e que são necessários para o regular funcionamento de sua atividade laborativa.

O douto magistrado de primeiro grau julgou improcedentes os embargos à execução sob o fundamento de que o débito decorre de fiança em contrato de aluguel, e que o artigo 3º da

Lei n. 8009/90 dispõe que a impenhorabilidade do bem de família não prevalece por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Irresignado, o embargante apelou do *decisum* de primeiro grau.

Alega que restou demonstrada a necessidade de proteção às ferramentas de uso profissional do apelante, pois todos os bens penhorados fazem parte do acervo necessário e exigido pelo Detran-MS, para funcionamento de uma autoescola.

Assim, requer reforma da decisão para garantir a impenhorabilidade dos instrumentos de uso profissional constritados.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Luiz Carlos Ferreira dos Santos contra a sentença de f. 40-47 do douto juízo da 8ª vara cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedentes os embargos à execução ajuizados por ele em face de Antonieta Castelo D'Ávila.

Extrai-se dos autos que a execução em questão refere-se a um débito decorrente de fiança em contrato de aluguel. O apelante é, ao mesmo tempo, fiador e locatário, uma vez que é sócio-proprietário da microempresa "Santos e Conceição Ltda.".

O recorrente, em sua petição de embargos à execução (f. 2-7) afirmou que os bens penhorados guarnecem o seu local de trabalho e que são necessários para o regular funcionamento de sua atividade laborativa.

O douto magistrado de primeiro grau julgou improcedentes os embargos à execução sob o fundamento de que o débito decorre de fiança em contrato de aluguel, e que o artigo 3º da Lei n. 8009/90 dispõe que a impenhorabilidade do bem de família não prevalece por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Irresignado, o embargante apelou do *decisum* de primeiro grau.

Afirma que a lei que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família merece interpretação ampliativa, pois em uma interpretação teleológica do art. 1º da Lei n. 8009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo do bem de família, mas que seu escopo é a proteção da moradia e da dignidade da pessoa humana.

Alega que restou demonstrada a necessidade de proteção às ferramentas de uso profissional ao apelante, pois todos os bens penhorados fazem parte do acervo necessário e exigido pelo Detran-MS, para funcionamento de uma autoescola.

Assim, requer reforma da decisão para garantir a impenhorabilidade dos instrumentos de uso profissional constritados.

A penhora, como se vê do auto de f. 12, recaiu sobre bens que guarnecem o estabelecimento comercial do qual o embargante é sócio, constituído por uma auto-escola. Tais bens são

banquetas, carteiras universitárias, mesa, máquina elétrica *facit* e um computador, que guarnecem o estabelecimento comercial de que é sócio o apelante, onde funciona uma auto-escola.

Entendo que o presente recurso prosperar.

Dispõe o artigo 649, V, do Código de Processo Civil que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão.

Denota-se pela exegese precitada no dispositivo legal que a referida impenhorabilidade tem por finalidade preservar o meio de subsistência da pessoa (física ou jurídica) já que se refere, expressamente, à impenhorabilidade de bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão.

Sobre a impenhorabilidade o grande doutrinador Cândido Rangel Dinamarco leciona com propriedade:

> O mais importante dos objetivos que levam o legislador a ditar a impenhorabilidade de certos bens é a preservação do mínimo patrimonial indispensável à existência condigna do obrigado, sem privá-lo de bens sem os quais sua vida se degradaria a níveis insuportáveis. Não se trata de excluir da responsabilidade executiva os próprios direitos da personalidade, porque estes nada têm de patrimonial e, por si próprios, não são suscetíveis de qualquer constrição jurisdicional executiva; são declarados impenhoráveis certos bens sem os quais o obrigado não teria como satisfazer as necessidades vitais da habitação, alimentação, saúde, educação, transporte e mesmo lazer, nos limites do razoável e proporcional – esses, sim, direitos de personalidade. A execução visa à satisfação de um credor, mas não pode ser levada ao extremo de arrasar a vida de um devedor. [1]

É de se concluir que a existência da regra da impenhorabilidade tem por fito proteger alguns direitos essenciais aptos a garantir a vida digna do ser humano individualmente considerado. Dessa regra extrai-se o entendimento de que a impenhorabilidade de bens necessários ao exercício da profissão visa a garantir o meio de subsistência do indivíduo, e por consequência, garantir que este obtenha seu mínimo existencial.

Explico.

O Código Civil de 2002 instaurou uma nova ótica sobre o ordenamento vigente pela qual se abandonou o individualismo exacerbado que havia no Código passado. Prevalece agora a preponderância dos valores coletivos sobre os individuais, sem que ocorra prejuízo, no entanto, dos valores fundamentais da pessoa humana. Assim a proteção de bens essenciais, concretizados pelo rol do artigo 649 do Código de Processo Civil, materializa a tendência de valorização da pessoa, bem como a solidariedade estampada no art. 3º, I, da CF/88[2].

Luiz Edson Fachin, em brilhante trabalho sobre o Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo ensina que:

> [...] a 'repersonalização' do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana. Para bem entender os limites propostos à execução à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, têm sentido verificações preliminares. A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituição de direito processual civi**l. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 380. v. 4.

2 Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

> meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata. [3]

Hodiernamente as disposições trazidas pelo regime jurídico civilista são analisadas à luz da Constituição Federal, a qual embasa o Direito Civil Constitucional e impõe a observância de diretrizes mínimas de proteção aos seres humanos individualmente considerados. Tal proteção tem por fundamento a garantia, constitucionalmente assegurada de que todos usufruam de pelo menos um mínimo existencial[4] necessário para a configuração de uma vida digna.

Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana é:

> A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[5]

In casu, o douto magistrado de primeiro grau não reconheceu a impenhorabilidade de bens móveis que guarneciam a auto-escola do recorrente.

No entanto, pela análise dos autos, constato que o recorrente faz jus à benesse da impenhorabilidade. Isto porque, pelo rol apresentado às f. 12-13, infere-se que os bens móveis penhorados são de estrita necessidade para continuidade do exercício da auto-escola, pois lá estão relacionados bens usualmente utilizados para ministrar as aulas que são necessárias para o processo de aprendizado dos alunos ali matriculados, com vistas a obter aproveitamento e rendimento necessário à obtenção da permissão para dirigir veículo automotor.

Assim, a impenhorabilidade é medida que se impõe, pois ela garante a continuidade laborativa do recorrente ou, no dizer de Cândido Dinamarco, na lição acima transcrita, o " mínimo patrimonial indispensável à existência condigna do obrigado".

Esse entendimento é respaldado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme se infere dos julgados do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcritos:

> RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. MICROEMPRESA. IMPENHORABILIDADE DE BENS ESSENCIAIS AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. ART.649, VI, DO CPC. PRECEDENTES.
>
> Este colendo Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento segundo o qual "é absolutamente impenhorável veículo necessário ou útil ao exercício de atividade de micro-empresário, titular de firma individual, que, em última análise,

3 FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. p. 190.

4 Atualmente é assente o entendimento de que as garantias mínimas de uma vida digna vêm elencadas no artigo 6º da Constituição Federal e nos dizeres de Ricardo Lobo Torres o mínimo existencial configura-se em "um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas" (in, TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. v. III – Os Direitos humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1999.)

5 SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In Dimensões da dignidade. ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.. p. 37.

> coincide ou muito se aproxima da sua profissão. aplicação do art. 649, VI, do CPC (REsp n. 58.869/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 23.10.1995). Precedentes.
>
> Dessarte, na espécie, deve ser reconhecida a impenhorabilidade dos dois microônibus penhorados, uma vez que a recorrente é microempresa dedicada ao transporte de passageiros e o artigo 649, IV, do Estatuto Processual Civil, veda a penhora dos bens necessários ou úteis ao exercício da profissão.
>
> Recurso especial provido. (REsp n. 667866/RS, REsp n. 2004/0079508-2, Rel. Min. Franciulli Netto (1117), Segunda Turma, julgado em 21.6.2005, DJ de 5.9.2005, p. 368).
>
> PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. KOMBI. VEÍCULO NECESSÁRIO OU ÚTIL AO EXERCICIO DO COMERCIO POR MICROEMPRESÁRIO, TITULAR DE FIRMA INDIVIDUAL.
>
> I - É ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL VEÍCULO NECESSÁRIO OU ÚTIL AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE MICROEMPRESÁRIO, TITULAR DE FIRMA INDIVIDUAL, QUE, EM ÚLTIMA ANÁLISE, COINCIDE OU MUITO SE APROXIMA DA SUA PROFISSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 649, VI, DO C.P.C.
>
> II - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp n. 58869/SP REsp n. 1995/0001011-9, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro (280), Segunda Turma, julgado em 14.6.1995, DJ de 23.10.1995, p. 35650, LEXSTJ vol. 79, p. 265).
>
> Ainda:
>
> Os bens úteis e/ou necessários às atividades desenvolvidas pelas pequenas empresas, onde sócios atuam pessoalmente, são impenhoráveis, na forma do disposto no artigo 649, VI, do CPC. (STJ, RESp n. 156.681, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 17.12.1998, DJU de 15.3.1999).
>
> No mesmo sentido: STJ, RESp n. 898.219, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, 17.4.2008, DJ de 6.6.2008, RT 658/167, RT 386/395, RT238/197).

O julgador *a quo* entendeu que a regra da impenhorabilidade prevista no artigo 649, V, do Código de Processo Civil não se aplicava ao caso em razão da disposição constante no artigo 3º da Lei n. 8009/90, que preceitua que a regra da impenhorabilidade do bem de família não prevalece por obrigação decorrente de fiança em contrato de aluguel.

Entretanto, a situação em apreço não se subsume a esse regramento legal. Primeiro, porque a hipótese não retrata bem de família, mas sim instrumento útil e necessário ao desenvolvimento de uma atividade econômica da empresa devedora e de seus sócios.

O citado dispositivo tem a seguinte redação:

> Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
>
> VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Em segundo lugar, porque a regra insculpida no referido artigo 3º da Lei n. 8009/90 é norma de exceção e, por tal motivo, deve ser interpretada restritivamente e se refere ao bem de família, o que não é a hipótese dos autos, onde a penhora recaiu sobre bens que guarnecem o

estabelecimento comercial da própria empresa devedora, o que desloca o enfoque do exame da matéria para o inciso V, do CPC.

Demais disso, e ainda que assim não fosse, *ad argumentandum tantum*, a lei que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família tem por fito proteger **o imóvel residencial** próprio do casal, ou da entidade familiar de uma eventual penhora decorrente de cobrança de dívidas, conforme se constata pela redação do artigo 1º da Lei n. 8009/90.[6] Tal benesse só é afastada diante das exceções previstas no artigo 3º da mesma lei, conforme se infere:

No caso presente, a penhora que recaiu sobre os **bens móveis** do recorrente situam-se em estabelecimento comercial e são necessários ao funcionamento da empresa, e a regra insculpida no citado artigo tem por fito garantir que a empresa cumpra sua finalidade estatutária, proporcionando, com a continuidade de suas operações, a permitir que os sócios possam obter a necessária sobrevivência e o mínimo existencial a que antes já me referi.

Nesse passo, e se o dispositivo invocado pelo douto juízo *a quo* pudesse ser o que efetivamente viesse a regular a questão de direito em discussão neste apelo – o que não é o caso, encontraria a resistência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que também já decidiu:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. LOCAÇÃO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI N. 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO.
>
> Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90 não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional n. 26/2000).
>
> Recurso desprovido. (REsp n. 699837/RS, REsp 2004/0156353-2 Rel. Min. Felix Fischer (1109), Quinta Turma, julgado em 2.8.2005, DJ de 26.9.2005, p. 447)

Diante dessas argumentações tenho que a regra da impenhorabilidade dos bens necessários ao exercício da profissão devem prevalecer no caso concreto, aplicando-se o disposto no artigo 649, V, do Código de Processo Civil.

Quanto à alegação do credor de que o embargante não fez prova de que os bens penhorados guarneceriam uma autoescola, é de se ver que o contrato de locação celebrado entre as partes e juntado às f. 50-56 tem como locatária a empresa Santos e Conceição Ltda., devidamente inscrita no CGC (f. 51). Não me parece ser lícito que a credora venha alegar desconhecimento quanto ao funcionamento de uma auto-escola, no local onde a atividade comercial se desenvolveu (Rua 14 de Julho, 1565, em Campo Grande), e a locação destinou-se a fins exclusivamente comerciais (cláusula 4ª do contrato, f. 52).

Outrossim, os bens penhorados são compatíveis com o funcionamento de uma autoescola, porque se referem a carteiras e assentos, além de mesa, máquina elétrica, computador, impressora matricial, fac-símile, televisor e cofre.

O documento de f. 23, juntado pela embargada, nada prova quanto à alegação de que os bens penhorados não seriam necessários ao funcionamento de uma auto-escola, até mesmo porque

6 Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraídas pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas em lei.

a denominação da auto-escola é São Cristóvão e se localiza na Rua Manoel da Costa Lima 1788, mesmo local onde ocorreu a penhora de bens (f. 12 destes autos), novo local onde certamente a empresa, depois de despejada, passou a dar continuidade às suas atividades.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto e lhe dou provimento para reformar a sentença e julgar procedentes os embargos do devedor para excluir da penhora realizada nos autos da execução n. 001.02.013996-7/001, movida em face de Santos & Conceição e outros, os bens relacionados no respectivo auto de penhora, aqui reproduzido às f. 12-13, considerando-os como absolutamente impenhoráveis à luz do artigo 649, V, do CPC, com inversão dos 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. 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, 6 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.008145-1 - Coxim
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – SERVIDÃO DE TRÂNSITO – FECHAMENTO DE ACESSO – ESBULHO COMPROVADO – PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO – DESNECESSIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

A servidão de passagem que, embora não titulada, tenha perdurado no tempo, de forma aparente e contínua, merece proteção possessória.

Ficando comprovado que não há outro caminho para se chegar ao imóvel do apelado, bem como que este se utilizava de passagem pelo imóvel do requerido, o improvimento do recurso é medida que se impõe.

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, 17 de maio de 2010.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de Apelação Cível interposta por José Francisco de Souza contra sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Coxim nos autos da Reintegração de Posse movida por Evaristo Netto.

O pleito foi julgado procedente pelo magistrado *a quo*, que confirmou a liminar deferida, reintegrando o autor/apelado na posse de área mencionada na inicial, restabelecendo servidão de passagem.

O apelante, irresignado com tal decisão recorre a esta Corte com o fito de obter sua reforma, alegando para tanto:

- ser possuidor da Fazenda Atibaia e que o apelado nunca passou por ela, que este se utilizava de acesso feito pela Fazenda Piquiri;

- que a Chácara Ponte Velha não se trata de imóvel encravado, pois sempre teve acesso às vias públicas pela Fazenda Piquiri e que para que fosse deferido o pedido de passagem forçada, seria necessária a comprovação de que o imóvel se encontra encravado;

- que caberia ao autor provar atos constitutivos de seu direito, sendo que em momento algum se firmou no sentido de que a Fazenda Atibaia era prédio serviente para a Chácara Ponte

Velha, ao contrário, que ficou estabelecido nos autos que a Fazenda Piquiri seria de passagem para a referida chácara, bem como a existência da servidão, uma vez que esta não se presume.

Requer o provimento do recurso, para que seja reconhecida a improcedência dos pedidos formulados na inicial.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 10.5.2010)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Proc. Especiais interposto por José Francisco de Souza contra sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Coxim nos autos da Reintegração de Posse movida por Evaristo Netto.

Requer o provimento do recurso, para que seja reconhecida a improcedência dos pedidos formulados na inicial.

Analisando os autos, conforme se depreende dos depoimentos prestados, todos afirmaram que não há outro acesso para a fazenda do apelado, que não pela fazenda do apelante e que esta fora fechada. Confira-se:

Depoimento prestado por Carmo Anisézio Mamoré, de f. 37:

> Que a estrada que havia para a área do autor, passando pela propriedade do requerido, foi fechada; que o caminho fechado sempre foi utilizado pelo autor sendo o principal; que não existe outra estrada que dê acesso a área do autor.

Em depoimento de f. 39, prestado por Francisco Quirino da Silva:

> Que para ter acesso à propriedade do autor tem que passar pela estrada que fina na propriedade do requerido; que inexiste outro caminho; que a porteira da propriedade do requerido está fechado com cadeado;

Corroborados pelo depoimento prestado por Jerônimo Eugênio da Rocha, às f. 119, este afirmou que:

> Que a estrada que passa pela fazenda do requerido é a antiga BR-163, que ligava Campo Grande a Cuiabá, hoje desativada; que nessa referida estrada existe uma ponte, a qual foi construída pelo Estado; que quem fechou a estrada foi o requerido, sendo que o depoente conhece muito bem a região; que antes do referido fechamento, não só requerente passava por tal estrada, mas todos aqueles que queriam pescar.

Ficou comprovado que o apelante construiu cerca que impediu a passagem do apelado alegando existir outro acesso para a área do requerido, entretanto, não logrou êxito em comprovar sua existência. Os depoimentos acima transcritos só vêm corroborar a inexistência de outro acesso.

Para a caracterização da servidão de passagem, não há necessidade do encravamento da propriedade, neste sentido é o entendimento do STJ:

> O direito real de servidão de trânsito prescinde do encravamento do imóvel dominante. (STJ, AgRg n. 431929, Quarta Turma, SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 1.7.2004, p. 201).
>
> É passível de proteção possessória a servidão de trânsito tornada contínua e aparente por meio de obras visíveis e permanentes realizadas no prédio serviente para o exercício do direito de passagem.
>
> O direito real de servidão de trânsito, ao contrário do direito de vizinhança à passagem forçada, prescinde do encravamento do imóvel dominante, consistente na ausência de saída pela via pública, fonte ou porto. (STJ, REsp n. 223590, SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 20.8.2001).

A servidão de passagem que, embora não titulada, tenha perdurado no tempo, de forma aparente e contínua, merece proteção possessória. A testemunhal é a prova por excelência, nas questões possessórias, para se comprovar a posse do autor, a prática da turbação ou do esbulho, como para a identificação do agente e da data em que se praticou o ato que a molesta ou a perde, requisitos da custódia possessória. A servidão deve ser exercida dentro dos limites das necessidades que se proponha a satisfazer, devendo persistir se não há prova que dela se utiliza por comodidade o proprietário do prédio dominante.

Nesse sentido, decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> MANUTENÇÃODEPOSSE-SERVIDÃODEPASSAGEM-PRÉDIOENCRAVADO - TURBAÇÃO - PROVA - PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. Comprovada a existência de uma estrada que é a única via de acesso à propriedade dos autores, e ainda, a turbação do exercício do direito de servidão, procedente o pedido de manutenção de posse, conforme entendimento consolidado na Súmula n. 415, do STF (AC n. 2.0000.00.330805-0, Rel. Juiz Edilson Fernandes, DJ de 7.4.2001).
>
> AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO NA POSSE - SERVIDÃO DE CAMINHO - IMÓVEL DOMINANTE ENCRAVADO, EM DETERMINADOS PERÍODOS DO ANO, POR INUNDAÇÕES CAUSADAS POR CHUVAS. - Tratando-se de servidão de trânsito, se o dono do prédio dominante costuma servir-se, há muitos anos, de determinado caminho aberto no prédio serviente e se esse caminho se exterioriza por sinais visíveis, instituiu-se o "jus in re aliena", digno de proteção possessória, independentemente de qualquer formalidade ou outro modo de criação. - Assim, não pode o proprietário do prédio serviente, unilateralmente, impedir o trânsito por ali, constituindo tal atitude manifesta turbação à quase-posse do proprietário do prédio dominante sobre a servidão" (AC n. 2.0000.00.415553-7, Relª Juíza Beatriz Pinheiro Caíres, DJ de 28.2.2004).

Restando incontroversa a proteção possessória, a reintegração da estrada é medida que se impõe.

Por derradeiro, quanto ao prequestionamento, lembro que se foram as razões do recurso minuciosamente apreciadas e julgadas, desnecessária se torna a manifestação expressa dos dispositivos legais invocados.

Quanto ao tema, colaciono o seguinte julgado deste Tribunal:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO - INEXISTÊNCIA - ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO COM CITAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL - ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FORAM REBATIDOSARGUMENTOSDEDUZIDOSNORECURSO-NÃOOBRIGATORIEDADE - RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO - INEXISTÊNCIA DE INTENÇÃO NA PERPETUAÇÃO DA LIDE - EMBARGOS REJEITADOS. O relator não está obrigado a

> rebater toda sorte de fundamento do recurso, eis que encontrando razão suficiente para decidir desta ou daquela forma não se obriga aos fundamentos indicados pelas partes e tampouco está obrigado a rebater um a um todos os seus argumentos, bastando que exponha a motivação de sua decisão e que esta não contenha falhas que possam interferir em sua execução. (TJMS, EDcl em AC n. 2000.004074-6/0001-00, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, DJ de 19.11.2001).

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

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO REVISOR, DES. MARCO ANDRÉ NOGUEIRA HANSON, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 17.5.2010)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Revisor)

Após análise detida dos autos, constata-se que o entendimento manifestado pelo eminente desembargador relator Fernando Mauro Moreira Marinho coaduna-se com a peculiaridade apresentada na demanda.

Em complemento ao voto do relator, é pertinente tecer algumas considerações.

Conforme se dessume da petição inicial, o apelado ajuizou a presente Ação Possessória com o objetivo de ser reintegrado na posse da estrada que liga seu imóvel à via transpantaneira.

Assevera que seu imóvel, denominado Chácara Ponte Velha, encontra-se encravado, circunscrito pelos imóveis Faz. Piquiri e Faz. Atibaia (esta de propriedade do apelante), cujos fundos se encontra com o Rio Piquiri (vide croqui f. 16).

Por tal razão, sustentando que o apelante obstruiu a sobredita passagem, esbulhando sua posse a menos de ano e dia, o requerente pleiteou a concessão de liminar, objetivando a imediata reintegração, a qual foi deferida (f. 43-44).

Por sua vez, o requerido, ora apelante, apresentou contestação, alegando, em apertadíssima síntese, que a área do requerente se encontra encravada nos fundos da Faz. Piquiri, onde detém passagem forçada, razão por que é insubsistente a alegação de que possui servidão de passagem na antiga estrada que cortava sua Faz. Atibaia.

Pelo que se percebe, para a correta resolução da lide, é imprescindível fixar a natureza jurídica da estrada que corta a Faz. Piquiri e oportuniza acesso à Chácara Ponte Velha, cuja via o requerente foi reintegrado na posse (f. 62), a fim de constatar a presença dos requisitos legais para a concessão definitiva da Reintegração de Posse.

Pelo croqui de f. 16, cuja veracidade do conteúdo restou confirmada pelo próprio requerido-apelante, a propriedade do requerente-apelado encontra-se sem acesso à via transpantaneira, encravada nos fundos da Faz. Piquiri e da Faz. Atibaia.

Restou incontroverso nos autos que a estrada Cuiabá, objeto desta reintegratória, consubstanciava-se na antiga ligação Campo Grande – Cuiabá que, ante a pavimentação da BR-163, em 1974, ficou desativada.

É de se notar, ademais, especialmente pelos documentos de f. 13-15, que a propriedade transferida ao requerente-apelado no ano de 1999, possui registro anterior à pavimentação da BR-163, no Livro 3-0 da

Transcrição das transmissões, f. 36-37, n. de ordem 11.503, datada de 22.3.1964, da Comarca de Coxim-MS (doc. particular de f. 14).

Nos documentos de cessão de direitos de f. 13-15, o imóvel do requerente-apelado é descrito da seguinte forma:

> [...] 3ha (tres hectares), na beira do Córrego Grande, atual rio Piquiri situado na antiga estrada Cuiabá na beira da ponte velha situado a quem olha sentido Cuiabá lado esquerdo, medindo uma área de 31.863 m², sendo sentido a antiga estrada de Cuiabá, 129mts de frente, 247m beirando o Rio Piquiri, 129 m com a área da Fazenda Araras e de outro lado 247m com a mesma Fazenda.

Percebe-se, pois, que, há muito, os possuidores da terra transferida ao requerente-apelado valeram-se da estrada objeto da lide até mesmo para descrever os limites da área, dando sinais de que a passagem reclamada nos autos sempre foi utilizada para acesso ao imóvel.

Dessa forma, não obstante a estrada, após a pavimentação da BR-163 em 1974, tenha sido retirada do domínio público para a incorporação ao domínio privado do requerido-apelante (desafetação), é certo que permaneceu como servidão de passagem não titulada para os possuidores da atual Chácara Ponte Velha, inclusive para fins de descrição do imóvel.

Tal inferência é corroborada pelos depoimentos das testemunhas ouvidas nos autos.

Em audiência de justificação, onde esteve presente o requerido-apelante, o Sr. Carmo Anisézio Mamoré relatou (f. 38):

> Que conhece o lote possuído pelo autor; Que a estrada que havia para a área do autor, passando pela propriedade do requerido foi fechada; Que o caminho fechado sempre foi utilizado pelo autor sendo o principal; Que não existe outra estrada que dê acesso à área do autor [...]

Em igual sentido depôs o Sr. Francisco Quirino da Silva (f. 39), *in verbis*: "Que conhece a área possuída pelo autor; Que para ter acesso à propriedade o autor tem que passar pela estrada que fica na propriedade do requerido; que inexiste outro caminho [...]"

Confirmando, ainda, a utilização da estrada pelo requerente-apelado, assim referiu o Sr. Jerônimo Eugênio da Rocha (f. 40): "Que conhece a área possuída pelo autor; Que para chegar à área do autor é necessário passar pela área do requerido, sendo a única estrada existente [...]"

Em audiência de instrução e julgamento (f. 115), o Sr. Jerônimo complementou (f. 119):

> [...] Que a estrada que passa pela fazenda do requerido é a antiga BR-163, que ligava Campo Grande-Cuiabá, hoje desativada; Que nessa referida estrada existe uma ponte, a qual foi construída pelo Estado; Que quem fechou a estrada foi o requerido, sendo que o depoente conhece muito bem a região; Que antes do referido fechamento, não só requerente passava por tal estrada, mas todos aqueles que queriam pescar; [...] Que quando o depoente ia até a chácara do requerente, o mesmo ia pela estrada citada na inicial.

Sr. Carmo Anisézio Mamoré ratificou também o depoimento antes prestado, nos seguintes termos (f. 120):

> [...] Que desde a década de 60 é que o depoente conhece a região, já que foi criado lá; Que os antecessores da propriedade do requerente sempre passaram pela estrada que atravessa a propriedade do requerido; Que essa estrada acima referida é antiga estrada Campo Grande-Cuiabá; [...] Que o fechamento se deu no final do ano de 99 e pelo que ouvi falar pelo requerido [...]

Atestando ser a passagem a antiga estrada BR, Florizon Ribeiro Neves assim declarou (f. 121): *"Que é funcionário do DNER desde a época de 1958 estando aposentado e conhece bem a região, sendo que por lá passava a BR 116, que ligava Campo Grande-Cuiabá* [...]*"*

Por todos os depoimentos, percebe-se que a estrada sempre foi utilizada pelos transeuntes da área, especialmente pelos possuidores da atual Chácara Ponte Velha, uma vez que se tratava de via de domínio público, desativada apenas em 1974.

Neste passo, é bem sabido que, nos termos da Súmula 415 do Supremo Tribunal Federal, *"servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória"*.

Ora, se o requerente-apelado, conjuntamente com seus antecessores, sempre utilizou a estrada, que era de domínio público, como acesso à propriedade, inclusive se valendo da via para descrever a área, não há dúvidas que se trata de servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, merecendo, por consequência, proteção possessória.

Nessa senda, comprovados pelos depoimentos das testemunhas a existência da posse sobre a servidão não titulada, mas aparente e contínua, o esbulho (fotos de f. 18-19; e depoimentos de f. 38, 119 e f. 120), e a perda da posse, reintegrar o requerente-apelado na posse da estrada, confirmando a liminar deferida às f. 43-44, é medida que se impõe.

Finalmente, importa frisar que a existência ou não de encravamento do imóvel é irrelevante para fins de proteção possessória da servidão de trânsito, conforme comprovam os julgados colacionados pelo relator.

Nesse passo, realmente agiu com acerto o magistrado de primeiro grau ao julgar procedente o pedido formulado na inicial.

Por estas razões, acompanho o eminente Desembargador Relator.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Vogal)

Os memoriais que me foram apresentados indicam que o imóvel estaria numa posição, mas faria parte da uma área maior, do qual ele poderá um dia ser desmembrado, porque na realidade a alegação é de posse, na posse sempre passou por aquela via e não tem outro lugar para passar, não resta dúvida de acompanhar o relator.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 17 de maio de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.013764-8 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA AUTORA – AÇÃO DE USUCAPIÃO – AUSÊNCIA DO MEMORIAL DESCRITIVO DA ÁREA USUCAPIENDA – DOCUMENTO NECESSÁRIO PARA QUE A ÁREA SEJA DELIMITADA E INDIVIDUALIZADA – REQUISITO NÃO PREENCHIDO – INDEFERIMENTO DA INICIAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Na ação de usucapião, imprescindível que o autor instrua a inicial com a planta e o memorial descritivo da área a ser usucapida, tornando possível a sua individuação.

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, 29 de março de 2010.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por Noeli Izaura Volttado, inconformada com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que indeferiu a inicial e julgou extinto, sem julgamento de mérito, a ação de usucapião urbano que move em face de Sebastião da Silva Caneca.

Afirma, em suma, que o juiz monocrático deixou de analisar e valorar as provas documentais apresentadas no feito.

Diz que o documento requisitado às f. 97 foi juntado nos autos, pelo que entende que não há irregularidade processual alguma na inicial, estando o processo instruído com toda a documentação necessária para a propositura e andamento processual, não havendo que se falar em indeferimento da inicial e muito menos em extinção do feito sem o julgamento do mérito.

Aduz ser uma afronta ao princípio da economia processual, a manutenção da decisão judicial de f. 104, considerando que "foram realizados todos os atos processuais válidos para o prosseguimento do presente processo, tudo em conformidade com a legislação processual civil vigente."

Assevera que se realmente tivesse ocorrido alguma irregularidade, deveria o Juiz de Primeira instância ter dado oportunidade à Autora, ora apelante, para emendar a inicial, o que não foi feito, tendo sido diretamente indeferido a inicial com "fundamento equivocado".

Prequestiona artigos do Código de Processo Civil e da Constituição Federal.

Pugna pelo provimento do recurso, para que seja declarada nula a sentença invectivada.

Regularmente intimada, a Defensoria Pública manifestou-se, à f. 113, que diante da não atuação da curadoria a partir de f. 80, e ainda, por não ter o requerido/apelado constituído a Defensoria Pública para o patrocínio de seus interesses, deixa de apresentar as contrarrazões recursais.

A douta Procuradoria de Justiça, em seu parecer de f. 125-130, opina pelo conhecimento e desprovimento do presente recurso de apelação cível.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por Noeli Izaura Volttado, inconformada com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que indeferiu a inicial e julgou extinto, sem julgamento de mérito, a ação de usucapião urbano que move em face de Sebastião da Silva Caneca.

O juízo *a quo* assim decidiu:

> À f. 97 foi determinado à autora que juntasse memorial descritivo da área usucapienda sob pena de extinção.
>
> Regularmente intimada (f. 98), a autora veio aos autos requerendo prazo para que pudesse confeccionar o memorial requerido. Ocorre, que deferido no prazo à autora (f. 101), esta quedou-se inerte novamente (f. 103). Desta forma, resta evidente que a demandante deixou de cumprir integralmente o despacho de f. 97, deixando de instruir os autos com documento essencial ao regular desenvolvimento do feito.
>
> Diante disso, indefiro a inicial, o que faço com base no parágrafo único do artigo 284 do Código de Processo Civil, e, nos termos do artigo 267, IV, do *codex* supramencionado, julgo extinto o presente feito, sem exame de mérito.
>
> Apenas para os fins do art. 12 da LAJ, condeno a autora ao pagamento das custas processuais.

Na espécie, colhe-se que a autora, à época da propositura da ação de usucapião, não juntou o memorial descritivo da área usucapienda, e também deixou de destacá-la de modo inequívoco no mapa de f. 15, já que a descrição contida na inicial não estava de acordo com tal mapa.

À f. 97 foi determinado que a autora, ora apelante, juntasse o memorial descritivo da área usucapienda, sob pena de extinção do feito. A autora, após ser regularmente intimada (f. 98), veio aos autos requerendo prazo para que pudesse confeccionar o memorial requerido (f. 103).

Ocorre que, mesmo sendo deferido pelo magistrado monocrático este pedido (f. 101), a requerente deixou transcorrer *in albis* seu novo prazo para a juntada de tal documento.

O juízo *a quo*, diante da inércia da apelante, julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Versa o presente recurso acerca da necessidade, em ação de usucapião, de apresentação de memorial descritivo e planta da área a ser usucapida.

O art. 942 do CPC determina, ao autor da ação de usucapião, o preenchimento dos requisitos formais necessários à regularidade da ação, que consiste na apresentação da planta do imóvel, juntamente com o oferecimento da petição inicial, *in verbis:*

> Art. 942. O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, requererá a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados, observado quanto ao prazo o disposto no inciso IV do art. 232.

A exigência determinada pelo artigo supra mencionado, tem a finalidade de individualizar o imóvel objeto da demanda, pois, sendo a ação real, faz-se necessária a perfeita caracterização do imóvel, não só para efeitos práticos do exercício do direito de propriedade, que exige inteira separação e identificação de seu objeto, como principalmente para atender aos pressupostos de matrícula no Registro Imobiliário.

Nesse sentido:

> AÇÃO DE USUCAPIÃO - PLANTA DO IMÓVEL - DOCUMENTO INDISPENSÁVEL À PROPOSITURA DA AÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 942 DO CPC - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA.
>
> A ação de usucapião tem natureza declaratória, porquanto, reconhecida a procedência do pedido, a sentença, após o trânsito em julgado, passa a ser título hábil para que se promova a transcrição imobiliária do imóvel. Diante disso e até por exigência legal, torna-se imprescindível que o autor instrua a inicial com a planta e o memorial descritivo da área a ser usucapida, tornando possível a sua individuação. (TJMG, Ag n. 412.158-0, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Alvimar de Ávila, julgado em 6.8.2003).

É cediço na doutrina que o usucapião pressupõe posse sobre imóvel, com sua perfeita individuação, quanto à sua confrontação, área, divisas e demais características.

Dessa forma colaciono as jurisprudências:

> AÇÃO DE USUCAPIÃO - PLANTA DO IMÓVEL - DOCUMENTO, A PRINCÍPIO, INDISPENSÁVEL À PROPOSITURA DA AÇÃO - IDENTIFICAÇÃO DO IMÓVEL - QUALIFICAÇÃO DAS PARTES - REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - PENDÊNCIA DE AÇÃO POSSESSÓRIA - CERTIDÃO DO DISTRIBUIDOR CÍVEL - INEXIGIBILIDADE.
>
> A planta do imóvel trata-se, a princípio, de documento indispensável à propositura da ação de usucapião, que deve vir aos autos por meio da inicial, ou, quando muito, depois de possibilitada a emenda desta (art. 284 do CPC). Todavia, tal exigência deve ser relevada na hipótese de o imóvel restar devidamente identificado, mesmo que não seja por meio desse documento, permitindo a definição dos limites da lide, bem como o registro do título no Cartório de Registro de Imóveis na eventual hipótese de ser julgada procedente a pretensão deduzida em juízo.

> [...] (TJMG, AC n. 2.0000.00.492.158-4/000, Décima Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Elpídio Donizetti, julgado em 1.12.2005, DJ de 25.2.2006).
>
> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - USUCAPIÃO - PLANTA DO IMÓVEL USUCAPIENDO - MEMORIAL.
>
> Planta e memorial descritivo do imóvel, elaborados e subscritos por profissional habilitado, são suficientes para individuar o imóvel usucapiendo." (TJMG, Ag n. 1.210.07.040.051-5/001, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Maurílio Gabriel, julgado em 31.5.2007, DJ de 19.6.2007).

Ante o exposto, não resta dúvida que o imóvel usucapiendo não foi devidamente descrito, de modo a estabelecer a sua delimitação e sua individuação.

Por esta perspectiva, a autora/apelante não colacionou documentos essenciais para a propositura da ação de usucapião, deixando de juntar o memorial descritivo da área usucapienda, nos termos do art. 942 do CPC.

Tratando-se de matéria de ordem pública, pois o vício enseja no indeferimento da petição inicial (art. 283, parágrafo único, CPC), o magistrado, de forma correta, extinguiu o feito, sem resolução de mérito.

São por essas razões que nego provimento à apelação.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 29 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.013420-5 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – MORTE EM ATERRO SANITÁRIO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – CASO FORTUITO – DESCARGA ELÉTRICA (RAIO) EM DIA DE FORTE TEMPORAL – EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE – APELO IMPROVIDO.

1. Tendo o magistrado singular concluído que os documentos e elementos constantes dos autos bastavam à formação do seu convencimento, não há óbice ao julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I do CPC.

2. A responsabilidade objetiva, advinda da Teoria do Risco Administrativo, dispensa a vítima da prova de culpa do agente da Administração, cabendo a esta a demonstração da culpa, total ou parcial, do lesado no evento danoso, ou a ocorrência de caso fortuito ou de força maior para que aí sim, fique total ou parcialmente livre da indenização.

3. Comprovada a ocorrência de caso fortuito decorrente da queda de raio em dia de forte temporal, no aterro sanitário em que se encontrava a vítima, excluída está a responsabilidade do Município em indenizar.

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, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de março de 2010.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Maria Lucia Pinto Sobrinho e outro contra sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de reparação de danos morais e materiais movida contra o Município de Campo Grande.

Preliminarmente, alega nulidade da sentença pelo julgamento antecipado da lide, sob os seguintes fundamentos:

(a) ocorrência de cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado da lide, por impedimento de produção de provas em audiência de instrução e julgamento.

(b) pela utilização em sua fundamentação prova ilícita produzida pela Recorrida, uma vez que não existe pára-raios no local, e agiu de forma desigual na análise das provas produzidas nos autos.

Ressalta que a utilização de provas unilaterais produzidas pela Municipalidade, como se fossem "verdades absolutas, sem se preocupar em verificar a legalidade das mesmas" tornou a decisão nula, principalmente por não ter observado a busca da verdade real e a igualdade das partes na análise das provas. Que o oficial de justiça constatou que no local não havia pára-raios enquanto que a Municipalidade declarou a sua existência através do ofício de f. 87, agindo de má-fé.

(c) pela ilegal inversão do ônus da prova, desrespeito ao devido processo legal.

Que o documento de f. 95 não pode ser utilizado por não ter respeitado o disposto no art. 385, § 1º do CPC, já que não informa a partir de qual data as placas de "Proibida a entrada" encontram-se instaladas no local.

Insiste que a sentença não analisou corretamente as provas, desprezando as reportagens juntadas com a exordial que comprovam, entre outros fatos, que as placas de advertência foram instaladas após a morte do morte e a omissão, negligência ou imprudência dos servidores da Municipalidade responsáveis por vigiar e fiscalizar o local.

No mérito, em síntese, deduz que a fundamentação da sentença é baseada em carga emotiva e pessoa que, *"baseadas em probabilidades, possibilidades e eventualidades permitiram a conclusão com a convicção equivocada de que "a hora da morte do menor Edenir, filho dos Recorrentes, já estava prevista e escrita no Mundo Espiritual e Subjetivo"*, portanto, sem qualquer fundamento legal, jurídico e fático", (f. 190-191) o que autoriza o provimento do apelo.

Repete que se a Municipalidade não tivesse agido de forma omissa e ineficiente, o menor não teria adentrado o local, e consequentemente, não teria falecido, alegando restar comprovado o nexo causal, inclusive diante da ausência de pára-raios no local.

Que o magistrado utilizou-se de provas e situações inexistentes nos autos e que versam sobre situações futuras imprevisíveis e improváveis e sem requisitos legais ou jurídicos para retirar a incidência do liame "morte do menor" como resultado da ineficiência e omissão do ente público na fiscalização e segurança do local, considerando apenas o evento "raio" como causa da morte.

Contrarrazões pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Maria Lucia Pinto Sobrinho e outro contra sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de reparação de danos morais e materiais movida contra o Município de Campo Grande.

Verifica-se dos autos que a preliminar levantada limita-se à verificação de ocorrência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, uma vez que embora tenha o apelante dividido em três tópicos e repetido por diversas vezes os fundamentos em todos eles, a questão relativa ao ônus da prova, análise das produzidas nos autos, dentre outros, é matéria que diz respeito ao mérito do apelo.

Sem razão o apelante.

E assim porque, sendo o juiz o destinatário da prova e tendo o magistrado singular entendido que os documentos e elementos constantes dos autos bastavam à formação do seu convencimento, não há falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pois possível o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, inciso I do CPC.

Destaco que o fato da parte ter postulado na exordial pela produção de provas, pedido reiterado às f. 107-108 e posteriormente às f. 130-131 dos autos, o seu indeferimento não configura cerceamento de defesa, principalmente considerando que os autos versam acerca de pedido de indenização por danos morais e materiais em decorrência da morte de menor no aterro sanitário municipal, situação incontroversa nos autos, que prescinde de prova, principalmente testemunhal.

Quanto à existência de pára-raios ou não local, tal prova foi oportunamente realizada nos autos, confirmado postulado pelo próprio apelante.

Dessarte, tendo o magistrado singular concluído que os documentos e elementos constantes dos autos bastavam à formação do seu convencimento, não há óbice ao julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Afasto, pois, a indigitada preliminar

Passo a análise do mérito

Cuida-se de pretensão indenizatória pelos danos materiais e morais sofridos pelos autores advindos do falecimento de seu filho, de apenas 12 anos, atingido por um raio no aterro sanitário do município.

É caso de se aplicar a responsabilidade objetiva advinda da Teoria do Risco Administrativo que não obriga o Poder Público a indenizar todo e qualquer caso, mas dispensa a vítima da prova de culpa do agente da Administração, cabendo a esta a demonstração da culpa, total ou parcial, do lesado no evento danoso, ou a ocorrência de caso fortuito ou de força maior para que aí sim, fique total ou parcialmente livre da indenização.

Sobre a matéria, esclarece Hely Lopes Meirelles[1]:

> Teoria do risco administrativo - A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.
>
> Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. [...]
>
> Advirta-se, contudo, que a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a

1 MEIRELLES,Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 612

> Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente.

E complementa o festejado doutrinador Rui Stoco[2]:

> Não se pode deslembrar que a responsabilidade do Estado se assenta no risco administrativo e independe de prova da culpa, bastando que se demonstre o nexo causal entre o acidente e o dano.
>
> Aliás, sequer se exige a prova de culpa do servidor causador do dano.
>
> Em casos que tais o ônus da prova é invertido: ao Estado é que compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior.

Dessarte, para que o Município apelado seja eximido da obrigação de indenizar os apelantes pela morte de seu filho, deverá comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso ou ainda que o óbito deu-se em razão de caso fortuito ou força maior. Enquanto não evidenciar uma dessas circunstâncias, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração.

No caso dos autos, resta devidamente comprovada a ocorrência de caso fortuito[3], decorrente da queda de raio no local em que se encontrava a vitima.

Ao contrário do que afirmam os apelantes, o magistrado singular, ao afirmar que o menor poderia ter sido atingido por raio em qualquer outro lugar, que não o "lixão" municipal, não estava a afirmar que era *"a hora da morte do menor Edenir, filho dos Recorrentes*", mas sim que se trata de evento da natureza sobre o qual o ser humano não possui controle.

Pois bem. Da prova colhida aos autos, mais precisamente com a exordial, constata-se que a vítima, de apenas 12 anos, encontrava-se no aterro sanitário municipal *"no momento em que chovia muito*" (f. 14) tendo sido atingida por uma descarga elétrica natural (raio), que ocasionou o seu óbito.

O motivo pelo qual o menor estaria no "lixão" foi destaque de reportagem jornalística "*O menor queria pagar dívidas"*, apensada aos autos com a inicial. Dela se extrai:

> O estudante Edemir Elias Sobrinho, 12 anos, morto ontem por um raio no momento de uma forte chuva, por volta das 17 horas no aterro sanitário de Campo Grande, estava há uma semana no local, segundo seu irmão Damião Elias Sobrinho, 18 anos, procurando levantar recursos, cerca de R$ 2,50 para pagar uma dívida de conserto da sua bicicleta (f. 36).

Com relação à alegação de que o documento de f. 87 dos autos é ilícito por ter sido produzido unilateralmente pelo município apelado e conter inverdades, em razão de que das reportagens anexadas à inicial se concluiu pela inexistência de placas no local, mais uma vez se equivocam os apelantes. O mesmo ocorre quando afirmam que o próprio segurança do lixão confirmou a omissão do Município.

2 STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 282

3 "Acontecimento de ordem natural gerador de efeitos jurídicos, v.g., erupções vulcânicas, queda de raios [...]", *in* **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviv**a, ACQUAVIVA Marcus Cláudio. 13. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2006. p. 171

Isso porque, às f. 38 dos autos, encontramos a reportagem "Mais de 50 crianças vivem do lixo", publicada no dia 20 de outubro de 2001 no periódico Correio do Estado, onde a auditora do trabalho, Regina Rupp, adiantou que iria reivindicar junto à prefeitura a instalação de placas junto ao aterro sanitário localizado na Avenida Coronel Antonino. Vejamos:

> As auditoras do trabalho infantil Regina Rupp Catarino e Maristela Souza Savari disseram que o número de crianças trabalhando nos lixões é muito maior que os casos que foram confirmados ontem.
>
> Por volta das 9h, ao chegarem ao aterro sanitário, localizado na Avenida Coronel Antonino, saída para Cuiabá, os fiscais identificaram pelo menos dez catadores de lixo com menos de 18 anos de idade. No entanto, ao perceberem a fiscalização, a maioria correu e se escondeu no mato.
>
> O próprio segurança do lixão, Amado Nogueira de Moraes, confirma que pelo menos 30 crianças freqüentam diariamente o local, acompanhando os pais ou até sozinhas. "fica difícil para prefeitura fazer o controle de entrada e saída de crianças", justifica.
>
> A auditora do trabalho Regina Rupp adianta que vai reivindicar à Prefeitura de Campo Grande a instalação de placas informando que é proibida a permanência de pessoas menores de 18 anos. "Vamos encaminhar um ofício ao secretário de Obras pedindo providências", informou.
>
> Já nos outros lixões, as placas são visíveis e os catadores de lixo não fizeram alvoroço com a chegada da equipe do DRT.No lixão do Santo Antônio, não havia nenhuma criança trabalhando em situação de risco e, no Dom Antônio Barbosa, onde fica a maior concentração de lixo da cidade, as crianças que estavam no local não tentaram fugir das auditoras [...]

Cumpre esclarecer que a morte do menor ocorreu no aterro sanitário do Bairro Dom Antônio Barbosa, onde se observa do texto acima, "as placas são visíveis".

Os apelantes insistem ainda que o Município não tomou as precauções necessária para impedir a presença de menores no aterro sanitário que sequer possuía pára-raios, o que poderia ter evitado a tragédia ocorrida.

Ressalta-se que a existência de pára-raios no local foi objeto de constatação pelo Oficial de Justiça, que concluiu:

> A área do Lixão vistoriada, não existe nenhum pára raios. O único pára raios existente no local, encontra-se no poste de transformador da enersul, conforme a informação posteriormente prestada pelo responsável pelo local, Sr. Odair. (f. 127)

Do texto acima se concluiu que o pára raios encontra-se no lixão, porém no poste da Enersul, confirmando assim o conteúdo do documento de f. 87 que afirmou a existência do equipamento no local.

Porém, a existência ou não de pára raios no local não modifica a situação, uma vez que não impede a ocorrência da descarga elétrica, conforme se verifica do texto publicado no site da Universidade Federal do Pará:

> Os relâmpagos podem atingir as pessoas diretamente. Esse acidente deve-se ao efeito direto do relâmpago. Mesmo que as chances sejam pequenas (cerca de 1 para 1 milhão), é necessário que haja cuidados contra esses acidentes. A maioria das mortes e tragédias ocorrem pelos efeitos indiretos, que acontecem nas proximidades do local de queda de um relâmpago.

> Os efeitos fisiológicos da corrente elétrica associados aos relâmpagos dependem muito da área do corpo atingida e de outras condições no momento do acidente. Comumente, a corrente ocasiona sérias queimaduras, danos ao coração, aos pulmões, ao sistema nervoso central, paradas cardíacas, respiratórias e seqüelas psicológicas, como diminuição da capacidade de raciocínio e distúrbios do sono. A média de mortes de pessoas atingidas, seja direta ou indiretamente, por ano no Brasil é de 100 pessoas. **Não há nenhum método conhecido que evite a ocorrência de um relâmpago. Mesmo construções devidamente protegidas já sofrerão esse ataque, enquanto outras desprotegidas, às vezes ao lado dessas, nada sofreram. Podemos perguntar para quê o uso dos sistemas de proteção se eles realmente não protegem. Na verdade, o sistema tenta "atrair a atenção" da descarga e não impedir que ela aconteça."**[4] (destaquei)

Ainda, importante observar que embora confirmada a dificuldade de controle de ingresso de menores junto ao aterro sanitário, tal fato, por si só, não revela nenhuma forma de conduta culposa que possa desencadear a responsabilidade do Município, principalmente considerando-se que o evento morte se deu exclusivamente em decorrência de descarga elétrica ocasionada por raio, em momento de forte chuva, situação que caracteriza a ocorrência de caso fortuito e retira do ente público o dever de indenizar.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou pedido idêntico ao dos autos, tendo concluído, porém, pela ausência de nexo causal. Porém, diante da singularidade do caso, transcrevo a ementa:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE EM ATERRO SANITÁRIO MUNICIPAL. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CULPA E NEXO CAUSAL A IMPUTAR O DEVER DE INDENIZAR AO MUNICÍPIO. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS, AC n. 70025539842, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Léo Romi Pilau Júnior, julgado em 17,12.2008).

Diante de todo o exposto, conclui-se facilmente que o Município apelado não tem como ser responsabilizado pela morte do menor, atingido por raio no aterro sanitário, em dia de forte temporal, por não ter controle sobre eventos da natureza (caso fortuito).

Ex positis, nego provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 29 de março de 2010.

***

4 http://www.ufpa.br/ccen/fisica/aplicada/protec.htm

Mandado de Segurança n. 2009.012737-2 - Capital
Órgão Especial
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – DECADÊNCIA – PREJUDICIAL REJEITADA – ENQUADRAMENTO IRREGULAR (TRANSPOSIÇÃO) DE SERVIDOR PÚBLICO – RETORNO AO CARGO DE ORIGEM – REMUNERAÇÃO PAGA DE ACORDO COM O CARGO DE ORIGEM – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

Em se tratando de atos de trato sucessivo, como na hipótese de pagamento de vencimentos, não ocorre a decadência prevista no artigo 23 da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2.009, pois o prazo para a impetração do mandado de segurança se renova a cada ato que se reputa ofensivo ao direito líquido e certo do servidor público.

É legítima a atuação da Administração Pública, no exercício da autotutela, de anular os atos irregulares de transposição, pelos quais os impetrantes foram enquadrados em cargos de carreira distinta às daqueles de seus concursos. Logo, inexiste violação a direito líquido e certo se, com a anulação dos atos de transposição, denominados de "enquadramento", retornaram aos cargos de origem, passando a perceber os valores de subsídio e Parcela Constitucional de Irredutibilidade (PCI) de acordo com a legislação pertinente, os quais são inferiores aos dos cargos nos quais estiveram irregularmente enquadrados durante certo período de tempo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e com o parecer, rejeitar a preliminar. No mérito, por unanimidade e com o parecer, denegaram a segurança. Ausente, justificadamente, o 11º vogal.

Campo Grande, 31 de março de 2010.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

André Luiz Pavão Moreno, Cleber Dutra e Edna Meire Fernandes Oliveira, servidores públicos estaduais, impetram mandado de segurança com pedido liminar em face do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

Narram que passaram a receber a remuneração por subsídio, nos termos da Lei estadual n. 3.519, de 15 de maio de 2008, sendo que uma das parcelas componentes de seus vencimentos era a Parcela Constitucional de Irredutibilidade (PCI), criada pela mencionada lei.

Alegam que não foi computado o benefício do adicional de capacitação, de quem tinha esse direito na aludida PCI.

Aduzem que, além disso, no início do ano de 2009, seus vencimentos diminuíram, pois os valores referentes à PCI foram reduzidos ou suprimidos, causando-lhes evidente prejuízo.

Argumentam que possuem direito líquido e certo à irredutibilidade de vencimentos, com fulcro no artigo 7º, VI, da Constituição Federal, no artigo 73, § 3º, da Lei estadual n. 1.102, de 10 de outubro de 1990, e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Requerem seja concedida a segurança para determinar que a autoridade impetrada promova a reimplantação, na folha dos servidores impetrantes, dos valores corretos a serem pagos pela Parcela Constitucional de Irredutibilidade, sob multa cominatória no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso no cumprimento da ordem judicial.

Juntaram os documentos de f.13-67.

A decisão a respeito do pedido liminar foi adiada para depois que a autoridade prestasse informações (f. 69).

O Estado de Mato Grosso do Sul requer sua admissão no feito, como litisconsorte passivo necessário e, pela autoridade, presta informações, nas quais suscita prejudicial de decadência: a) em relação ao impetrante Cleber Dutra, para o ato administrativo que gerou impacto em sua folha de pagamento, em decorrência da anulação do enquadramento da função que ele exerce na Secretaria de Estado de Trabalho e Assistência Social, seguida da consequente redução de seu nível de escolaridade do médio para o fundamental completo; b) em relação a todos os impetrantes, para o ato impugnado, decorrente de lei de efeito concreto, que alterou totalmente a forma de remuneração dos impetrantes.

Quanto ao mérito, assevera que a PCI paga durante o ano de 2008 estava errada, pois os servidores encontravam-se enquadrados em nível de escolaridade diferente daquele originariamente previsto no edital do concurso público e dos cargos que preencheram ao serem admitidos no serviço público estadual, razão por que, no exercício da autotutela, a Administração Pública corrigiu os respectivos enquadramentos de escolaridade médio para o fundamental, com o consequente acerto de seus vencimentos.

Infere que, portanto, não houve redução nominal dos vencimentos dos impetrantes, mas sim, ao final, em maio de 2009, a adequação de seus vencimentos aos cargos e funções que ocupam.

Ressalta que o Poder Judiciário não tem permissão para proferir decisões que importem em revisão de remuneração ou concessão de aumento sem a manifestação do Poder Legislativo, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa a respeito dos seguintes dispositivos constitucionais: a) artigo 37, caput e inciso X (princípio da legalidade estrita quanto ao regime remuneratório), associada à b) inafastável necessidade de prévia dotação orçamentária (artigo 169, § 1º); c) além da inexistência de ofensa ao princípio da irredutibilidade de remuneração (artigo 37, inciso XV), bem como a e) inexistência de direito adquirido a regime jurídico ou remuneratório (artigo 5º, XXXVI), e, por fim, f) ofensa ao princípio da independência e harmonia dos Poderes (artigo 2º) e g) contrariedade às Súmulas n. 339 e 685 do Supremo Tribunal Federal.

Juntou os documentos de f. 89-300.

O pedido liminar, analisado após a juntada das informações, inicialmente indeferido por decisão do relator (f. 308-309), por ausência de fumus boni iuris e de periculum in mora, assim como por vedação expressa

pelo artigo 5º da Lei n. 4.438/1964, foi afinal deferido no julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2009.012737-2/0001.00 (autos em apenso).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina (f. 315-321) pela rejeição da prejudicial de decadência, pois a hipótese em exame envolveria prestações de trato sucessivo, e, no mérito, pela denegação da segurança, pois o novo enquadramento dos impetrantes no nível de escolaridade correto não estaria acarretando redução salarial, nem violação ao princípio da irredutibilidade salarial.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

1. Ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul.

Inicialmente, autorizo o ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul no feito, levando em conta que, em última análise, os efeitos almejados nesta segurança repercutirão em seu direito subjetivo.

2. Prejudicial de decadência.

O Estado de Mato Grosso do Sul suscita prejudicial de decadência: a) em relação ao impetrante Cleber Dutra, para o ato administrativo que gerou impacto em sua folha de pagamento, em decorrência da anulação do enquadramento da função que ele exerce na Secretaria de Estado de Trabalho e Assistência Social, seguida da consequente redução de escolaridade do médio para o fundamental completo; b) em relação a todos os impetrantes, para o ato impugnado, decorrente de lei de efeito concreto, que alterou totalmente a forma de remuneração dos impetrantes.

Todavia, a questão em discussão diz respeito a atos de trato sucessivo, envolvendo pagamentos de adicional de capacitação e Parcela Constitucional de Irredutibilidade, feitos em prestações periódicas, de sorte que o prazo para a impetração do *mandamus* se renova a cada ato.

Nesse diapasão encontra-se o esclarecedor ensinamento de Hely Lopes Meirelles, *in litteris*:[1]

> É de se lembrar que o prazo para impetração não se conta da publicação da lei ou do decreto normativo, mas do ato administrativo que, com base neles, concretiza a ofensa a direito do impetrante, salvo se a lei ou o decreto forem de efeitos concretos, caso em que se expõem à invalidação por mandado de segurança desde o dia em que entraram em vigência.
>
> Nos atos de trato sucessivo, como no pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, o prazo renova-se a cada ato e também não corre durante a omissão ou inércia da Administração em despachar o requerido pelo interessado.

Nessa linha, colhem-se os seguintes julgados deste Egrégio Órgão Especial:

> O prazo decadencial renova-se mensalmente em prestações de trato sucessivo. (MS n. 2008.031292-3, Capital, Órgão Especial, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 17.12.2008).
>
> Não se opera o lapso decadencial para a impetração do *mandamus,* quando o ato considerado ilegal e abusivo repete-se mensalmente, tratando-se de ato administrativo de trato

1 *In* **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandando de injunção, habeas corpus, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51-52.

> sucessivo. (TJMS n. 2008.028147-7, Capital, Órgão Especial, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 10.12.2008).
>
> Em se tratando de atos de trato sucessivo, como na hipótese de pagamento de vencimentos, não ocorre a decadência prevista no artigo 23 da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, pois o prazo para a impetração do mandado de segurança se renova a cada ato que se reputa ofensivo ao direito líquido e certo do servidor público. (MS n. 2009.001376-7, Capital, Órgão Especial, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto, julgado 27.1.2010).

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça apresenta o mesmo entendimento, *in verbis*:

> AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. ELEVAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO. EXTENSÃO AOS INATIVOS E PENSIONISTAS. ATO OMISSIVO CONTINUADO. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. DECADÊNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. Correta a decisão agravada ao assentar a inexistência de violação ao art. 18 da Lei n. 1.533/51, uma vez que o ato atacado no mandado de segurança consiste na eventual omissão da autoridade coatora em não estender à impetrante, servidora estadual inativa, a elevação da gratificação percebida, concedida aos funcionários públicos em atividade.
>
> 2. Desse modo, a mencionada omissão ocorre desde a concessão da referida vantagem aos servidores em atividade e se renova mês a mês, o que, via de conclusão, também se dá com o ato impugnado. O início do prazo decadencial, portanto, reinicia-se mensalmente, por ser a prestação em debate de trato sucessivo.
>
> 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 1069937/CE, Relª. Minª. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 18.12.2008, DJ 2.2.2009).

No mesmo sentido, ainda, confiram-se os seguintes julgados oriundos do Superior Tribunal de Justiça: MS n. 13218/PB (2001/0075717-8), Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, julgado em 10.12.2002, DJU 10.3.2003, p. 246; MS n. 12814/GO (2001/0002200-6), Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, julgado em 10.12.2002, DJU 10.3.2003, p. 245; REsp n. 433181/DF (2002/0052187-4), Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 19.9.2002, DJU 10.2.2003, p. 241; Ag n. 468637/PI (2002/0105304-3), Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 7.11.2002, DJU 2.12.2002, p. 368, entre outros.

Destarte, não há falar em decadência, razão pela qual rejeito a prejudicial suscitada.

O Sr. Des. João Maria Lós (1º Vogal)

De acordo com o relator.

A Srª. Desª Tânia Garcia de Freitas Borges (2ª Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (3º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (4º Vogal)

De acordo com o relator.

Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (5º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (6º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (7º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (8º Vogal)

Peço vênia ao relator para acolher a preliminar de decadência.

Entendo que à decadência não se aplica a renovação do prazo da prescrição como ocorre nas relações de trato sucessivo.

Conforme relatado, os impetrantes insurgem-se contra a Lei n. 3.519, de 15 de maio de 2008, que alterou a forma de remuneração dos servidores públicos estaduais.

Aduzem que, com a implementação das normas da nova lei, não foi computado o benefício do adicional de capacitação, assim como que houve redução de vencimentos, pois os valores referentes à Parcela Constitucional de Irredutibilidade (PCI) foram reduzidos ou suprimidos, causando-lhe evidente prejuízo.

Ocorre que a referida Lei Estadual n. 3.519/2008, ao entrar em vigor, produziu seus efeitos concretos de imediato para os impetrantes, inclusive, em decorrência desses efeitos concretos é que os impetrantes insurgem-se.

Não se trata de omissão por aplicação de vantagem prevista em lei, mas sim de aplicação de uma lei que revogou vantagens existentes nos vencimentos de servidores públicos.

O artigo 23 da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, dispõe: *"Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência pelo interessado, do ato impugnado."*

Ora, considerando que o prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias e que esse *writ* foi impetrado apenas em 15.5.2009, há a decadência do direito dos impetrantes, devendo-se ressaltar que não há falar em obrigação de trato sucessivo, pois, deve-se considerar o prazo decadencial a partir dos efeitos.

Nesse sentido, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça em ações mandamentais que versavam sobre supressão de vencimentos de servidor público, vejam:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO COMISSIONADOS. GRATIFICAÇÃO EXTRAORDINÁRIA E JUDICIÁRIA. SUPRESSÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. A Terceira Seção deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a supressão de vantagem pecuniária devida a servidor público

se caracteriza como ato comissivo, único e de efeitos permanentes, não havendo, pois, que se falar em prestações de trato sucessivo.

2. A impetração de mandado de segurança contra ato de supressão de vantagem de servidor público deve ocorrer dentro de cento e vinte dias do referido ato, sob pena de decadência da impetração.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no MS n. 20.528/PE, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 23.2.2010, DJ 15.3.2010). Destaquei.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MUNICIPAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PETIÇÃO DEDUZIDA EM JUÍZO PARA RESTABELECIMENTO DE PENSÃO VITALÍCIA A EX-PREFEITO. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE OS PEDIDOS. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA VANTAGEM. LEI DE EFEITOS CONCRETOS. ATO QUE NÃO SE RENOVA MÊS A MÊS. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDO DE DIREITO. *DIES A QUO* DO PRAZO PRESCRICIONAL OU DECADENCIAL. DATA DA EFETIVA SUPRESSÃO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA.

1. Não havendo identidade entre os pedidos contidos no mandado de segurança impetrado pelo ex-prefeito do Município de Coelho Neto-MA em 1984 e o novo pedido apresentado em 2002, não subsiste a alegação de violação à coisa julgada.

2. A supressão de vantagem dos vencimentos ou proventos dos servidores públicos, por força de lei, não configura relação de trato sucessivo, mas ato único de efeitos concretos e permanentes.

3. O *dies a quo* do prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança, ou do prazo prescricional para o ajuizamento da ação ordinária, dá-se na data da efetiva supressão da vantagem.

4. A extinção da pensão ocorreu em 7.5.1991, com a publicação da Lei Orgânica do Município. A irresignação contra a supressão da vantagem deveria ter sido trazida ao Poder Judiciário no prazo decadencial de 120 dias, previsto no art. 18 da Lei n. 1.533/51 ou no lustro prescricional do art. 1.º do Decreto n. 20.910/32, ambos contados da data da mencionada publicação, o que não se verificou na espécie. Reconhecimento da decadência para a impetração de mandado de segurança e da prescrição do próprio fundo de direito.

5. Recurso conhecido e provido. (MS n. 18.557/MA, Relª. Minª. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.11.2009, DJ 15.12.2009). Destaquei.

Este Tribunal de Justiça também já decidiu outros processos no mesmo sentido, *verbis*:

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - DECADÊNCIA - RECONHECIDA - PROCESSO EXTINTO COM JULGAMENTO DO MÉRITO.

Considera-se o início do prazo decadencial para interposição da via mandamental (artigo 18 da Lei n. 1.533/51) a publicação do Decreto do Chefe do Executivo em 27 de janeiro de 1999. Efetuada a impetração 7 (sete) meses depois da mencionada manifestação oficial, é de se decretar a decadência do uso da ação mandamental, resguardada aos impetrantes, porém, a perseguição, na via ordinária, do direito subjetivo ao bem da vida tido por violado. (TJMS, AC n. 2002.006499-8, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 19.5.2003).

Há, também, o Mandado de Segurança n. 2002.009330-0, julgado pelo Tribunal Pleno em 12.3.2003 e o MS n. 2004.00714-0, julgado na Terceira Seção Cível em 19.4.2004.

Logo, ocorreu a decadência do direito dos impetrantes, visto que o mandado de segurança foi impetrado já passados mais de 120 (cento e vinte) dias do início dos efeitos do ato atacado.

O Sr. Des. Joenildo de Souza Chaves (9 º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Atapoã da Costa feliz (10º Vogal)

De acordo com o relator.

3. Mérito.

O presente *mandamus* volta-se contra a diminuição que os impetrantes perceberam em seus vencimentos, redução essa, no seu entender, decorrente de o benefício do adicional de capacitação não estar sendo computado e de os valores referentes à Parcela Constitucional de Irredutibilidade (PCI) ter sido indevidamente reduzidos ou suprimidos.

3.1 O Estado de Mato Grosso do Sul assevera que a variação nos vencimentos dos impetrantes decorreu do exercício da auto-tutela pela Administração Pública, que anulou atos ilegais de enquadramento de servidores por meio dos quais os impetrantes, aprovados em concurso público para cargos de nível de escolaridade fundamental, passaram a ocupar cargos de nível médio.

A informação prestada (f. 89) pela Secretária de Estado de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária (SETASS) ao Procurador do Estado da Procuradoria de Pessoal é esclarecedora, *in litteris*:

> Em atendimento ao Ofício/PGE/PP/n. 618/2009, de 8 de junho de 2009, que solicita esclarecimentos sobre as razões da diminuição e posterior supressão da Parcela Constitucional de Irredutibilidade e do Subsídio dos servidores CLEBER DUTRA, ANDRÉ LUIZ PAVÃO MORENO e EDNA MEIRE FERNANDES OLIVEIRA, informamos que:
>
> No Diário Oficial do Estado n. 7422 de 18 de março de 2009, na página 24, e Diário Oficial do Estado n. 7344 de 21 de novembro de 2008, na página 71, foi publicada a anulação do enquadramento dos servidores acima elencados. [...]
>
> Com a publicação da anulação do enquadramento, foi efetuada a alteração na tabela salarial, considerando que o enquadramento se deu na tabela salarial do nível médio e o cargo de origem dos servidores CLEBER DUTRA e ANDRÉ LUIZ PAVÃO MORENO é correspondente a tabela salarial do nível fundamental, quanto à servidora EDNA MEIRE FERNANDES OLIVEIRA, o valor correspondente ao cargo ficava a menor que a tabela do subsídio, motivo este que a referida servidora não teve a Parcela Constitucional de Irredutibidade – PCI.
>
> Ressaltamos que foi encaminhado os ofícios n. 3602 e 0582, desta Secretaria para a Empresa de Gestão, Recursos Humanos e Patrimônio de MS, que tratou da anulação do enquadramento e solicitou implantação da Parcela Constitucional de Irredutibilidade, bem como a confirmação do pagamento da diferença não percebida pelos servidores no mês de fevereiro de 2009.

Embora o Estado de Mato Grosso do Sul tenha se exprimido dessa forma simplificada, referindo-se à anulação dos atos por conta do nível de escolaridade dos cargos que os impetrantes passaram a ocupar, o que

ocorreu no caso em apreço foi que os servidores se beneficiaram de uma forma de provimento derivado que, nos autos, é referida ora como "enquadramento" (p.ex., f. 114), ora como "transposição" (p.ex., f. 154).

Deu-se que o Decreto n. 12.076, de 30.3.2006 (f. 97-101), republicado por incorreção no Diário Oficial n. 6.701, de 3.4.2006, que altera cargos de organização das carreiras do Plano de Cargos e Carreiras do Poder Executivo, modificou o Decreto n. 12.008, de 27.12.2005, a fim de criar a categoria de Técnico de Serviços Organizacionais, na carreira de Serviços Organizacionais, com as funções de Técnico Contábil, Técnico de Compras e Suprimentos, Técnico de Informática e Técnico de Recursos Humanos, é o que dispõem o artigo 2º, I-A, e o artigo 3º, I-A, do Decreto n. 12.076/2006.

O aludido Decreto 12.076 autorizou a realização do "enquadramento" de servidores nas mencionadas funções, desde que atendessem aos requisitos de escolaridade e de formação específica.

Tal enquadramento, que permite a movimentação do servidor de uma carreira para outra sem a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, consiste no ato administrativo que a doutrina chama de "transposição".

De fato, o artigo 5º do Decreto n. 12.076 dispôs, *in verbis*:

> Art. 5º Os servidores que atenderem aos requisitos de escolaridade e a formação específica, quando for o caso, que estejam na data de publicação deste Decreto no exercício de tarefas vinculadas às atribuições estabelecidas no inciso II-A do art. 4º do Decreto n. 12.008, de 27 de dezembro de 2005, poderão ser enquadrados na função de Técnico Contábil, Técnico de Compras e Suprimentos, Técnico de Informática ou Técnico de Recursos Humanos.

Assim, por meio de atos de provimento derivado, os impetrantes, que ocupavam cargos da carreira de Gestão de Ações de Assistência e Cidadania, integrante do Grupo Ocupacional IX - Gestão Institucional do Plano de Cargos, Empregos e Carreiras do Poder Executivo, instituída pela alínea "f" do inciso VIII do art. 11 da Lei n. 2.065, de 29.12. 1999, com redação dada pela Lei n. 2.599, de 26.12.2002, nos termos do Decreto n. 11.888, de 4.7.2005, passaram a ocupar cargos da carreira Serviços Organizacionais, integrante do Grupo Ocupacional X - Gestão Governamental do Plano de Cargos, Empregos e Carreiras do Poder Executivo, instituída pela alínea "f" do inciso IX do art. 11 da Lei n. 2.065, de 29.12.1999, com redação dada pela Lei n. 2.599, de 26.12.2002, conforme o Decreto n. 12.008, de 27.12.2005, modificado pelo Decreto n. 12.076, de 30.3.2006.

Assim, o impetrante André Luiz Pavão Moreno ocupava o cargo de Agente de Ações Sociais, que exige nível fundamental (Decreto 11.888, artigo 7º, III), na função homônima de Agente de Ações Sociais, da carreira de Gestão de Ações de Assistência e Cidadania.

Apresentou certificado de conclusão de curso de técnico em manutenção de *hardware*, com 110 horas de aula (f. 109), informou que exercia atribuições relativas à informática (f. 95) e passou a ocupar o cargo de Técnico de Serviços Organizacionais, de nível médio (Decreto n. 12.008, artigo 7º, V-A), na função de Técnico de Informática (f. 114), da Carreira de Gestão Governamental.

A impetrante Edna Meire Fernandes Oliveira ocupava o cargo de Assistente de Ações Sociais, de nível médio (Decreto 11.888, artigo 7º, II), na função homônima de Assistente de Ações Sociais, da carreira de Gestão de Ações de Assistência e Cidadania.

Relatou o exercício de atribuições relativas a compras e suprimentos (f. 161) e, embora não tenha apresentado comprovação de curso de capacitação específico (f. 184), passou a ocupar o cargo de Técnico de Serviços Organizacionais, também de nível médio (Decreto n. 12.008, artigo 7º, V-A), na função de Técnico de Compras e Suprimentos (f. 168-169), da Carreira de Gestão Governamental.

E o impetrante Cleber Dutra ocupava o cargo de Agente de Ações Sociais, que exige nível fundamental (Decreto n. 11.888, artigo 7º, III), na função de Zelador de Unidade de Atendimento Infantil, da carreira de Gestão de Ações de Assistência e Cidadania.

Narrou exercer atribuições relacionadas à informática (f. 199), apresentou certificado de conclusão de curso de técnico em manutenção e configuração de *hardware*, com carga de 110 horas-aula (f. 202), e passou a ocupar o cargo de Técnico de Serviços Organizacionais, de nível médio (Decreto 12.008, artigo 7º, V-A), na função de Técnico de Informática (f. 206), da Carreira de Gestão Governamental.

Entretanto, o benefício decorrente dessa efetiva transposição de uma carreira para outra distinta está vedado no ordenamento jurídico nacional desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo artigo 37, *caput*, inciso II, impõe a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, nos seguintes termos:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Chamando "transposição" ou "ascensão" o ato que nos autos vem denominado como "enquadramento", Maria Sylvia Zanella di Pietro, em seu "Direito Administrativo",[2] explica que:

> O dispositivo trouxe algumas inovações quando comparado com o artigo 97, § 1º, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969:
>
> 1. enquanto a norma anterior exigia concurso apenas para investidura em **cargo público**, a atual impõe a mesma exigência para **cargo e emprego**; só não faz referência à **função**, porque deixou em aberto a possibilidade de contratação para serviços temporários (art. 37, IX) e para funções de confiança (art. 37, V), ambas as hipóteses sem concurso;
>
> 2. enquanto o dispositivo anterior fazia a exigência a **primeira investidura**, o atual fala apenas em **investidura**, o que inclui tanto os provimentos originários como os derivados, somente sendo admissíveis as exceções previstas na própria Constituição, a saber, a reintegração, o aproveitamento, a recondução e o **acesso** ou **promoção**, além da **reversão ex officio**, que não tem base constitucionais, mas ainda prevalece pela razão adiante exposta.
>
> A **readmissão** era o ato discricionário pelo qual o funcionário **exonerado** e, segundo alguns Estatutos, também o **demitido**, reingressava no serviço público.
>
> A **reversão** era o ato pelo qual o funcionário **aposentado** reingressava no serviço público; podia ser a pedido ou ex officio, esta última hipótese ocorrendo quando cessada a incapacidade que geou a aposentadoria por invalidez.
>
> A transposição (ou ascensão, na esfera federal) era o ato pelo qual o funcionário ou servidor passava de um cargo a outro de conteúdo ocupacional diverso. Visava ao melhor

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 511-512.

> aproveitamento dos recursos humanos, permitindo que o servidor, habilitado para o exercício de cargo mais elevado, fosse nele provido mediante concurso interno; no Estado de São Paulo, estava prevista nos artigos 22 a 28 da Lei Complementar n 180, de 12-5-78.
>
> Nos três institutos, o provimento independe de concurso público, não podendo ser considerado como tal o procedimento de seleção utilizado na transposição, uma vez que, nesta, as vagas são destinadas a essa forma de provimento, excluindo a participação de terceiros, como o exigiria o concurso público.
>
> Portanto, deixaram de existir, com a nova Constituição, os institutos da readmissão, da transposição e da reversão [...].(Sublinhei. Negritos no original.).

Ao analisar as formas de provimento derivado, José Maria Pinheiro Madeira, em sua obra "Servidor Público na Atualidade",[3] expõe que o provimento derivado "*se caracteriza pela relação de causalidade entre o servidor e um vínculo anterior com a Administração*".

Frisa que:

> [...] toda investidura exige a realização de certame público, e não apenas a primeira investidura. Isso significa que estão abolidas as formas de provimento derivado que impliquem alteração de carreira que, a partir da CF/1988, somente podem ocorrer mediante a realização de concurso aberto 'aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei'. Noutras palavras, estão expurgadas do ordenamento jurídico pátrio as modalidades de provimento derivado de cargos ou empregos públicos que não sejam inerentes ao sistema de provimento na mesma carreira, excluindo-se, assim, as ascensões, transposições, transferência, reclassificações que – não há como negar – são formas de provimento em carreira diversa daquela em que o servidor ingressou originariamente.

Analisando a questão em seu Direito Constitucional,[4] Alexandre de Moraes ressalta que:

> [...] a partir da Constituição de 1988, a absoluta imprescindibilidade do concurso público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória, inclusive às hipóteses de transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais, que, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais ele foi legitimamente admitido. Dessa forma, claro o desrespeito constitucional para investiduras derivadas de prova de títulos e da realização de concurso interno, por óbvia ofensa ao princípio isonômico.

Ainda que ao Estado-membro estejam conferidos os poderes de auto-organização e de auto-administração, que lhes permite organizarem seu pessoal e respectivo regime jurídico, tais poderes não bastam para suplantar as normas gerais de observância obrigatória pela Administração Pública, estabelecidas pela Constituição da República.

O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência firme no sentido de obstar qualquer tentativa de burlar o comando constitucional que exige a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público, nos moldes expostos, conforme se depreende dos seguintes julgados:

3 MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 353-355.

4 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 328.

[...] Investidura e provimento dos cargos da carreira de Defensor Público Estadual. Servidores estaduais investidos na função de Defensor Público e nos cargos de Assistente Jurídico de Penitenciária e de Analista de Justiça. Transposição para a recém criada carreira de Defensor Público Estadual sem prévio concurso público. Modulação dos efeitos. Afronta ao disposto nos artigos 37, II, e 134, § 1º, da Constituição do Brasil.

[...]

2. Servidores estaduais integrados na carreira de Defensor Público Estadual, recebendo a remuneração própria do cargo de Defensor Público de Primeira Classe, sem o prévio concurso público. Servidores investidos na função de Defensor Público, sem especificação do modo como se deu a sua investidura, e ocupantes dos cargos de Assistente Jurídico de Penitenciária e de Analista de Justiça.

3. A exigência de concurso público como regra para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas confere concreção ao princípio da isonomia.

4. Não-cabimento da transposição de servidores ocupantes de distintos cargos para o de Defensor Público no âmbito dos Estados-membros. Precedentes.

5. A autonomia de que são dotadas as entidades estatais para organizar seu pessoal e respectivo regime jurídico não tem o condão de afastar as normas gerais de observância obrigatória pela Administração Direta e Indireta estipuladas na Constituição [artigo 25 da CB/88].

6. O servidor investido na função de defensor público até a data em que instalada a Assembléia Nacional Constituinte pode optar pela carreira, independentemente da forma da investidura originária [artigo 22 do ADCT]. Precedentes.(ADI n. 3.819-MG, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24.10.2007, Plenário, DJ de 28.3.2008.

AÇÃODIRETADEINCONSTITUCIONALIDADE.LEIDOESTADODOCEARÁ. PROVIMENTODERIVADODECARGOS.INCONSTITUCIONALIDADE.OFENSAAO DISPOSTO NO ART. 37, II, DA CF. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

I - São inconstitucionais os artigos da Lei n. 13.778/2006, do Estado do Ceará que, a pretexto de reorganizar as carreiras de Auditor Adjunto do Tesouro Nacional, Técnico do Tesouro Estadual e Fiscal do Tesouro Estadual, ensejaram o provimento derivado de cargos.

II - Dispositivos legais impugnados que afrontam o comando do art. 37, II, da Constituição Federal, o qual exige a realização de concurso público para provimento de cargos na Administração estatal.

III - Embora sob o rótulo de reestruturação da carreira na Secretaria da Fazenda, procedeu-se, na realidade, à instituição de cargos públicos, cujo provimento deve obedecer aos ditames constitucionais.

IV - Ação julgada procedente. (ADI n. 3857, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18.12.2008, DJ n. 38 DIVULG 26.2.2009 PUBLIC 27.2.2009 EMENT VOL-02350-01 PP-00066. Sublinhei.).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TRANSPOSIÇÃO. Decreto-lei n. 2.347/87. Decreto n. 98.978/90. C.F., art. 37, II.

I. - A investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público de provas, ou de provas e títulos: C.F., art. 37, II.

> II. - Quando já proibido, pela Constituição de 1988, o provimento derivado, o Decreto n. 98.978/90 reabriu o processo de provimento de cargo público mediante transposição e não simplesmente corrigiu eventuais erros cometidos quando da transposição ocorrida sob o pálio do D.L. 2.347/87, laborando contra a Constituição, porque, quando editado, já a proibição constitucional estava em vigor.
>
> III. - RE provido. Agravo improvido."(RE n. 343712 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 10.12.2002, DJ 14.2.2003 PP-00074 EMENT VOL-02098-06 PP-01355).

Logo, ao exercer o poder de autotutela e anular os atos de "enquadramento" ou "transposição", a Administração Pública nada mais fez que devolver à constitucionalidade e à legalidade a situação jurídica dos impetrantes, em relação aos cargos públicos em que se investiram.

3.2 Ao prestar informações neste *mandamus*, o Estado de Mato Grosso do Sul fez a juntada dos procedimentos administrativos nos quais foram anulados os enquadramentos dos impetrantes, assim como das folhas de pagamento desde a data em que eles tomaram posse até a das informações.

Tais documentos demonstram que, embora os impetrantes estejam com os vencimentos reduzidos em relação a tempos passados, a atuação da Administração Pública, no exercício da auto-tutela, se deu sem violar-lhes direito líquido e certo.

3.2.1 Tome-se, a título de exemplo, o Processo n. 13/004366/2006, de 31.10.2006, da Secretaria de Gestão Pública, relativo ao adicional de capacitação e enquadramento do servidor André Luiz Pavão Moreno (f. 93-159).

Nele, verifica-se que, aos 24 de maio de 2005, o impetrante ingressou no serviço público pela posse no cargo de Auxiliar de Serviços Diversos (f. 149), de nível fundamental (f. 119), na SETASS (f. 95), ao que se infere posteriormente designado como Agente de Ações Sociais (f. 150).

Aos 31 de outubro de 2006, com base no Decreto 12.008, de 27.12.2005, alterado pelo Decreto n. 12.076, de 30.3.2006 (f. 97-102 e 103-108), do Governador do Estado, formulou pedido de enquadramento no nível médio (f. 95), que restou deferido para a carreira Serviços Organizacionais, na função de Técnico de Informática do Quadro de Pessoal da SETASS, com efeitos funcionais e financeiros a contar de 1º de novembro de 2005, conforme do Decreto "P" n. 3.741/2006, de 31.10.2006 (f. 114).

Todavia, logo a seguir, num parecer sem data (f. 115-116), a Comissão de Enquadramento observou que alguns processos de enquadramento estavam irregulares por motivos tais como a intempestividade dos pedidos e a falta de formação específica para o exercício da função.

Alertou, ainda, que, no aspecto material, *"a Procuradoria Geral do Estado, em diversas oportunidades, manifestou o entendimento acerca da inconstitucionalidade do enquadramento, visto que fere o inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal, já que permite a investidura em função para a qual não foi aprovada e que não tenha sofrido qualquer mudança na estrutura da carreira"* (f. 116).

Acrescentou que a situação, *in litteris*:

> [...] torna-se mais grave para os casos de servidores que foram aprovados em concurso público para cargos que têm como requisito de escolaridade o nível fundamental, passando, após o enquadramento, para cargo/função que tem como requisito a escolaridade em nível médio.

> Ademais, foram deferidos enquadramentos para servidores que ingressaram em concurso público após a publicação do Decreto, ou seja, em período de estágio probatório, não tendo sequer exercido a função de técnico de informática. (f. 116)

A mencionada Comissão concluiu, então, *"que os dispositivos contidos no Decreto da carreira que autorizam o enquadramento devem ser revogados, bem como, os atos de enquadramento deverão ser declarados nulos, observando-se, para tanto, o direito ao contraditório e à ampla defesa de cada um dos servidores"* **(f. 116).**

Na sequência, o servidor foi notificado para apresentar defesa escrita acerca das irregularidades apontadas (f.118) e trouxe sua defesa administrativa (f. 119-123), pugnando pela rejeição do aludido parecer.

A seguir, aos 28 de novembro de 2008, a Assessoria Jurídica da SETASS se manifestou (f. 153-154) pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do enquadramento do impetrante e opinou pela anulação do Decreto "P" n. 3.791/2006 e pela recondução do servidor ao cargo de Agente de Ações Sociais, expondo que, *in litteris*:

> Em que pesem as justificativas apresentadas pelo servidor, deve ser apontada a nulidade do enquadramento decorrente de vício insanável.
>
> Com o advento do Decreto n. 12.008, de 27 de dezembro de 2005, foi organizada a carreira Serviços Organizacionais, permitindo-se aos servidores a possibilidade de enquadramento nos cargos e funções que compõem a carreira.
>
> Esse Decreto sofreu alteração em 30 de março de 2006, que incluiu na carreira a categoria funcional de 'técnico de serviços organizacionais' e funções 'técnico contábil, técnico de compras e suprimentos, técnico de informática e técnico de recursos humanos'.
>
> Em 16 de novembro de 2006, novamente o Decreto n. 12.008, de 27 de dezembro de 2005, foi alterado incluindo, no cargo de técnico de serviços organizacionais, a função de técnico financeiro.
>
> Diante de todas essas alterações, entendemos que ficaram prejudicadas as disposições do artigo 30, § 1º, que estabelecia o prazo de 30 (trinta) dias para a alteração de função por meio de enquadramento. Também por conta das alterações, constata-se uma sequência de alterações de funções, já que inicialmente não existia o cargo de técnico de serviços organizacionais.
>
> Por outro lado, consta nos assentamentos funcionais que o servidor prestou concurso público para o cargo de auxiliar de serviços diversos, posteriormente enquadrado no cargo de agente de ações sociais, por força do Decreto Estadual n. 11.888, de 04 de julho de 2005.
>
> Apesar de não constar anotação nos assentamentos funcionais de ato específico de enquadramento na carreira Gestão de Assistência e Cidadania, consta que o servidor passou a ocupar o cargo de agente de ações sociais, observando-se a correlação apontada no anexo II, do Decreto n. 11.888/2005.
>
> O cargo de auxiliar de serviços diversos, assim como o cargo de agente de ações sociais, possuem como requisito de escolaridade o nível fundamental. Já o cargo de técnico de serviços organizacionais, função técnico de informática tem como requisito de escolaridade a formação em nível médio.

> Assim, por não haver compatibilidade de nível de escolaridade entre o cargo do concurso e o cargo do enquadramento, o ato administrativo de enquadramento reveste-se de vício insanável, o que enseja a sua nulidade.
>
> A Procuradoria Geral do Estado, na manifestação PGE/PP/ n. 12/07, entende que as disposições legais que 'preveem enquadramentos em decorrência de leis que reorganizam cargos públicos, dando-lhes novas denominações, devem ser analisadas e aplicadas com muita cautela pela administração, na medida em que podem trazer embutidas verdadeiras investiduras em cargos públicos de forma transversa, em flagrante violação ao princípio constitucional que exige prévia aprovação em concurso público específico para tais investiduras'.
>
> Para a Douta Procuradoria, 'após a constituição federal de 1988, que passou a exigir a obrigatoriedade da prévia submissão para a investidura em cargos ou empregos públicos (art. 37, inciso II, CF), a transposição é hoje flagrantemente inconstitucional, pois conforme já afirmado acima, propicia o ingresso em cargo público de carreira distinta daquela que o servidor ocupa, independentemente de realização de serviço público'.

À luz do parecer ora transcrito, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul editou o Decreto "P" n. 1.126, de 17.3.2009 (f. 190), anulando o ato de enquadramento do servidor no cargo de Técnico de Informática.

Dessa forma, o impetrante voltou a ocupar o cargo de Agente de Ações Sociais, de nível fundamental, cuja remuneração é inferior ao daquele que ocupou, de novembro de 2005 (f. 14) a março de 2009 (f. 158), tendo o processo administrativo de anulação do enquadramento iniciado em maio de 2008 (f. 118), em virtude do enquadramento reconhecido pela autoridade como inconstitucional.

3.2.2 A seu turno, os impetrantes Cleber Dutra (f. 194-229) e Edna Meire Fernandes Oliveira (f. 160-193) foram submetidos a procedimentos administrativos similares, em que, após exercerem defesa administrativa, retornaram aos cargos para os quais prestaram concurso público.

3.2.3 O Processo n. 13/004745/2006, de 24.11.2006, da Secretaria de Gestão Pública (f.194-229), referente ao enquadramento do impetrante Cleber Dutra, indica sua admissão no serviço público aos 21 de março de 2006 (f. 205), no cargo de Agente de Ações Sociais da SETASS (f. 199).

Aos 14 de novembro de 2006, formulou pedido de enquadramento no nível médio (f.199-200), que restou deferido para a carreira Serviços Organizacionais, na função de Técnico de Informática do Quadro de Pessoal da SETASS, com efeitos funcionais e financeiros a contar de 1º de novembro de 2005, conforme o Decreto "P" n. 4.421/2006, de 20.12.2006 (f.206).

Suscitada a ilegitimidade do enquadramento (f. 207-208), o servidor apresentou defesa administrativa (f. 211-215), após o que, a Assessoria Jurídica da SETASS reconheceu a inconstitucionalidade do ato e opinou pela sua anulação e a recondução do servidor ao cargo anterior (f. 226-227).

Amparado no aludido parecer, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul editou o Decreto "P" n. 4.123, de 20.12.2008 (f. 198), anulando o ato de enquadramento do servidor no cargo de Técnico de Informática.

Dessa forma, o impetrante Cleber Dutra permaneceu em situação irregular de novembro de 2005 (f. 206) a dezembro de 2008 (f. 198), um mês depois de iniciado o processo de revisão do enquadramento (f. 195).

3.2.4 Por fim, o Processo n. 13/003251/2006 (f. 160-193), da Secretaria de Gestão Pública, iniciado aos 10 de agosto de 2006, relativo ao enquadramento de Edna Meire Fernandes Oliveira, evidencia que ela, em 10 de

fevereiro de 2004 tomou posse no cargo de Assistente de Administração da SETASS (f. 179), de nível médio (f. 174), depois denominado como Assistente de Ações Sociais (f. 180).

No dia 1º de novembro de 2005, foi enquadrada no cargo de Técnico de Compras e Suprimento pelo Decreto "P" n. 3.574/2006, de 20.10.2006 (f. 168-169).

Questionada a legitimidade do enquadramento (f. 170-171), a servidora apresentou defesa administrativa (f. 174), após o que, a Assessoria Jurídica da SETASS reconheceu a inconstitucionalidade do ato e opinou pela sua anulação e a recondução da servidora ao cargo anterior (f. 183-185).

Com base no referido parecer, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul editou o Decreto "P" n. 1.126, de 17.3.2009 (f.190), anulando o ato de enquadramento da servidora no cargo de Técnico de Compras e Suprimento.

Logo, a impetrante Edna Meire Fernandes Oliveira permaneceu irregularmente no cargo de Técnico de Compras e Suprimento de outubro de 2006 (f. 168-169) a março de 2009 (f. 190), e o procedimento administrativo de revisão do seu enquadramento iniciou em maio de 2008 (f. 170-171).

3.3 Dessa forma, a aparente redução inconstitucional e ilegal dos vencimentos dos impetrantes não existiu.

Ocorreu, sim, que eles estiveram, durante cerca de um e meio a dois anos, irregularmente enquadrados em cargos de escolaridade superior à daqueles de seus concursos e, com a anulação dos atos de enquadramento, retornaram aos cargos de origem, passando a perceber os valores de subsídio e PCI de acordo com a legislação pertinente, os quais são inferiores aos dos cargos de enquadramento.

3.4 Por outro lado, a tabela de vencimentos tem sofrido alterações ao longo do tempo, conforme esclarece a Diretora Presidente da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de Mato Grosso do Sul (f. 23-236).

Ela expõe que, para o enquadramento do impetrante André Luiz Pavão Moreno (f. 236) na tabela de subsídio, *in litteris*:

> [...] atendendo o artigo 5º, da Lei n. 3.519/2008, deveria ter sido considerado o valor da remuneração percebida pelo referido servidor, em abril de 2008 já corrigida em 3% somado ao adicional de função e adicional de tempo de serviço (verbas permanentes percebidas pelo mesmo), ou seja, R$ 402,38 (vencimento base) mais R$ 100,59 (adicional de função sobre o vencimento corrigido em 3%), mais 40,23 (adicional de tempo de serviço sobre o vencimento corrigido em 3%), mais R$ 24,08 (vantagem pessoal), cuja soma, por ser maior que o valor da tabela do subsídio (R$ 535,00), na reclassificação, gerou uma diferença a ser paga no PCI de R$ 32,29.
>
> Porém, foram encontradas divergências entre os valores lançados pela Unidade de Recursos Humanos do Órgão e os valores calculados pelo Sistema, em virtude do cálculo do PCI ter sido realizado antes do reajuste de 3%, em abril de 2008. Nesse caso, foram somados os valores da remuneração percebida pelo servidor em abril de 2008, acrescentando 3% neste total, gerando uma diferença a ser paga no PCI de R$ 33,02.
>
> Com a declaração de nulidade de enquadramento de função, ou seja, o mesmo estava enquadrado na função de técnico de informática e retornou para a função anteriormente exercida, conforme podemos inferir no Decreto 'P' n. 4.123, de 20 de novembro de 2008, em anexo. Especificamos, abaixo, as mudanças na tabela de vencimento a partir de 2006.

Data	Motivo	Salário Base (R$)	Tabela Salarial
01/06/2006	516	390,66	CAR/INS/A__/A__
01/09/2006	105	460,63	CAR/INS/B__/A__
01/05/2008	110	474,45	CAR/INS/B__/A__
01/05/2008	110	680,00	SUB/MED/A__/1__
01/04/2009	217	535,00	SUB/FNC/A__/1__
01/05/2009	535	567,10	SUB/FNC/A__/1__
01/05/2009	536	645,00	SUB/FNC/A__/1__

1 – Em junho de 2006, a função exercida pelo interessado era de Agente de Ações Sociais – escolaridade nível fundamental.

2 – Em novembro de 2006, foi enquadrado na função Técnico de Informática – escolaridade nível médio.

3 – Em abril de 2009, o enquadramento na função de Agente de Ações Sociais [sic; leia-se Técnico de Informática] foi anulado e o interessado retornou à função de Agente de Ações Sociais – escolaridade nível médio [sic; leia-se nível fundamental].

Saliente-se que a referida nulidade retroagiu a 20.10.2006, sendo que na recomposição da remuneração e posterior reenquadramento na tabela de subsídio aplicou-se o reajuste de 3% concedido pela Lei n. 3.151/2008 aos valores das tabelas salariais vigentes em abril de 2008.

A respeito do enquadramento do impetrante Cleber Dutra, a Diretora Presidente da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio expõe (f. 235) que, *in litteris*:

[...] atendendo o artigo 5º, da Lei n. 3.519/2008, foi considerado o valor da remuneração percebida pelo referido servidor, em abril de 2008 já corrigida em 3% somado ao adicional de função e adicional de tempo de serviço (verbas permanentes percebidas pelo mesmo), ou seja, R$ 402,38 (vencimento base) mais R$ 100,59 (adicional de função sobre o vencimento corrigido em 3%), mais 40,23 (adicional de tempo de serviço sobre o vencimento corrigido em 3%), cuja soma, por ser maior que o valor da tabela do subsídio (R$ 535,00), na reclassificação, gerou uma diferença a ser paga no PCI de R$ 8,22.

Com a declaração de nulidade de enquadramento do nível de escolaridade do interessado, o servidor que estava enquadrado no nível médio retornou para nível fundamental, conforme podemos inferir no Decreto 'P' n. 4.123, de 20 de novembro de 2008, em anexo. Especificamos, abaixo, as mudanças na tabela de vencimento a partir de 2006:

Data	Motivo	Salário Base (R$)	Tabela Salarial
01/06/2006	516	390,66	CAR/INS/A__/A__
01/09/2006	105	460,63	CAR/INS/B__/A__
01/05/2008	110	474,45	CAR/INS/B__/A__
01/05/2008	110	680,00	SUB/MED/A__/1__
01/04/2009	217	535,00	SUB/FNC/A__/1__
01/05/2009	535	567,10	SUB/FNC/A__/1__
01/05/2009	536	645,00	SUB/FNC/A__/1__

1 – Em junho de 2006, a função exercida pelo interessado era de Zelador de Unidade de Atendimento Infantil – escolaridade nível fundamental completo.

2 – Em dezembro de 2006, foi enquadrado na função Técnico de Informática – escolaridade nível médio.

3 – Em abril de 2009, o enquadramento na função de Técnico de Informática foi anulado e o interessado retornou à função de Zelador de Unidade de Atendimento Infantil – escolaridade nível fundamental completo.

Saliente-se que a referida nulidade retroagiu a 20.10.2006, sendo que na recomposição da remuneração e posterior reenquadramento na tabela de subsídio aplicou-se o reajuste de 3% concedido pela Lei n. 3.151/2008 aos valores das tabelas salariais vigentes em abril de 2008.

No tocante aos vencimentos de Edna Meire Fernandes Oliveira, a Diretora Presidente da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio aduz (f. 234) que, *in litteris*:

[...] atendendo o artigo 5º, da Lei n. 3.519/2008, foi considerado o valor da remuneração percebida pela referida servidora, em abril de 2008 já corrigida em 3% somado ao adicional de função e adicional de tempo de serviço (verbas permanentes percebidas pelo mesmo), ou seja, R$ 474,45 (vencimento base) mais R$ 379,56 (adicional de função sobre o vencimento corrigido em 3%), mais 47,44 (adicional de tempo de serviço sobre o vencimento – vrb 18 – corrigido em 3%), mais 47,44 (adicional de tempo de serviço sobre o vencimento – vrb 54 – corrigido em 3%), cuja soma, por ser menor que o valor de tabela do subsídio (R$ 748,00), na reclassificação, não gerou diferença a ser paga no PCI.

Com a declaração de nulidade de enquadramento de função, a servidora que estava enquadrada fora da carreira do concurso. Especificamos, abaixo, as mudanças na tabela de vencimento a partir de junho de 2006:

Data	Motivo	Salário Base (R$)	Tabela Salarial
01/6/2006	516	6460,63	CAR/INS/B__/A__
01/5/2008	110	7474,45	CAR/INS/B__/A__
01/5/2008	110	4748,00	SUB/MED/A__/2__
01/5/2009	535	9792,88	SUB/MED/A__/2__
01/5/2009	536	8880,00	SUB/MED/A__/2__

1 – Em junho de 2006, a função exercida pela interessada era Assistente de Ações Sociais.

2 – Em maio de 2008, foi enquadrada na função de Técnico de Compras e Suprimentos.

3 – Em maio de 2009, o enquadramento na função de Técnico de Compras e Suprimentos foi anulado e a interessada retornou à função de Assistente de Ações Sociais.

Saliente-se que a referida nulidade retroagiu a 1.6.2006, sendo que na recomposição da remuneração e posterior reenquadramento na tabela de subsídio aplicou-se o reajuste de 3% concedido pela Lei n. 3.151/2008 aos valores das tabelas salariais vigentes em abril de 2008." (sic)

3.5 A partir das folhas de pagamento juntadas pelo Estado de Mato Grosso do Sul às informações, é possível elaborar as seguintes tabelas, que sintetizam a evolução da remuneração dos impetrantes, no que tange ao caso em julgamento:

André Luiz Pavão Moreno (f. 241-260)					
Mês	**Função**	**Descrição**	**Verba**	**Valor (R$)**	**Observação**
jun.2006	Agente de Ações Sociais	Venc. base	001	390,66	
		Ad. função	009	97,67	
		Adic. capac.	316	39,07	
		Vt. pessoal	321	24,08	
		Tot. van. fixa	850	551,48	
nov.2006	Técnico de Informática	Venc. base	001	460,63	Mudança de função
		Ad. função	009	368,50	
		Vt. pessoal	321	24,08	
		Tot. van. fixa	850	853,21	
mai.2008	Técnico de Informática	Subsídio	006	680,00	Mudança da forma de remuneração para subsídio
		PCI	392	198,81	
		Tot. van. fixa	850	878,81	
abr.2009	Agente de Ações Sociais	Subsídio	006	535,00	Retorno à função de Agente de Ações Sociais
		PCI	392	33,02	
		Tot. van. fixa	850	568,02	
mai.2009	Agente de Ações Sociais	Subsídio	006	645,00	Elevação do valor do subsídio
		PCI	392	35,00	
		Tot. van. fixa	850	680,00	

Cleber Dutra (f. 261-279)					
Mês	**Função**	**Descrição**	**Verba**	**Valor (R$)**	**Observação**
jun.2006	Zelador de Unidade de Atendimento Infantil	Venc. base	001	390,66	
		Ad. função	009	97,67	
		Tot. van. fixa	850	488,33	

ago.2006	Zelador de Unidade de Atendimento Infantil	Venc. base	001	390,66	Acrescenta adicional de capacitação
		Ad. função	009	97,67	
		Ad. capac.	316	39,07	
		Tot. van. fixa	850	527,40	
dez.2006	Técnico de Informática	Venc. base	001	460,63	Mudança de função
		Ad. função	009	368,50	
		Ad. capac.	316	46,06	
		Tot. van. fixa	850	875,19	
mai.2008	Técnico de Informática	Subsídio	006	680,00	Mudança da forma de remuneração para subsídio
		PCI	392	221,46	
		Tot. van. fixa	850	901,46	
jan.2009	Zelador de Unidade de Atendimento Infantil	Subsídio	006	535,00	Retorno à função de Zelador de Unidade de Atendimento Infantil
		PCI	392	221,46	
		Tot. van. fixa	850	756,46	
fev.2009	Zelador de Unidade de Atendimento Infantil	Subsídio	006	535,00	Exclusão da PCI
		Tot. van. fixa	850	535,00	
mar.2009	Zelador de Unidade de Atendimento Infantil	Subsídio	006	535,00	Retorno da PCI
		PCI	392	8,21	
		Tot. van. fixa	850	543,21	
mai.2009	Agente de Ações Sociais	Subsídio	006	45,00	Elevação do valor do subsídio
		PCI	392	8,70	
		Tot. van. fixa	850	653,70	

Edna Meire Fernandes Oliveira (f. 280-300)					
Mês	**Função**	**Descrição**	**Verba**	**Valor (R$)**	**Observação**
jun.2006	Assistente de Ações Sociais	Venc. base	001	460,63	
		Ad. função	009	115,16	
		Gr. Rep. C. Com.	022	518,60	
		Adic. Capac.	316	46,06	
		Tot. van. fixa	850	1.140,45	

set.2006	Técnico de Compras e Suprimentos	Venc. base	001	460,63	Mudança de função
		Ad. função	009	368,50	
		Gr. Rep. C. Com.	022	518,60	
		Ad. capac.	316	46,06	
		Tot. van. fixa	850	1.393,79	
		Venc. base	001	460,63	
		Ad. função	009	368,50	
		Ad. capac.	316	46,06	
		Tot. van. fixa	850	875,19	
abr.2007	Técnico de Compras e Suprimentos	Venc. base	001	4460,63	Pagamento da verba Ad. temp. serv.
		Ad. função	009	3368,50	
		Ad. temp. serv.	054	446,06	
		Ad. capac.	316	446,06	
		Tot. van. fixa	850	921,25	
mai.2008	Técnico de Compras e Suprimentos	Subsídio	006	748,00	Mudança da forma de remuneração para subsídio
		PCI	392	200,91	
		Tot. van. fixa	850	948,91	

Edna Meire Fernandes Oliveira (continuação) (f. 280-300)					
abr.2009	Assistente de Ações Sociais	Subsídio	006	748,00	Retorno à função de Assistente de Ações Sociais e exclusão da PCI
		Tot. van. fixa	850	748,00	
mai.2009	Assistente de Ações Sociais	Subsídio	006	880,00	Elevação do valor do subsídio
		Tot. van. fixa	850	880,00	

3.6 Os fatos assim apresentados no processo são convincentes no sentido de que, embora os impetrantes estejam percebendo sua remuneração em valor reduzido, tal situação não decorre de violação a direito líquido e certo seu, mas da correta atuação da Administração Pública no exercício da auto-tutela.

Sua remuneração atual não advém de ato inconstitucional ou ilegal da autoridade impetrada, mas do vencimento a que fazem jus pelos cargos que legitimamente ocupam.

4. Conclusão.

Ante o exposto, com o parecer, rejeito a prejudicial de decadência e, quanto ao mérito, revogando a liminar concedida, denego a segurança.

Custas pelos impetrantes, que são beneficiários da assistência judiciária.

Sem honorários de advogado, por serem inadmissíveis em mandado de segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR. NO MÉRITO, POR UNANIMIDADEECOMOPARECER,DENEGARAMASEGURANÇA.AUSENTE,JUSTIFICADAMENTE, O 11º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Luiz Carlos Santini, Joenildo de Sousa Chaves e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 31 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.014444-0 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL, ESTÉTICO E LUCROS CESSANTES – PRELIMINAR DE DIALETICIDADE REJEITADA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA HOSPITAL – MÉDICO PREPOSTO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MAJORADO E CINDIDO – LUCROS CESSANTES.

Tendo a parte recorrente demonstrado minimamente sua irresignação, não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.

A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional.

Majora-se o *quantum* indenizatório pelos danos morais e estéticos, fixando-o em valor compatível com a dor e o sofrimento experimentados pela vítima, sem implicar enriquecimento de quem o reclama, além de incutir no responsável o temor de reincidir no mesmo fato.

A ausência de demonstração do valor mensal auferido não afasta a condenação por lucros cessantes com base no salário mínimo.

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 de Lúcia Santos Souza, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso da Associação Beneficente de Campo Grande, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de junho de 2010.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Associação Beneficente de Campo Grande – Mantenedora do Hospital de Caridade Santa Casa, inconformada com a sentença (f. 278-284) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação indenizatória por danos morais, materiais e estéticos movida por Lúcia dos Santos Souza, interpõe apelação, sustentando que deve ser aplicada a teoria subjetiva da responsabilidade civil; não concorda com a condenação, tampouco com o quantum indenizatório fixado; não restaram comprovados os alegados lucros cessantes.

Em contrarrazões, a recorrida bate-se, preliminarmente, pela ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

Lúcia dos Santos Souza, por sua vez, apela, pugnando pela majoração do quantum indenizatório fixado pelo juízo *a quo*, que englobou os danos morais e danos estéticos sofridos pela autora, bem como dos valores arbitrados por lucros cessantes.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de ação de reparação de danos morais, estéticos e materiais movida por Lúcia dos Santos Souza em desfavor de Associação Beneficente de Campo Grande – Mantenedora do Hospital de Caridade Santa Casa.

A sentença de primeiro grau (f. 278-284) condenou a requerida a pagar à requerente por indenização por danos morais, incluídos os estéticos, o valor de R$ 41.500,00 (quarenta e um mil e quinhentos reais) e um salário mínimo mensal, entre 1.10.2002 e 8.11.2003, por lucros cessantes, além das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

DO RECURSO DE LÚCIA DOS SANTOS SOUZA.

Da fixação do dano moral e dos danos estéticos.

A apelante pugna pela majoração do quantum indenizatório fixado pelo juízo a quo, que englobou os danos morais e estéticos sofridos pela autora.

In casu, o juízo singular considerou que "os 'danos estéticos' são espécie do gênero 'danos morais', [...] no caso, decorrentes de lesão estética, consideradas para fixação do valor indenizatório." (f. 282), razão pela qual fixou o valor da indenização em R$ 41.500,00, englobando os danos morais e estéticos.

Cabe aqui, para um melhor enfrentamento da questão, analisar separadamente os danos morais e estéticos e cindir o valor indenizatório arbitrado, para a adequação do provimento judicial ao pleito do jurisdicionado.

É cediço que cicatrizes decorrentes do insucesso em intervenção cirúrgica constituem ato lesivo à moral, ensejando a reparação por danos morais, por ser notório que o fato objetivo sempre reverbera no plano subjetivo e causa a perturbação do espírito.

A lição de Carlos Alberto Bittar amolda-se ao caso vertente:

> O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge ex facto, ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em damnum in re ipsa (Reparação civil por danos morais, São Paulo, RT, 1993, p. 204).

Ou seja, é desnecessária, a demonstração de reflexo patrimonial negativo, bastando que o fato, por si só, cause ao ofendido transtornos e reações constrangedoras, como resultado da conduta lesiva.

É de se valer, mais uma vez, da lição de Carlos Alberto Bittar, segundo o qual "uma vez constatada a conduta lesiva, ou definida objetivamente a repercussão negativa na esfera do lesado, surge para o agente a obrigação de reparar o dano" (Op. cit., p. 203).

Sabe-se que o objeto da fixação do dano moral sempre está jungido a elementos anímicos, apartados de qualquer exatidão pré-concebida, sendo deveras difícil sua aferição, exigindo do julgador bom senso e prudência, o que dispensa por isso a prova do prejuízo experimentado.

Exatamente neste diapasão elucida Carlos Roberto Gonçalves:

> O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não-inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante. (**Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 552-553).

Rui Stoco, ao tratar dos parâmetros adequados para a fixação de dano moral, assevera:

> a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;
>
> b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
>
> c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;
>
> d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;
>
> e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;
>
> f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;
>
> g) não indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;
>
> h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente. (Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. **RT**, São Paulo: 2001, pág. 1.030).

Ora, em tema de indenização por danos morais, tem-se firmado na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o valor arbitrado não pode ser extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento sem causa, tampouco desprezível, que não sirva para minimizar a dor resultante do dano causado.

A propósito, este areópago posiciona-se no seguinte sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRELIMINAR. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PERTENCENTE AO MESMO CONGLOMERADO FINANCEIRO. TEORIA DA APARÊNCIA. MÉRITO. LANÇAMENTO E MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME DO CONSUMIDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DÉBITO QUITADO (DANOS MORAIS QUE INDEPENDEM DE PROVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. RECURSOS IMPROVIDOS. À luz da teoria da aparência, possui legitimidade passiva para responder à ação de indenização o banco líder do grupo econômico a que pertence outra instituição financeira, já que se utilizou de sua logomarca, do seu prestígio e de suas instalações, além de seus próprios empregados, para a celebração do contrato com o consumidor. O lançamento e a manutenção indevida do nome de cliente no órgão de restrição ao crédito (SPC) por um débito inexistente/quitado constitui ato lesivo à honra, ensejando a reparação pecuniária pelos danos morais sofridos pelo ofendido. Em tema de indenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional à lesão experimentada pela vítima, calcado na moderação e razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, sempre atento à realidade dos fatos e às peculiaridades de cada caso, evitando o enriquecimento sem causa. (TJMS, AC n. 2009.018060-4, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, DJ 24.8.2009, Pág. 36).

No mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte entendimento:

> AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULOS. PADRÃO DE RAZOABILIDADE. REDUÇÃO. DESCABIMENTO.
>
> I - Fixado o valor da indenização por danos morais dentro de padrões de razoabilidade, faz-se desnecessária a intervenção deste Superior Tribunal, devendo prevalecer os critérios adotados nas instâncias de origem.
>
> II - Os juros moratórios e a verba sucumbencial são consequências decorrentes da resistência à pretensão feita pela própria recorrente. Portanto, descabida a intenção de somar tais valores ao débito principal, no intuito de demonstrar suposta abusividade na fixação do montante indenizatório.
>
> Agravo a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 604.335/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJBA), julgado em 28.4.2009, DJ 15.5.2009).
>
> RESPONSABILIDADE CNIL. DANOS MORAL E MATERIAL. CUMULABILIDADE. POSSIBILIDADE. SÚMULA/STJ, ENUNCIADO 37. DANO MORAL ACOLHIDO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. BALIZAMENTO. RECURSO PROVIDO, I - Nos termos do enunciado 37 da Sumula desta Corte, são cumuláveis as indenizações por dano material e moral, oriundos do mesmo fato". 11 - O arbitramento do dano moral pode ser fixado nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso, com o objetivo de evitar inconvenientes e retardamento na solução jurisdicional. III - Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento a realidade da vida e as peculiaridades de cada caso. (STJ, REsp n. 135202/97, RIP 39429, Quarta Turma, ReI. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 19.5.1998, DJU 3.8.1998, p. 244).

No que tange aos danos estéticos, saliente-se que são ocasionados pelas sequelas físicas decorrentes do evento danoso, ainda que decorrentes do mesmo fato que tenha originado o dano moral.

In casu, mostra-se cabível a indenização a título de dano estético, pois, além da dor experimentada, a autora teve sua aparência física lesionada, em virtude das cicatrizes surgidas em seu abdômen, as quais estão comprovadas pelo laudo médico de f. 29, que aponta tratar-se de "paciente com cicatriz retrátil abdômen necessitando correção cirúrgica", e estão bem retratadas nas fotografias colacionadas aos autos (f. 22-23).

Saliente-se que a autora já foi submetida à cirurgia estética reparadora, no entanto as lesões decorrentes da primeira intervenção cirúrgica permaneceram em seu abdômen.

Ademais, confira-se o depoimento da testemunha Drª. Marialda Goulart de Almeida Pedreira, médica responsável pela cirurgia plástica a que foi submetida a recorrente:

> Sobre os costumes, disse que é cirurgiã plástica e por isso realizou a segunda cirurgia pela qual passou a autora, que foi previamente cientificada de que não haveria grande êxito no procedimento em razão de suas características físicas. (f. 274)

No caso em apreço, tendo em vista o grau de culpa dos envolvidos, a possibilidade de o ofensor e o alcance do dano experimentado pela parte ofendida, fixa-se a indenização devida pela recorrida à recorrente pelos danos extra patrimoniais sofridos em R$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais).

Vale destacar que o valor acima arbitrado satisfaz o escopo de justiça que deve nortear as decisões desta natureza, considerando os parâmetros acima mencionados e que a recorrente é pessoa casada, com 52 anos de idade.

Por conseguinte, condeno a recorrida a indenizar a recorrente pelos danos extra patrimoniais no valor de R$ 55.000,00, sendo R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) pelos danos morais e R$ 30.000,00 (trinta mil reais) por danos estéticos.

Do Dano Material.

Sabe-se que o dano material é a lesão concreta que afeta interesse relativo ao patrimônio do ofendido. Assim, a perda patrimonial decorrente de ato ilícito impõe a sua reparação pelo causador do dano.

Nessa esteira, traz à baila as lições de Carlos Roberto Gonçalves:

> Dano material é o que repercute no patrimônio do lesado. Patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Avalia-se o dano material tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. O ressarcimento do dano material objetiva a recomposição do patrimônio do lesado. Se possível, restaurando o statu quo ante, isto é, devolvendo a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se a compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária. (Responsabilidade civil, São Paulo: Editora Saraiva, p. 627-628)

Assim, a indenização destinada a reparar o dano material deve ser fixada em valor suficiente para que seja restaurado o statu quo ante. Nesse sentido, confira-se o comando legal inserto no artigo 402 do Código Civil: "Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".

A propósito, a doutrina reconhece duas modalidades de danos materiais, quais sejam, os danos emergentes e os lucros cessantes. Enquanto na primeira, há o efetivo desfalque patrimonial suportado pela

vítima, na segunda, o ofendido deixa de auferir o que objetivamente esperava. Mais uma vez, colaciona-se a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

> Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado. (Op. Cit., p. 629)

Desse modo, os danos materiais englobam os danos emergentes e os lucros cessantes, os quais, diante de sua natureza, impõem a produção de prova inequívoca de sua existência e de sua extensão.

Corroborando o entendimento acima esposado, veja-se a doutrina de Rui Stoco:

> As perdas e danos constituem matéria de prova, inclusive envolvendo assessoria técnica consubstanciada em sede pericial, não bastando meras alegações. Claro que as circunstâncias podem até indicar, como indícios, que tenham ocorrido possíveis prejuízos. Mas isso não basta. Para que exista a obrigação indenizatória há de existir o dano comprovado, que constitui a condição essencial para aquela. (Tratado de responsabilidade civil, 7. Ed. Ver., at. e amp., Editora Revista dos Tribunais, p. 1238)

E conclui o citado autor:

> Em resumo, o dano afirmado pela própria vítima ou ofendido deve ser demonstrado estreme de dúvida na fase de conhecimento, sob pena de ser julgada improcedente a ação de conhecimento, posto que sua prova há de ficar definida na fase de cognição. (Op. Cit., p. 1238)

Sobre o tema já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 159 DO CPC E 1.539 DO CC. DANOS MATERIAIS NÃO-COMPROVADOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NO STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7/STJ.
>
> 1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.
>
> 2. Em sede de reparação por danos materiais, exige-se que haja comprovação de perda de patrimônio, seja de danos emergentes ou de lucros cessantes, não bastando alegações genéricas de perda salarial 3. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.
>
> 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no REsp n. 809.594/PR, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 23.2.2010, DJ 8.3.2010).
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL. BANCO. SPC. DANO MORAL E DANO MATERIAL. PROVA. O banco que promove a indevida inscrição de devedor no SPC e em outros bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição. A exigência de prova de dano moral (extra patrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular. Já a indenização pelo dano material depende de prova de sua

existência, a ser produzida ainda no processo de conhecimento. Recurso conhecido e provido em parte. (STJ, REsp n. 51158, ES, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 27.3.1995, DJU 29.5.1995, pág. 15520).

Nesse diapasão, é o entendimento deste Areópago, bem como de outros Tribunais do país. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS AO PROSSEGUIMENTO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA. PAGAMENTO À VISTA. AUSÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DO DANO. DANO MATERIAL NÃO CONFIGURADO. SUCUMBÊNCIA PROPORCIONALMENTE DISTRIBUÍDA. RECURSO IMPROVIDO. O dano material deve ser comprovado mediante a demonstração concreta do prejuízo sofrido, sendo certo que, nos casos em que os produtos ou insumos são adquiridos para o prosseguimento normal das atividades da empresa, não existe nenhum dano material passível de ser indenizado, pois tais despesas decorrem da natureza da atividade desempenhada. Havendo sucumbência recíproca, os ônus devem ser proporcionalmente distribuídos entre as partes, nos termos do que dispõe o artigo 21, caput, do Código de Processo Civil. (TJMS, AC n. 2008.036840-1, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJ de 27.8.2009, p. 38).

INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. PERDAS E DANOS. NÃO COMPROVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. VOTO VENCIDO. Para que se imponha o dever de indenizar por danos materiais, necessária a comprovação de prejuízo patrimonial suportado pela parte. Aborrecimentos e chateações não configuram dano de cunho moral, sendo indevido o pagamento de indenização a tal título decorrente de tais fatos. Recurso não provido. V. V.: Do dano material deve ser comprovado, não podendo ser presumido. (TJMG, AC n. 1.0145.08.466651-3/0011, Juiz de Fora, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Cabral da Silva, julgado em 25.8.2009, DJ 14.9.2009).

RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. QUANTUM RAZOÁVEL. VALOR MANTIDO. DANO MATERIAL. NÃO COMPROVADO. APELO NÃO PROVIDO. O quantum indenizatório a título de dano moral deve ser mantido, posto que, todos os critérios básicos de orientação para fixar-se o quantum da reparação foram observados pelo juiz a quo. O dano material não se presume, deve o apelante comprovar o efetivo prejuízo suportado. A prova acerca da existência de dano material em virtude da impossibilidade de compra dos imóveis inexiste. (TJPE, AC n. 0146171-2, Recife, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Leopoldo de Arruda Raposo, julgado em 7.4.2010; DJ de 12.4.2010).

Em que pese a necessidade de comprovação do prejuízo sofrido, no caso em apreço, de incapacidade de laborar em virtude do insucesso em intervenção cirúrgica, a indenização poderá ser fixada por meio do critério da razoabilidade, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto.

Nesse sentido, veja-se a jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de indenização por danos materiais, morais e lucros cessantes alegação de erro médico quando do procedimento anestésico aplicado à autora raquianestesia autora que após o procedimento tem dificuldades de se movimentar e de controle das necessidades básicas responsabilidade civil do anestesista que, segundo jurisprudência e doutrina, estende-se aos períodos pré/pós-cirúrgico inversão do ônus da prova em face da hipossuficiência técnica da requerente requerido que deixa de evidenciar que tenha procedido

> adequadamente a anamnese do paciente, a qual poderia indicar eventual contra-indicação do uso do anestésico aplicado irrelevância, portanto, de que as sequelas apresentadas pela paciente decorram do próprio anestésico utilizado, já que seu uso poderia ter sido evitado com a diligência apontada dever pré-cirúrgico desrespeitado indenização devida danos materiais a serem comprovados em sede de liquidação cabimento ausência de demonstração do valor mensal auferido que não afasta a condenação por lucros cessantes cabimento com base no salário mínimo, como asseverado em sentença danos morais fixados em valor excessivo minoração para o patamar de R$ 25.000,00 precedentes apelo parcialmente provido para o fim de minorar o valor devido a título de danos morais. (TJPR, AC n. 0642230-0, Manoel Ribas, Oitava Câmara Cível, Relª. Juíza Conv. Denise Kruger Pereira, DJ de 6.5.2010, p. 332).

> CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIAS REITERADAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS MÉDICOS ENCARREGADOS DO TRATAMENTO CIRÚRGICO. CULPA POR NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA. DANOS MATERIAIS. LUCROS CESSANTES. DANO MORAL. [...] 08. O termo inicial dos lucros cessantes ou pensão mensal há de ter por marco inicial a data do óbito e final a data provável de vida da vítima, sessenta e cinco anos, ou a data do falecimento da beneficiária, o que ocorrer primeiro. 09. Não provado os rendimentos percebidos pelo falecido, a pensão mensal há de ser fixada em um salário mínimo, fator que constitui o referencial constitucional remuneratório para toda e qualquer atividade laboral. [...] 11. Recursos conhecidos e parcialmente providos, sentença reforma em parte. (TJDF, Rec n. 2002.01.1.023077-7 AC n. 345.069, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Batista, DJ de 23.3.2009, p. 42).

In casu, elucidou a sentença recorrida que:

> Sendo assim é lícito presumir apenas a incapacidade laboral da autora entre a malfadada cirurgia e a alta médica, ocorrida em 8.11.2003 (f. 104), fixando-se como termo inicial dos lucros cessantes reconhecidos o décimo sexto dia útil seguinte à primeira cirurgia (1.10.2002), data em que deveria ter recebido alta médica sob hígidas condições de saúde. O valor devido, por força de presunção, não pode ser inferior a um salário-mínimo mensal. (f. 284)

Assim, quanto aos danos materiais, não merece reforma a decisão recorrida.

DO RECURSO DA SANTA CASA.

Da preliminar de não-conhecimento do recurso.

Em contrarrazões, Lúcia dos Santos Souza sustenta que o apelo de Associação Beneficente de Campo Grande incidiu em ofensa ao princípio da dialeticidade, razão pela qual não merece ser conhecido.

A preliminar não merece prosperar.

Consoante se infere das razões recursais, a parte apelante insurgiu-se contra o decisum impugnado, contrapondo suas razões aos motivos ensejadores da conclusão externada no julgado. Desse modo, tendo a parte recorrente demonstrado minimamente sua irresignação, não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.

A propósito, em abono da tese do afastamento da preliminar, apontam-se os seguintes julgados:

> Não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade, se restar demonstrado que a petição recursal possui os fundamentos de fato e de direito que embasam o inconformismo da parte vencida na demanda (TJMS, AC n. 2009.024047-4, Três

> Lagoas, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 28.9.2009, Unânime, DJ n. 2.056, de 30.9.2009).
>
> Se as razões do recurso permitem extrair a matéria impugnada e por este motivo devolvida ao conhecimento deste Tribunal, não há que se falar em ofensa ao princípio da dialeticidade. (TJMS, AC n. 2009.006538-8, Naviraí, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 10.9.2009, Unânime, DJ n. 2.056, de 30.9.2009).

Assim, rejeita-se a preliminar aventada.

Da responsabilidade objetiva do nosocômio.

A apelante insurge-se contra a aplicação da teoria objetiva da responsabilidade civil ao caso em apreço. No entanto, não merece reparos a decisão guerreada, que asseverou que *Prima facie*, impende salientar que a responsabilidade da ré para com a autora é objetiva, derivada do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, prescindindo a prova da culpa do prestador de serviço." (f. 280)

É cediço que a entidade hospitalar responde objetivamente pelos danos causados a seus pacientes, pois, além de ser considerada fornecedora de serviços, ante o conceito estabelecido no § 2º, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, é responsável pelos atos de seus prepostos.

Nesse sentido, confira-se o entendimento dos tribunais pátrios:

> RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ.
>
> 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.
>
> 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.
>
> 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII).
>
> 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).
>
> 5.- Recurso Especial do hospital improvido. (STJ, REsp n. 696.284/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 3.12.2009, DJ de 18.12.2009).

> EMENTA – 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 à 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. (TJMS, EInfr em AC n. 2006.004344-8/0001.00, Dourados, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 9.9.2009).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AGRAVO RETIDO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO NOSOCÔMIO – AFASTADA – GRATUIDADE JUDICIAL – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO – PAGAMENTO DO PREPARO – INCOMPATÍVEL COM O RECURSO – PREJUDICADO – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO MÉDICO – CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO APTOS A FORMAR O CONVENCIMENTO DO JUIZ – NEGLIGÊNCIA DO MÉDICO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO HOSPITAL – MÉDICO QUE AGE COMO SEU PREPOSTO – EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE FATO E DANO – VALOR DECOTADO – FIXAÇÃO COM AVALIAÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICA FINANCEIRA DO OFENDIDO E OFENSORES – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.
>
> [...]
>
> A responsabilidade do hospital deflui do fato de os médicos integrarem sua equipe médica, portanto agem como seus prepostos.
>
> A fixação da indenização por danos morais deve atender simultaneamente a vários critérios, como grau de culpa do ofensor, extensão do dano causado e condição econômica das partes, decotando-se quando o fixado apresenta-se desproporcional. (TJMS, AC, n. 2009.026969-4, Três Lagoas, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 22.4.2010).

Desse modo, nos termos do art. 14 da Lei n. 8.078/90, o hospital responde objetivamente pelos danos causados aos pacientes e decorrentes de sua atividade.

Do ato ilícito.

Um dos requisitos da responsabilidade civil é a ação ou omissão ilícita do agente. No caso, existe uma ação, contudo, há que se perquirir se tal ação foi lícita ou não. É certo que a pessoa jurídica prestadora de serviços é responsável pela repercussão jurídica de sua atividade na esfera de seus clientes, bem como pelos serviços médicos prestados.

Com efeito, ficou devidamente demonstrado nos autos que a parte requerida praticou ato ilícito que, por sua vez, deu ensejo ao dano experimentado pela autora, pois, seu corpo clínico, de

forma indevida, deu causa à infecção de parede abdominal na autora, ocorrida logo após a cirurgia para retirada de seu útero, deixando-a com cicatrizes no abdômen.

A propósito, a sentença recorrida bem enfrentou a questão. In verbis:

> Gizo que a ré sequer se desincumbiu de trazer aos autos os documentos que se comprometeu a carrear, que teriam o condão de esclarecer os fatos.
>
> Noutro vértice, para melhor elucidação do caso, foi realizada uma perícia técnica, cujo parecer elaborado pelo expert foi categórico ao afirmar que a autora é portadora de graves sequelas de infecção de parede abdominal, ocorrida logo após a cirurgia para retirada do útero, compatível com o que relatou a periciada (f. 179).
>
> Salientou o d. Perito, ademais, que, quanto às sequelas restantes, muitas delas são decorrentes da extensa lesão da parede abdominal causada pela infecção em si, que englobou pele, músculos e fáscia, e que, por falta de documentação registrando as providências tomadas naquela oportunidade para a resolução do problema e demais detalhes de ordem técnica, era impossível avaliar se foram corretas ou de acordo com o que preconizam os protocolos médicos para tratamento deste tipo de lesão.
>
> Ademais, o expert ficou impedido de lançar diversas outras conclusões, à míngua dos documentos médico-hospitalares que lhe foram omitidos.
>
> Ainda, nos depoimentos colhidos em audiência, restou claro que a autora, poucos dias após a primeira cirurgia realizada, retornou ao nosocômio, em razão de infecções, de modo que se submeteu a uma nova intervenção, mas esta agravou as cicatrizes, e que, em seguida, foi conduzida ao ambulatório de cirurgia plástica, para novo tratamento.
>
> Igualmente, colheu-se a informação de que não seriam necessárias tantas incisões para a realização da retirada de cisto do ovário. Por outra testemunha, foi dito que a autora, ao deixar o hospital, apresentava febres e outros problemas, conquanto outro argumento apresentou a testemunha da ré.
>
> Destarte, pela verdade que emerge dos autos, tem-se que os danos experimentados pela autora decorreram do insucesso das cirurgias realizadas, em face da infecção hospitalar contraída, pelo que responde objetivamente a ré, pois presente o nexo causal (f. 281).

Corroborando o entendimento firmado pelo juízo a quo, colaciona-se o depoimento do Dr. Salvador Walter Lopes de Arruda, médico que realizou a primeira intervenção cirúrgica na autora:

> Que não se recorda da autora, mas, pelo que se lembra, trabalhou e teve contato com o caso. […] Que foi o depoente quem fez a cirurgia. Que a autora passou por outro ato cirúrgico, ocorrido na própria enfermaria, após retornar ao hospital portando uma infecção. Que realizou uma intervenção em razão das infecções, que neste caso agravaram as cicatrizes da autora (f. 272).

Ainda, oportuno transcrever, nesse ponto, as declarações da médica Marialda Goulart de Almeida Pedreira, cirurgiã plástica responsável pela segunda cirurgia (reparadora) na autora:

> Que a autora narrou à depoente que após realizar uma cirurgia houve complicações que resultaram nas cicatrizes. Que apesar de não ser sua especialidade, segundo é de seu

> conhecimento, não são necessárias tantas incisões para realização da retirada de cisto do ovário. […] Que não é necessário existir um processo infeccioso para que se forme a cicatriz queloidiana. (f. 274)

Como não bastasse, as conclusões do expert reforçam a tese da ilicitude da conduta da apelada. A propósito, confira-se:

> No caso da autora, é possível afirmar que o período imediatamente subsequente à realização do procedimento tenha ocorrido necrose e abscesso de parede, em virtude de infecção?
>
> Apesar de não existir documentos médicos suficientes no processo para responder a este quesito, o quadro relatado e os resultados ora constatados são bastante compatíveis com esta suposição, podendo ter havido, além da infecção, outras causas que tenham concorrido para com a necrose da parede abdominal.
>
> [...]
>
> n) Quais as consequências do abscesso e da necrose de parede? Dentre elas se encontram em degeneração do músculo e do tecido, o que prejudica a cicatrização?
>
> As deformidades de parede, as hérnias e todas as alterações que levaram a periciada ao estado atual. (f. 178)

É cediço que a pessoa jurídica prestadora de serviços, antes de tomar qualquer atitude, deve verificar previamente a correção e adequação de sua atividade, como condição para realização válida das medidas destinadas aos serviços médicos.

Por conseguinte, a conclusão da sentença pela ilicitude da conduta da parte requerida não merece nenhuma censura, eis que seu corpo clínico foi desidioso ao dar causa à infecção de parede abdominal, ocorrida logo após a cirurgia para retirada do útero da autora, deixando-a com cicatrizes no abdômen.

Dos danos morais e lucros cessantes.

No que se refere ao pedido recursal de minoração dos valores fixados a título de indenização pelos danos extra patrimoniais e de exclusão da indenização por lucros cessantes, pelas mesmas razões já externadas quando da análise do apelo da parte requerente, o recurso não merece ser provido.

Conclusão.

Em face do exposto, conheço do recurso de Lúcia dos Santos Souza e dou-lhe parcial provimento**,** tão somente, para condenar a Associação Beneficente de Campo Grande – Mantenedora do Hospital de Caridade Santa Casa ao pagamento de indenização pelos danos extra patrimoniais no valor de R$ 55.000,00, sendo R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) pelos danos morais e R$ 30.000,00 (trinta mil reais) por danos estéticos.

Quanto ao apelo de Associação Beneficente de Campo Grande – Mantenedora do Hospital de Caridade Santa Casa, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE LÚCIA SANTOS SOUZA, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE CAMPO GRANDE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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, 8 de junho de 2010.

***

Mandado de Injunção n. 2009.020228-5 - Capital
Órgão Especial
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – MANDADO DE INJUNÇÃO – ILEGITIMIDADE ATIVA – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – PRELIMINARES REJEITADAS – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PRELIMINAR ACOLHIDA APENAS EM RELAÇÃO À ASSEMBLEIA LEGISLATIVA ESTADUAL – INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO – PRELIMINAR REJEITADA – MORA LEGISLATIVA – NORMA FEDERAL ANÁLOGA APTA A ASSEGURAR O DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL DA SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – INJUNÇÃO CONCEDIDA.

1. Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade ativa se a impetrante, que se afirma titular do direito à aposentadoria especial, é quem requer a concessão do mandado de injunção, configurando-se, dessa forma a identidade que constitui a legitimidade para compor o polo passivo da demanda.

2. Afasta-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido se nenhum óbice existe a impedir que a impetrante requeira a injunção para ter reconhecido o alegado direito à aposentadoria especial, nem mesmo o juízo político acerca da conveniência e oportunidade da edição da lei complementar pleiteada.

3. Incumbe ao Estado-membro editar, para seus servidores públicos, a lei complementar que deve reger a aposentadoria especial prevista no artigo 40, § 4º, incisos II e III, da Constituição Federal.

4. As leis que disponham sobre a aposentadoria dos servidores públicos civis estaduais são de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, de acordo com o artigo 67, § 1º, II, "b", da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. A Assembleia Legislativa, por força da própria norma constitucional estadual, deve permanecer inerte até ser provocada pelo Chefe do Poder Executivo. Por isso, não possui legitimidade passiva para responder ao mandado de injunção cujo objeto é a aposentadoria especial de servidor público estadual.

5. Uma vez que a iniciativa exclusiva para elaborar a norma de aposentação do servidor público estadual é do Governador do Estado, depreende-se que a competência para processar e julgar originariamente o presente mandado de injunção é do Tribunal de Justiça do Estado, por força do artigo 114, II, "j", da Constituição Estadual.

6. Ante a prolongada mora legislativa, em editar lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, para normatizar a aposentadoria especial de servidor público estadual, impõe-se a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57, caput e § 1º, da Lei federal n. 8.213, de 24.7.1991, a fim de assegurar à impetrante o direito de, preenchidos os requisitos, auferir o benefício da aposentadoria especial.

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 de ilegitimidade ativa da impetrante, de impossibilidade jurídica do pedido,

de ilegitimidade passiva e de incompetência absoluta da Justiça Estadual, e acolher a preliminar de ilegitimidade passiva da Assembléia Legislativa. No mérito, por maioria e contra o parecer, concederam a injunção, nos termos do voto relator.

Campo Grande, 5 de maio de 2010.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Janete Borges Ferreira impetra mandado de injunção contra ato omissivo da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul e do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente em deixar de editar norma regulamentadora que lhe dê o direito de aposentadoria especial prevista na Constituição Federal, por força do exercício de função que é de risco e insalubre.

Narra que é servidora pública estadual, lotada na Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, no Presídio Harry Amorim Costa, em Dourados, MS, onde ocupa o cargo de Oficial Penitenciário, classe Sup-D, desde 9 de julho de 1984.

Argumenta que conta com mais de 25 anos de tempo de serviço no Estado de Mato Grosso do Sul, o qual seria mais do que suficiente para lhe ser concedida a aposentadoria estadual, a que fazem jus os Gestores Penitenciários, assim como os ocupantes de cargos públicos que laboram no sistema penitenciário, conforme novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais Estaduais, devendo ser aposentados aos 25 anos de tempo de serviço.

Aduz que, de acordo com a natureza do cargo que exerce, sua função está enquadrada em situação de risco, o que pressupõe direito a tratamento diferenciado, seja no exercício regular da função, seja no que toca à implementação de condições para o ingresso na inatividade.

Assevera que a contagem diferenciada de tempo para a concessão da aposentadoria especial é um direito assegurado aos servidores públicos estaduais pela Constituição Federal e pela Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul e que, no caso, além de notória, está cabalmente demonstrada a periculosidade na função que desempenha, por meio de laudo (f. 28) expedido e fundamentado pelo Médico do Trabalho, Dr. Raul Grigolleti, e de fotografias do seu ambiente de trabalho.

Infere que o servidor não pode ser prejudicado pela falta de norma regulamentadora, sendo que, enquanto o legislador estadual se mantiver inerte, deve ser aplicada, por analogia, a Lei federal n. 8.213/1991.

Requer seja concedida a injunção para assegurar-lhe o direito à aposentadoria especial prevista no § 4º, incisos II e III, do artigo 40 da Constituição Federal, a ser exercido nos termos do artigo 57, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.213/1991, ou de outro comando normativo que o venha substituir, até que sobrevenha regulamentação própria pelo Estado de Mato Grosso do Sul disciplinando essa modalidade de ingresso na inatividade.

Colaciona os documentos de f. 22-83.

A Assembleia Legislativa estadual, por seu Presidente, manifesta-se (f. 95-98) apenas para arguir sua ilegitimidade passiva, tendo em conta que a iniciativa do projeto de lei relativo à aposentadoria especial da impetrante é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

O Estado de Mato Grosso do Sul requer sua admissão no processo (f. 105) e presta informações (f. 106-128), juntamente com o Governador, nas quais suscita preliminares de:

a) ilegitimidade passiva, pois as autoridades impetradas não possuiriam competência para legislar sobre normas gerais para a concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos, eis que tal competência estaria atribuída ao Presidente da República, a ser exercida mediante lei complementar;

b) ilegitimidade passiva do Presidente da Assembleia Legislativa estadual, pois, no caso dos autos, como postulado na inicial, a autoridade competente para a iniciativa do processo legislativo seria o Chefe do Poder Executivo;

c) incompetência absoluta da Justiça Comum estadual para processar e julgar o mandado de injunção, pois a elaboração da norma regulamentadora seria do Presidente da República, incumbindo ao Supremo Tribunal Federal o processo e o julgamento do pedido;

d) ilegitimidade ativa da impetrante, que careceria de direito subjetivo à aposentadoria especial requerida, a ser regulamentada pelo Estado;

e) impossibilidade jurídica do pedido, pois o juízo político acerca da conveniência e oportunidade da edição da lei complementar pleiteada não poderia ser substituído pela força de decisão judicial, ou se estaria invadindo de forma desautorizada a esfera de atuação dos demais poderes da República.

No tocante ao mérito, assevera que o pedido deve ser denegado, pois:

a) o Estado teria autonomia política e administrativa para elaborar legislação que estabeleça, segundo seus critérios próprios, as condições de aposentadoria especial, sendo lícito disciplinar esta por meio de remissão a legislação complementar nacional, como no § 3º do artigo 41 da Lei estadual n. 2.207/2000, com a redação dada pela Lei 3.150/2005;

b) inexistiria omissão do Governador do Estado a ser suprida pela via mandamental, até porque o parágrafo único do artigo 5º da Lei federal n. 9.717/1998 veda a concessão da aposentadoria especial até que lei complementar federal discipline a matéria;

c) os artigos 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991 estabelecem que o benefício da aposentadoria especial deve ser concedido apenas a quem comprovar efetiva exposição a condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física, de sorte que não seria possível dirigir o benefício a uma categoria profissional, como quer a impetrante;

d) a concessão da ordem constituiria criação de benefício previdenciário sem previsão de sua fonte de custeio, o que é vedado expressamente pelos artigos 40, § 12, 195, § 5º, e 169, § 1º, incisos I e II, da Constituição Federal;

e) a exemplo do que acontece com o mandado de segurança, não há admitir a imposição de honorários de advogado no mandado de injunção.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina (f. 133-140) pelo acolhimento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, pela denegação da injunção.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

1. Ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul.

Inicialmente, autorizo o ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul no feito, levando em conta que, em última análise, os efeitos almejados neste mandado repercutirão em seu direito subjetivo.

2. Questões preliminares.

2.1. Ilegitimidade ativa da impetrante.

A legitimidade ativa para uma ação não decorre da efetiva existência do direito pleiteado, mas da "*identidade entre o afirmado titular do direito e aquele que requer o provimento*", conforme a lição de Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, no livro "A técnica de elaboração da sentença civil".[1]

Na espécie, a impetrante, que se afirma titular do direito à aposentadoria especial, é quem requer a concessão do mandado de injunção, configurando-se, dessa forma a identidade mencionada pelo referido autor.

Quanto à existência ou não do direito afirmado pela impetrante, constitui matéria de mérito e não de preliminar.

Por conseguinte, deve-se afastar mais esta preliminar.

2.2 Impossibilidade jurídica do pedido.

A possibilidade jurídica do pedido encontra-se, há muito, desprestigiada como condição de ação, com reflexo imediato no tocante à sua análise como preliminar.

Isso se dá porque, ainda segundo a lição de Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, "a possibilidade fica satisfeita pela inexistência de norma expressa que proíba o exercício da ação. Portanto, a ausência de norma a regular a situação fática não enseja a impossibilidade jurídica".[2]

No caso vertente, nenhum óbice existe a impedir que a impetrante requeira a injunção para ter reconhecido o alegado direito à aposentadoria especial, nem mesmo o juízo político acerca da conveniência e oportunidade da edição da lei complementar pleiteada.

Quanto a ter ou não reconhecido tal direito, trata-se de matéria de mérito.

De sorte que, contrariando o parecer ministerial, também a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido deve ser rejeitada.

2.3. Ilegitimidade passiva.

O Estado de Mato Grosso do Sul argúi a ilegitimidade passiva dos impetrados no mandamus, com fundamento na tese de que seria do Presidente da República a competência para, por meio de lei complementar, editar normas gerais relativas à concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos.

1 SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. **A técnica de elaboração da sentença civi**l. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 128.
2 *Op. cit.*, p. 122.

A respeito da forma de passagem do servidor público para a inatividade, o artigo 40 da Constituição Federal estabelece que, *in verbis*:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. [Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003.].
>
> [...]
>
> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:
>
> I – portadores de deficiência;
>
> II – que exerçam atividades de risco;
>
> III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. [Redação dada pela Emenda Constitucional n. 47, de 5.7.2005.]. (Sublinhei.).

Ora, ao dispor que devem ser expressas em lei complementar as normas para a aposentadoria especial de servidores que exerçam atividades de risco ou cujas atividades sejam concedidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, a norma constitucional de eficácia limitada apenas fixou o quórum qualificado para a aprovação da mencionada forma de jubilação.

A norma transcrita, porém, não cria restrições à iniciativa legislativa dos Estados.

A seu turno, o artigo 61, § 1º, II, "c", da Constituição Federal atribui ao Presidente da República a iniciativa privativa das leis que disponham sobre a aposentadoria apenas dos servidores públicos da União e dos Territórios, *in verbis:*

> Art. 61 [...]
>
> § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
>
> [...]
>
> II – disponham sobre:
>
> [...]
>
> c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (Sublinhei.).

No texto do artigo 40, caput e § 4º, da Constituição Federal, não se vislumbra a intenção do constituinte reformador de estender ao Presidente da República a iniciativa privativa do projeto de lei complementar relativa à aposentadoria dos servidores públicos das outras entidades federativas, quais sejam, os Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, cada ente federado detém a iniciativa para editar as normas referentes à aposentadoria dos seus servidores públicos.

Ademais, de acordo com o artigo 24, inciso XII e §§ 2º a 4º,[3] da Carta da República, é concorrente a competência da União e dos Estados para legislar sobre previdência social, ressaltando-se que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. Além disso, enquanto a União não editar as normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, ficando suspensa a eficácia da lei estadual apenas no que for contrária à lei federal superveniente.

Logo, incumbe ao Estado-membro editar, para seus servidores públicos, a lei complementar que deve reger a aposentadoria especial prevista no artigo 40, § 4º, incisos II e III, da Constituição Federal, impondo-se a rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva das autoridades pelo fundamento exposto.

2.4 Ilegitimidade passiva da Assembleia Legislativa.

De acordo com o artigo 67, § 1º, II, "b", da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, são de iniciativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre a aposentadoria dos servidores públicos civis estaduais, nos seguintes termos:

> Art. 67. A iniciativa de leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador Geral de Justiça e aos cidadãos, nos termos desta Constituição.
>
> § 1º São de iniciativa do Governador do Estado as leis que:
>
> [...]
>
> II – disponham sobre:
>
> [...]
>
> b) os servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade.
>
> Trata-se de iniciativa exclusiva do Governador do Estado,[4] por simetria com a iniciativa privativa atribuída analogamente ao Presidente da República pelo artigo 61, § 1º, II, "c", da Constituição Federal.

Em questão análoga, o Supremo Tribunal Federal acolheu o argumento de ilegitimidade passiva do Presidente do Senado Federal quando a iniciativa legislativa é privativa do Presidente da República, nos seguintes termos:

> Mandado de injunção. Ilegitimidade passiva do Presidente do Senado Federal se a iniciativa da lei é da alçada privativa do Presidente da República (CF, arts. 37, VIII; e 61, § 1º, II, c). (MI n. 153-AgR, Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 14.3.1990, DJ de 30.3.1990)[5]

Logo, se, no caso em apreço, existe omissão, é, sem dúvida, do Governador do Estado, que não deu início ao projeto de lei como lhe compete fazer.

---

3 Constituição Federal: "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII – previdência social, proteção e defesa da saúde; [...] § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário."

4 Constituição Estadual: "Art. 68. Não será admitido aumento de despesa prevista: I – nos projetos de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, ressalvados os casos do art. 166, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal□ "

5 **A Constituição e o Supremo : 20 anos de Constituição Federal**. Ed. comemorativa. Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2008. p. 212.

A Assembleia Legislativa, por força da própria norma constitucional estadual, deve permanecer inerte até ser provocada pelo Chefe do Poder Executivo.

Dessarte, a Assembleia Legislativa estadual carece de legitimidade passiva para responder à presente injunção, motivo por que deve ser acolhida a preliminar em análise.

2.5 Incompetência absoluta da Justiça estadual.

Assentado que a iniciativa privativa (na linguagem da Constituição Federal) ou exclusiva (nos termos da Constituição Estadual) para elaborar a norma de aposentação do servidor público estadual é do Governador do Estado, depreende-se que a competência para processar e julgar originariamente o presente mandado de injunção é desta Colenda Corte, por força do artigo 114, II, "j", da Constituição Estadual que estabelece, *in verbis*:

> Art. 114. Compete ao Tribunal de Justiça:
>
> [...]
>
> II – processar e julgar, originariamente:
>
> [...]
>
> j) os mandados de injunção, quando a ausência de norma regulamentadora de competência do Governador ou da Mesa da Assembleia Legislativa tornar inviável o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Em reforço, encontra-se o artigo 463 da Resolução n. 237, de 21.9.1995, que aprova o Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, in verbis:

> Art. 463. Compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os mandados de injunção, quando a inexistência de norma regulamentadora estadual ou municipal, de qualquer dos Poderes, inclusive da Administração indireta, torne inviável o exercício de direitos assegurados na Constituição da República e na Constituição Estadual.

Logo, deve ser rejeitada a preliminar de incompetência absoluta desta Corte para o processo e o julgamento do presente *mandamus*.

3. Mérito.

No tocante ao mérito, este Egrégio Colegiado concedeu a ordem, por maioria, em diversos mandados de injunção que versavam sobre questão idêntica à presente.

No Mandado de Injunção n. 2009.020245-0, relatado pelo Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 18 de novembro de 2009, foi reconhecido que as sucessivas alterações do artigo 40 da Constituição Federal criaram o direito à aposentadoria especial do servidor público, e não mera faculdade do legislador.

Com efeito, a redação do mencionado dispositivo constitucional foi se modificando nesse sentido, como se pode inferir da redação que lhe foi conferida ao longo do tempo.

No texto original da Carta da República, havia uma faculdade atribuída ao legislador de estabelecer aposentadorias especiais, a saber:

> Art. 40. O servidor será aposentado:
>
> [...]
>
> § 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, 'a' e 'c', no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. (Sublinhei.).

Com a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, a faculdade desapareceu, emergindo o direito à aposentadoria especial, a ser concedida segundo lei complementar, ao dispor que:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> [...]
>
> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar." (Sublinhei.).

Atualmente, o caput do artigo 40 está com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003, e seu § 4º, com a redação fixada pela Emenda Constitucional n. 47, de 5.7.2005, mantendo o direito à aposentadoria especial mediante lei complementar, in verbis:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> [...]
>
> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:
>
> I – portadores de deficiência;
>
> II – que exerçam atividades de risco;
>
> III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Sublinhei.).

Logo, a partir da EC n. 20/1998, a aposentadoria especial é direito constitucional efetivamente assegurado aos servidores que trabalham em situações especiais, razão por que o Estado de Mato Grosso do Sul, que detém a competência legislativa material concorrente para elaborar normas sobre o regime de previdência de seus servidores, tem o dever de assegurar o direito essa forma de aposentação.

Com a edição da Lei n. 3.150, de 22.12.2005, que consolida e atualiza a Lei n. 2.207, de 28.12.2000, a qual, entre outras providências, institui o regime de previdência social do Estado de Mato Grosso do Sul, ficou estabelecido que, *in verbis*:

> Art. 41. [...]
>
> [...]
>
> § 3º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em lei complementar federal, os casos de segurados:
>
> I - portadores de deficiência;
>
> II - que exerçam atividades de risco;
>
> III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Sublinhei.).

Dessa forma, ao invés de normatizar a aposentadoria especial de seu servidor público, o Estado de Mato Grosso do Sul optou por omitir-se, transferindo para a União Federal a atribuição que é de sua competência.

Uma vez que não existe norma regulamentando a matéria, deve ser aplicada supletivamente aquela prevista para o regime geral de previdência social, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Injunção n. 788, nos seguintes termos:

> DIREITOCONSTITUCIONALEADMINISTRATIVO.MANDADODEINJUNÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA. ATIVIDADES EXERCIDAS EM CONDIÇÕES DE RISCO OU INSALUBRES. APOSENTADORIA ESPECIAL. § 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. MORA LEGISLATIVA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.
>
> 1. Ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do art. 40 da Magna Carta, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei n. 8.213/91, em sede de processo administrativo.
>
> 2. Precedente: MI 721, da relatoria do ministro Marco Aurélio.
>
> 3. Mandado de injunção deferido nesses termos." (MI n. 788, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 15.4.2009, DJ n. 84 DIVULG 7.5.2009 PUBLIC 8.5.2009 EMENT VOL-02359-01 PP-00013 RSJADV jul, 2009, p. 58-59 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 117-119).
>
> O artigo 5º, parágrafo único, da Lei federal n. 9.717, de 27.11.1998, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal, alterada pela Medida Provisória n. 2.187-13, de 24.8.2001, condiciona a concessão de aposentadoria especial à edição de lei complementar federal que discipline a matéria.
>
> Tal norma, contudo, não gera óbice para o conhecimento e julgamento do presente mandamus, pois existe no ordenamento jurídico vigente a Lei federal n. 8.213, de 24.7.1991, que regula caso análogo, e que pode ser aplicado supletivamente ao caso dos autos, mesmo porque a medida provisória está hierarquicamente abaixo da Constituição Federal e não pode antepor-lhe obstáculo.
>
> A referida Lei n. 8.213/1991 estabelece, *in verbis*:

> Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. [Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995.]
>
> § 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995).

No caso em julgamento, o objeto do mandado de injunção consiste em assegurar à impetrante o direito à aposentadoria especial, constitucionalmente previsto, incumbindo à autoridade administrativa, competente para conceder aposentadoria para servidor público estadual, analisar se a servidora preenche todos os requisitos para se beneficiar da aposentadoria especial, previstos no artigo 57 da Lei n. 8.213/91, naquilo que couber.

Sergio Pinto Martins, na obra "Direito da seguridade social", esclarece que a "*condição fundamental [para a concessão da aposentadoria especial] é o trabalho comprovado em atividade que coloque em risco a saúde e a integridade física do segurado*".[6]

Na espécie, fica reconhecido que o exercício da função de Oficial Penitenciário constitui atividade que coloca em risco a saúde e a integridade física da impetrante.

Além disso, os argumentos expostos na petição inicial permitem inferir que a servidora pretende se aposentar após 25 (vinte e cinco) anos de serviço no exercício da função.

Esse tempo deve corresponder a trabalho permanente e habitual, e não a trabalho ocasional ou intermitente, conforme acentua Sergio Pinto Martins, nos seguintes termos:

> O tempo de serviço para os efeitos da aposentadoria especial é considerado em relação aos períodos correspondentes a trabalho permanente e habitual prestado em atividades sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do segurado.
>
> Pelo que se observa da atual redação do § 3º do art. 57 da Lei n. 8.213, não terá direito a aposentadoria especial o segurado que trabalhou ocasionalmente ou de maneira intermitente em condições prejudiciais à sua saúde. [...] A palavra 'permanente' pode ser interpretada no sentido de que o trabalho em condições nocivas à saúde deve ser diário ou durante toda a jornada de trabalho.
>
> O segurado deve ficar diariamente exposto a agentes nocivos, físicos, químicos e biológicos ou associação de agentes.[7]

Logo, incumbe à autoridade administrativa competente aferir se a impetrante completou 25 (vinte e cinco) anos de tempo de serviço no efetivo exercício de sua função de Oficial Penitenciário.

Ao analisar questões idênticas anteriormente, o Egrégio Órgão Especial concedeu a injunção, nos seguintes termos:

6 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade socia**l. 22. ed. São Paulo : Atlas, 2005. p. 381.
7 *Op. cit.*, p. 383.

MANDADO DE INJUNÇÃO – DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL – SERVIDORES DA CARREIRA DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA – PRELIMINARES – LITISPENDÊNCIA – REJEITADA – NÃO HÁ IDENTIDADE DE PARTES – LITISCONSÓRCIO PASSIVO – INTEGRAÇÃO À LIDE DA AGEPREV – DESNECESSIDADE – INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO PARA INTEGRAR A NORMA REGULAMENTADORA – DEMAIS PRELIMINARES JULGADAS COM O MÉRITO – DIREITO À APOSENTAÇÃO – MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE – INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL – CARÁTER MANDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO – REGULAÇÃO PROVISÓRIA – EXISTÊNCIA DE ATIVIDADE DE RISCO – INJUNÇÃO CONCEDIDA.

Para a ocorrência de litispendência, é necessária a conjugação de identidade de partes e causa de pedir, o que não é o caso dos autos.

A AGEPREV não é autoridade competente para elaboração da norma regulamentadora do direito assegurado constitucionalmente.

O direito à aposentadoria especial foi consagrado pela Constituição Federal como direito dos servidores que trabalham em condições insalubres e perigosas.

[...]

O impetrante tem legitimidade ativa para a causa, pois será beneficiado diretamente pelo resultado da lide.

Configurada a existência de direito constitucional assegurado e a ausência de norma regulamentadora, não há que se falar em inadequação da via eleita.

Segundo precedentes das Cortes Superiores, ante a inexistência de norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial deve ser aplicada a regra aplicada ao regime geral de previdência social.

O caráter mandamental do mandado de injunção não cria lei in abstrato, mas sim viabiliza o direito provisoriamente. (MI n. 2009.020245-0, Capital, Órgão Especial, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 18.11.2009. Por maioria e contra o parecer, foi concedida a injunção, nos termos do voto do relator. Sublinhei.).

MANDADO DE INJUNÇÃO – APOSENTADORIA ESPECIAL – ATIVIDADE CONSIDERADA INSALUBRE – ART. 40, §§ 1º E 4º, INCISOS II E III, DA CARTA POLÍTICA – AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – MORA LEGISLATIVA – APLICAÇÃO DE NORMA DO REGIME-GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – ORDEM CONCEDIDA.

Ante a prolongada mora legislativa, em editar lei complementar reclamada pela parte final do § 4º, do artigo 40, da Constituição Federal, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57, da Lei n. 8.213/91. (MI n. 2009.020251-5, Capital, Órgão Especial, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 16.12.2009. Por maioria e contra o parecer, foi concedida a injunção, nos termos do voto do relator.).

MANDADO DE INJUNÇÃO – OFICIAL PENITENCIÁRIO – DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL – [...] – REJEIÇÃO DA PREFACIAL DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EM RAZÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO – ÊXITO DA IMPETRAÇÃO QUANTO AO MÉRITO – CONFIGURAÇÃO DA INAÇÃO ANTIJURÍDICA

– LITISREGULAÇÃO PROVISÓRIA DA SITUAÇÃO FÁTICA CONFORME A ATUAL ORIENTAÇÃO DA CORTE SUPREMA – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE SE IMPÕE.

[...]

Rejeita-se a prefacial de impossibilidade jurídica do pedido, se o mesmo, analisado in status assertionis, admite pleno trânsito processual, inexistindo vedação abstrata para a utilização da via injuncional visando suprir omissões legislativas.

Conforme a jurisprudência da Corte Suprema inerte o impetrado e contando o impetrante com mais de 25 anos de serviço em condição especial, é possível adotar-se provisoriamente, ante o fator tempo e à situação concreta do interessado, o sistema do regime geral da previdência social, previsto no art. 57 da Lei n. 8213/91. (MI n. 2009.034254-1, Capital, Órgão Especial, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 24.3.2010. Por unanimidade, foi rejeita a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e, por maioria, a de ilegitimidade passiva. No mérito, por maioria e contra o parecer, foi concedida a injunção.).

MANDADO DE INJUNÇÃO – DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL QUE PREVÊ O § 4º, INCISO II E III DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E, DIREITO ESTE, A SER EXERCIDO NOS TERMOS DO ART. 57 E SEU § 1º DA LEI N. 8.213/91 – ACOLHIDA – PROCEDENTE.

Ante a inexistência de norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial deve ser aplicada a regra aplicada ao regime geral de previdência social. O caráter mandamental do mandado de injunção não cria lei in abstrato, mas sim viabiliza o direito provisoriamente. (MI n. 2009.034255-8, Capital, Órgão Especial, Rel. designado Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 31.3.2010. Por unanimidade, foram rejeitadas as preliminares. No mérito, por maioria e contra o parecer, foi concedida a injunção.).

MANDADO DE INJUNÇÃO – DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL – TAQUÍGRAFO PARLAMENTAR – ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – LEGITIMIDADE PASSIVA – PREVIDÊNCIA SOCIAL É DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO E O ESTADO – AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA NO ÂMBITO ESTADUAL – APLICAÇÃO DO ART. 57 DA LEI N. 8.213/91 NO QUE COUBER – ANÁLISE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A APOSENTADORIA REALIZADA PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE – ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE.

A aposentadoria Especial não é matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional legislar, pois nos termos do art. 24, XII, da C.F., é de competência concorrente entre a União e os Estados legislar sobre previdência social, logo, o Estado de Mato Grosso do Sul é parte legitima para figurar no polo passivo do mandado de injunção.

Inexistência norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial, previsto no art. 40, § 4º, da CF, deve ser aplicada, no que couber, o art. 57, da Lei n. 8.213/91.

O objeto do mandado de injunção consiste na verificação da apontada omissão que estaria a inviabilizar o exercício de um direito constitucionalmente previsto, a análise do preenchimento dos requisitos pelo impetrante para a concessão da aposentadoria especial, cabe a autoridade administrativa competente. (MI n.

> 2009.034272-3, Capital, Órgão Especial, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 31.3.2010. Por unanimidade, foram rejeitadas as preliminares. No mérito, por maioria e contra o parecer, foi concedida a injunção.).

Ressalte-se que, ao conceder a injunção, o Poder Judiciário não estará criando lei in abstrato, mas apenas integrando a lacuna da lei, no caso concreto, para assegurar o exercício do direito constitucional.

Em virtude do caráter mandamental da injunção, a autoridade impetrada deve, no caso da concessão da ordem, dar-lhe cumprimento nos exatos termos da decisão proferida.

Por fim, no que tange à forma de custeio, incumbe ao Estado estabelecer as regras, nos termos do artigo 149, § 1º, da Constituição Federal.

4. Conclusão.

Ante o exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da Assembleia Legislativa Estadual, para excluí-la do polo passivo do mandamus.

Rejeito as preliminares de ilegitimidade ativa e, contra o parecer, de impossibilidade jurídica do pedido, assim como as preliminares de ilegitimidade passiva do Governador do Estado, de incompetência deste Tribunal de Justiça para processar e julgar o mandado de injunção.

No tocante ao mérito, contra o parecer, concedo a injunção para assegurar à impetrante o direito à aposentadoria especial que é previsto pelo artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, nos termos do artigo 57, caput e § 1º, da Lei n. 8.213, de 24.7.1991 – ou comando ulterior que o venha a substituir, até que sobrevenha regulamentação própria pelo Estado de Mato Grosso do Sul –, mediante a análise, pela autoridade administrativa competente para conceder aposentadoria a servidor público estadual, do preenchimento dos requisitos estabelecidos no mencionado dispositivo legal.

Sem custas.

Sem honorários advocatícios, por serem incabíveis na espécie, tendo em vista tratar-se de ação de natureza mandamental.

O Sr. Des. João Maria Lós (1º Vogal)

De acordo com o relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (2ª Vogal)

Divirjo do relator, pois tenho que a ordem deve ser denegada.

O art. 5º, LXXI, da Constituição Federal:

> Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Nas palavras de José da Silva Pacheco[8], "*O mandado de injunção tem como pressuposto a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.*"

8 *In* **O Mandado de Segurança e outras** ações constitucionais típicas. 4. ed. São Paulo: **RT**, 2002. p. 379.

De outro vértice, vê-se que a pretensão da impetrante reside na suposta omissão legislativa do Estado quanto à regulamentação de direito à aposentadoria especial prevista pelo art. 40, § 4º, II e III, da Constituição Federal, pretendendo a aplicação, por analogia, do art. 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91, legislação previdenciária do setor provado.

Vejamos o disposto no art. 40, § 4º, II e III, da CF:

> Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> [...]
>
> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:
>
> [...]
>
> II - que exerçam atividades de risco;
>
> III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Consoante entendimento já exarado por este Órgão, denota-se que, in casu, inexiste omissão a ser suprida em sede de mandado de injunção, uma vez que a aposentadoria pleiteada pela impetrante está condicionada a edição de lei complementar federal, nos termos do art. 5º, § único, da Lei n. 9.717/1998, que "dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências", *verbis*:

> Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.
>
> Parágrafo único. Fica vedada a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria.

Nesse sentido foi o resultado do julgamento realizado em 2.9.2009, nos autos do Mandado de Injunção n. 2009.007747-9, de relatoria do Des. Rubens Bergonzi Bossay:

> EMENTA – MANDANDO DE INJUNÇÃO – APOSENTADORIA ESPECIAL – ATIVIDADE CONSIDERADA INSALUBRE – ART. 40, §§ 1º E 4º, II E III DA CARTA POLÍTICA – DIREITO CONDICIONADO À EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR – ORDEM DENEGADA.
>
> O § 1º do artigo 40 da Constituição Federal só faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", ou seja, instituir novas hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. Ausente a lei complementar federal que disponha sobre normas gerais referente a aposentadoria especial, falta aos postulantes da impetração interesse processual de agir.

O entendimento tem respaldo no Supremo Tribunal Federal:

> MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 40, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
>
> O § 1º do artigo 40 da Constituição Federal só faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", ou seja, instituir novas hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional cujo exercício dependa de norma regulamentadora. Precedente do S.T.F. Mandado de injunção não conhecido por impossibilidade jurídica do pedido. (MI n. 462/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 6.9.1995).

Assim, enquanto não editada a lei complementar federal que regulamente o art. 40, § 4º da CF/88, de eficácia contida, entendimento reafirmado pela Lei n. 9.717/98, não há falar em omissão legislativa, mesmo porque resta ausente a legitimação dos Estados para tanto.

Pelo exposto, com o parecer, denego a presente injunção.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (3º Vogal)

De acordo com o voto da divergência.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (4º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (5º Vogal)

Janete Borges Ferreira impetra mandado de injunção, objetivando que seja conferida a força mandamental, a fim de lhe assegurar o direito à aposentadoria especial, nos termos do art. 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91 (Regime Geral da Previdência Social).

Peço vênia para prestar alguns esclarecimentos com relação ao acórdão citado pela Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, tendo em vista que em um julgamento subsequente a este, prestei o mesmo esclarecimento, no sentido de que eu julgava desta forma para indeferir a injunção.

Contudo, mesmo após a edição da Medida Provisória n. 2.187-13/2001, que proibiu a concessão de aposentadoria especial enquanto não editada lei complementar, vê-se que aplicação do art. 57 da Lei n. 8.213/91 (Regime Geral da Previdência Social) tem sido a fórmula utilizada pelo STF.

Assim, diante das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que se deve aplicar ao caso, tendo em vista a omissão legislativa, o art. 57 da Lei n. 8.213/91, restando ressalvado que somente na parte que couber (Mandado de Injunção n. 795, da relatoria da Minª. Cármen Lúcia, Mandado de Injunção n. 721, da relatoria do Min. Marco Aurélio).

Pelo exposto, concedo parcialmente a injunção para, removendo o obstáculo consistente na inexistência da Lei Complementar disciplinadora dos casos insertos nos três incisos do § 4º do art. 40 da CF, garantir ao impetrante que a análise de seu pedido de aposentadoria seja feito pela autoridade administrativa competente, tendo como aplicação as normas correlatas previstas no art. 57 da Lei n. 8.213/91, em sede de processo administrativo.

Acompanho o relator, só que parcial.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (4º Vogal)

Se é assim, divirjo da conclusão do relator. Porque entendo que essa pensão deve ser dada, faço a conclusão no meu voto na parte dispositiva o seguinte:

Estou assegurando ao autor do Mandado de Injunção, o direito à aposentadoria especial, com renda mensal de 100% do salário de benefício nos termos da fundamentação.

Divirjo só com relação à conclusão.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (6º Vogal)

Concedo a injunção nos termos do pedido. Porque há a mora legislativa; não há a Lei Complementar.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (7º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (8º Vogal)

Janete Borges Ferreira, com qualificação nos autos, impetra mandado de injunção contra omissão legislativa imputada ao Exmo. Sr. Governador do Estado e à Assembléia Legislativa local, alegando, em suma, ausência de norma apta a regulamentar o disposto no art. 40, § 4º, da Constituição Federal.

Registro, em primeiro lugar, que o art. 5º, parágrafo único, da Lei Federal n. 9.717/98, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória n. 2.187-13/2001, proíbe a concessão de aposentadorias especiais enquanto não for editada a lei complementar a que se refere o art. 40, § 4º, da CF.

Quanto ao mais, continuo com o mesmo entendimento externado anteriormente pelo Des. Rubens Bergonzi Bossay no Mandado de Injunção n. 2009.007747-9, (julgado em 2.2.2009), que assim ficou ementado:

> EMENTA – MANDANDO DE INJUNÇÃO – APOSENTADORIA ESPECIAL – ATIVIDADE CONSIDERADA INSALUBRE – ART. 40, §§ 1º E 4º, II E III DA CARTA POLÍTICA – DIREITO CONDICIONADO À EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR – ORDEM DENEGADA.
>
> O § 1º do artigo 40 da Constituição Federal só faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", ou seja, instituir novas hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. Ausente a lei complementar federal que disponha sobre normas gerais referente a aposentadoria especial, falta aos postulantes da impetração interesse processual de agir.

Do voto condutor, reproduzo, aqui, como razões de decidir, as seguintes passagens:

Assim estabelece o art. 5º, LXXI da CF/88:

> Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Segundo Sérgio Reginaldo Bacha:

> O mandado de injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentar que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (**Mandado de injunção**, Del Rey, 1998, p. 45)

Consoante José Afonso da Silva:

> Constitui um remédio ou ação constitucional posta à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. (**Curso de Direito Constitucional positivo**, 30. ed. Editora Malheiros, pág. 448)

Do mesmo modo leciona Alexandre de Moraes:

> O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. (**Direito Constitucional,** 20. ed. Editora Atlas, pág. 156).

> Pois bem. De acordo com as informações das autoridades coatoras: 'O objeto da injunção é suprir alegada omissão legislativa do Estado quanto à regulamentação de direito à aposentadoria especial prevista pelo art. 40, §§ 1º e 4º, II e III, da Constituição Federal, expressa no § 3º do art. 41 da Lei n. 2.207/2000, com redação dada pela lei n. 3.150/2005, o faz referência a necessidade de lei complementar para definir os casos de concessão de aposentadoria especial.' (f. 745)

Eis os artigos que fundamentam o pedido dos impetrantes:

> Art. 40, §§ 1º e 4º, II e III da CF/88:

> Art. 40 CF - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

> § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17.

> [...]

> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

> [...]

> II que exerçam atividades de risco;

> III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

> Art. 41, § 3º, II e III da Lei Estadual n. 3.150/05:

É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em lei complementar federal, os casos de segurados:

[...]

II - que exerçam atividades de risco;

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Compulsando os autos, denota-se que inexiste omissão a ser suprida em sede de mandado de injunção, uma vez que a aposentadoria pleiteada pelos impetrantes está condicionada a edição de lei complementar federal, nos termos do art. 5º, parágrafo único da Lei n. 9.717/1998, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.

Assim expressa referido artigo:

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

Parágrafo único. Fica vedada a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria.

Nesse sentido são as informações prestadas pelo Estado (f. 745-746, 753):

Observa-se que inexiste qualquer omissão imputável ao Poder Executivo ou Legislativo do Estado de Mato Grosso do Sul, já a concessão de aposentadoria especial para servidor público em âmbito estadual vincula-se necessariamente à previsão desta concessão por lei complementar federal.

De onde se constata que legislando o Estado sobre a aposentadoria especial em âmbito estadual esta norma estadual configura-se como inconstitucional. Daí que não se pode considerar omisso o Poder Executivo Estadual pelo simples fato de ele obedecer aos ditames da Constituição Federal, ou seja, quando ele não legisla obrigatoriamente sobre matéria cuja instituição deve observar normas gerais federais.

Assim temos que somente se poderá cogitar da possibilidade de se reputar omisso o Poder Executivo Estadual se a este incumbisse regulamentar apenas por meio de lei estadual a matéria concernente à aposentadoria especial para servidores públicos estaduais.

[...]

O parágrafo 4º, do art. 40 da C.F. apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, 'a' e 'c', ou seja, instituir outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

Destarte, tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja

> dependendo de norma regulamentadora, razão por que descabido o mandado de injunção[...]

Ante o exposto, denego a presente injunção.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (9º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (10º Vogal)

Pelo que se infere dos autos, se trata de mandado de injunção onde pede a aplicação da força mandamental à decisão proferida para que seja assegurado ao impetrante o direito à aposentadoria especial que prevê o § 4º, inciso II e III do art. 40 da Constituição Federal e, direito este, a ser exercido nos termos do art. 57 e seu § 1º da Lei n. 8.213/91 ou, em outro comando normativo ulterior que eventualmente venha a lhe substituir, até que sobrevenha regulamentação própria pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Este órgão especial já abriu discussão a respeito deste tema e discussão esta quando do julgamento do Mandado de Injunção n. 2009.020245-0 de relatoria do Des. Luiz Carlos Santini que proferiu voto para conceder o pedido. Veja o voto:

> Julgar procedente a pretensão inicial para, de forma mandamental, viabilizar o direito do impetrante a aposentar-se com tempo de serviço diferenciado, em decorrência de exercício de atividade de risco, nos termos do §4º, do art. 40, da Constituição Federal, aplicando-se supletivamente as disposições contidas no art. 57 da Lei n. 8.213/1991

Seguiram o relator, os Desembargadores: Hildebrando Coelho Neto - João Maria Lós - Rêmolo Letteriello - Claudionor Miguel Abss Duarte - Atapoã da Costa feliz - Ildeu de Souza Campos.

Foram abertas duas divergências quando deste julgamento.

A primeira divergência foi aberta pelo Des. Rubens Bergonzi Bossay sendo seguida pelo Des. João Carlos Brandes Garcia que firmaram voto pela concessão parcial do pedido. Veja-se a parte dispositiva desta divergência:

> Concedo parcialmente a injunção para, removendo o obstáculo consistente na inexistência da Lei Complementar disciplinadora dos casos insertos nos três incisos do § 4º do art. 40 da CF, garantir aos impetrantes que a análise de seus pedidos de aposentadoria sejam feitos pela autoridade administrativa competente, tendo como aplicação as normas correlatas previstas no art. 57 da Lei n. 8.213/91, em sede de processo administrativo

A outra divergência foi pela denegação do pedido diante da alegação de existência de lei que impede a concessão deste pedido, que consiste na Lei federal n. 9.717/98 com as alterações introduzidas pela Medida Provisória n. 2.187-13/2001. Este entendimento foi firmado pelo Des. Sérgio Fernandes Martins e pela Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges.

Conforme proferi voto no mandado de injunção mencionado, tenho que o pedido deve ser provido e o fato de haver Lei federal n. 9.717/98 com as alterações introduzidas pela Medida Provisória n. 2.187-13/2001 que impedem a concessão de aposentadoria compulsória, não tem o condão de impedir o julgamento favorável ao impetrante.

Isto porque, a causa de pedir de todo e qualquer mandado de injunção é justamente pela inexistência de lei no sistema jurídico. Esta ação tem sua adequação voltada para atacar a desídia, a mora do Estado em relação à sua atividade legiferante.

Assim, o fato de haver Lei impondo a concessão do direito somente após a regulamentação por outra lei, não pode ser obstáculo para esta ação constitucional, que, repita-se, somente existe esta ação diante da mora legislativa. Então, a sua adequação é justamente diante da ausência de legiferação.

Estranhamente, o Congresso Nacional resolveu legislar para dizer que não pode haver aposentadoria compulsória até que seja editada outra lei, mas porque ele já não aprovou a referida lei regulamentando a aposentadoria especial. Ora, contra fatos não há argumentos e, portanto, é claro e evidente que não haverá legiferação para a aposentadoria especial como proclama o povo ao aprovar a norma constitucional sobre este tema.

Por esta razão que o fato da haver lei impedindo a concessão de aposentadoria enquanto não haver lei não pode servir de obstáculo para a concessão de tal direito e este fato somente corrobora o entendimento firmado no mandado de injunção mencionado logo acima e de relatoria do Des. Santini e entendimento este originado perante o STF, no sentido de que o mandado de injunção não serve apenas para "declarar a mora", mas também, para dar efetividade ao direito que depende de lei.

Não basta dizer que há mora, porque isto todas sabem, mas sim, que seja dado mecanismo que dê efetividade a este direito ainda não regulamentado e a forma disto ocorrer para este caso posto à apreciação é aplicando analogia com o sistema de previdência privada (art. 57 e seu § 1º da Lei n. 8.213/91).

Este entendimento nada mais faz do que cumprir a garantia constitucional da eficiência constitucional e que se encontra no inciso LXVIII do art. 5º da CF/88. Eficiência que se impõe nos julgamentos do judiciário, tanto que o dispositivo constitucional impõe "meios" para a efetivação. Impor meios não pode ser simplesmente em declarar mora e, muito menos, uma lei que impeça a concessão de direito sem antes aprovar outra lei pode ser obstáculo para o bom sucesso meritório do mandado de injunção, que veio a mundo, justamente, para evitar tal fato social.

Portanto, a Lei federal n. 9.717/98 com as alterações introduzidas pela Medida Provisória n. 2.187-13/2001 não me convence pela extinção sem julgamento de mérito desta ação.

Outros argumentos me levam a formar este entendimento pelo julgamento do mérito e pela procedência do pedido. Vejamos.

Pois bem, o § 4º e incisos do art. 40 da CF/88 assim dispõe:

> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005)
>
> II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005)
>
> III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005)

Em apertada síntese, o impetrante sustenta que se enquadra no inciso II e III do §4º do art. 40 da CF/88 por exercer a função de oficial penitenciário e "diante da ausência de regulamentação do Estado" através de Lei Complementar específica, como determina o constituinte derivado reformador, pede que sua aposentadoria especial seja aplicada segundo as regras da aposentaria especial da previdência social (art. 57 e seu § 1º da Lei n. 8.213/91).

Tenho que o pedido deve ser atendido.

Primeiramente devo registrar que tenho formado entendimento de que a aposentadoria especial depende de lei complementar federal, ou seja, que trata de norma de eficácia limitada à atuação do Congresso Nacional.

Com o devido respeito aos entendimentos sustentados por este Tribunal, quando da análise do mandado de injunção n. 2009.007747-9, não há aguardar legislação federal para que o funcionalismo estadual se valha dos efeitos da aposentadoria especial do § 4º do art. 40 da CF/88.

Isso porque, a competência para legislar sobre previdência social é comum de todos os Entes Federativos por permissão expressa do inciso XII do art. 24 da Constituição brasileira. Em sendo competência legislativa comum, a omissão de norma geral pela União não impede a legiferação específica dos Estados.

Esta possibilidade vem expressa nos parágrafos do art. 24 da Constituição que assim dispõem (mormente o § 3º):

> § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
>
> § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
>
> § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
>
> § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Veja então, que não há qualquer obstáculo, pelo contrário; o Constituinte permite expressamente que o Estado legisle "naturalmente" a respeito de direito previdenciário, incluindo, então, a aposentadoria especial do § 4º do art. 40 sem prescindir de legislação federal geral.

Esta possibilidade é denominada de competência supletiva (§ 3º do art. 24 da CF/88).

Veja-se doutrina sobre a "competência supletiva":

> Na hipótese de a União abster-se, não expedindo normas gerais, resta aos Estados e ao Distrito exercitarem, com plenitude, o poder-dever que a Constituição lhes outorga, a fim de atender suas peculiaridades (UADI Lammêgo Bulos. **Constituição federal anotada**. 8. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 576)
>
> A inércia da União em regulamentar as matérias constantes no art. 24 da Constituição Federal não impedirá ao Estado Membro ou ao Distrito Federal a regulamentação da disciplina constitucional – competência supletiva. Note-se que, em virtude da ausência de lei federal, o Estado-membro ou o Distrito Federal adquirirão competência plena pra a edição de normas de caráter geral, quanto específico (Alexandre de Moraes. **Direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 282)

Igualmente pelo STF:

> A matéria do presente recurso já foi objeto de análise por esta Corte no julgamento da RP 1.135, quando, sob a égide da Carta pretérita, se examinou se a Lei n. 7.747/82-RS invadiu competência da União. Neste julgamento, o Plenário definiu o conceito de normas gerais a cargo da União e aparou as normas desta lei que superavam os limites da alçada estadual. 2. As conclusões ali assentadas permanecem válidas em face da Carta atual, porque as regras remanescentes não usurparam a competência federal. A Constituição em vigor, longe de revogar a lei ora impugnada, reforçou a participação dos estados na fiscalização do uso de produtos lesivos à saúde. 3. A lei em comento foi editada no exercício da competência supletiva conferida no parágrafo único do artigo 8º da CF/69 para os Estados legislarem sobre a proteção à saúde. Atribuição que permanece dividida entre Estados, Distrito Federal e a União (art. 24, XII da CF/88). 4. Os produtos em tela, além de potencialmente prejudiciais à saúde humana, podem causar lesão ao meio ambiente. O Estado do Rio Grande do Sul, portanto, ao fiscalizar a sua comercialização, também desempenha competência outorgada nos artigos 23, VI e 24, VI da Constituição atual (REsp n. 286789, Segunda Turma, Relª. Minª. Ellen Gracie, julgado em 8.3.2005, DJ 8.4.2005 PP-00038 EMENT VOL-02186-03 PP-00446 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 257-265 RT v. 94, n. 837, 2005, p. 138-141 RB v. 17, n. 501, 2005, p. 51 RTJ VOL-00194-01 PP-00355).

Diante da premissa acima apontada, o fato da omissão legislativa da União não impede, pelo contrário, a legiferação pelo Estado membro diante de sua competência supletiva do § 3º do art. 24 da Constituição brasileira, repita-se.

Se se exigir lei federal geral para este caso estaremos diante de decisão que afronta diretamente a Constituição Federal, mais precisamente o § 2º, § 3º e § 4º do art. 24. Em sendo pleonástico como forma de reafirmar: "o Constituinte não proíbe, mas sim, estimula a legiferação específica sem prescindir de atuação do legislativo federal".

Então, afasto esta alegação.

Segundo ponto que deve ser analisado é se o judiciário pode dar efeito mandamental ao mandado de injunção para determinar que na ausência de legislação estadual sobre a aposentadoria especial, se aplique a legislação da providência social federal (art. 57 e seu § 1º da Lei n. 8.213/91).

Tenho que sim.

Pese as discussões a respeito das correntes a serem aplicadas em relação ao mandado de injunção, tenho que o importante e com os olhos voltados para a efetividade processual do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 é que o judiciário exerça seu mister de pacificação social.

Esta é a razão de ser da tutela jurisdicional que não se contenta mais com a tão somente, tutela jurisdicional, mas sim, que esta tutela jurisdicional seja efetiva e diferenciada.

Não basta mais garantir o livre acesso (inciso LV do art. 5º da CF/88), como foi o anseio popular do século anterior, mas que da entrada pelo jurisdicionado se obtenha resultado útil e eficaz. Regra esta que não vem como simples código de intenção ou como simples anseio, mas sim, como imposição ao Judiciário, já que o inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 não apenas garante a efetividade mas "impõe meios para garantir" esta efetividade.

Não é crível que o mandado de injunção seja utilizado tão somente para se declarar uma simples mora. Com isso estaríamos nada julgando e não exercendo a tal almejada pacificação social e muito menos dando meios para a referida efetividade. Como explicar para o jurisdicionado que ele ganhou mas não levará? Isto conduz, inexoravelmente, ao descrédito.

A movimentação da máquina judiciária não pode ter resultado igual a zero, mas sim, que produza, pelo menos, um mínimo de efetividade e utilidade a quem tem razão.

Este tem sido o critério do constitucionalismo moderno:

Importante é ter presente que as garantias constitucionais do amplo acesso à jurisdição e da inafastabilidade da apreciação de afirmação de lesão do poder judiciário não podem descurar da efetividade dos meios que as proporcionem (Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada. Tutela de urgência e medidas liminares em geral.** São Paulo: Malheiros, 2005, p 67).

Não se cuida aqui, especificamente, de acesso à justiça, considerada esta como valor de primeira grandeza na constelação axiológica que informa o direito, mas sim de acesso à jurisdição, como atividade estatal, direcionada à declaração lato senso do direito e à sua realização autoritariamente no mundo empírico (Donaldo Armelin. O acesso à justiça *in* **Revista da PGE/SP** junho de 1989, p. 171).

O valor da efetividade desponta da garantia do acesso à justiça, pois não é suficiente tão somente abrir porta de entrada ao Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo o que faça jus (Francisco Rosito. **Princípio da duração razoável do processo in Revista de Processo**, ano 33, n. 161, julho/2008, p. 24).

Por esta razão e forte neste entendimento que o pedido do impetrante deve ser acolhido para que seja efetividade seu direito à aposentadoria especial do § 4º do art. 40 da CF/88.

Não estou apenas a reconhecer a mora, mas a reconhecendo com um plus e plus este por meio da efetividade de seu direito, de forma que possa se aposentar com base na legislação existente (art. 57 e seu § 1º da Lei n. 8.213/91) até que o Estado saia de seu estado de hibernação legislativa.

Não pensar assim é considerar a Constituição como um amontoado de letrinhas ou como uma simples folha de papel, o que não pode ser admitida em face da imposição do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88.

Por fim, registre-se e anote-se que o reconhecimento da mora com o plus tem sido o entendimento do STF (v.g. MI n. 721-7), de forma que voto de acordo com o Tribunal Constitucional e que encerro com o registro do Ministro Eros Grau no MI n. 721-7 quando de seu voto de vista:

> Lembrando Fernando Pessoa transformaremos a Constituição em papel 'pintado com tinta' e aplica-la em "uma coisa em que está indistinta entre nada e coisa nenhuma", constitui poder-dever deste tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante

Este tem sido o entendimento deste Tribunal:

> Ante a prolongada mora legislativa, em editar lei complementar reclamada pela parte final do § 4º, do artigo 40, da Constituição Federal, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57, da Lei n. 8.213/91 (MI n. 2009.020251-5, Des. Ildeu de Souza Campos).
>
> Segundo precedentes das Cortes Superiores, ante a inexistência de norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial deve ser aplicada a regra aplicada ao regime geral de previdência social. O caráter mandamental do mandado

> de injunção não cria lei in abstrato, mas sim viabiliza o direito provisoriamente (MI n. 2009.020245-0, Des. Luiz Carlos Santini).

Isto posto e demais que dos autos consta tenho que o pedido deve ser julgado procedente.

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (11º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA IMPETRANTE, DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL, E ACOLHERAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. NO MÉRITO, POR MAIORIA E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, Rêmolo Letteriello, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Luiz Carlos Santini, Joenildo de Sousa Chaves e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 5 de maio de 2010.

***

Mandado de Segurança n. 2010.003191-0 - Capital
Órgão Especial
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL – PROFESSOR – CONVOCAÇÃO PRECÁRIA PARA SUBSTITUIR PROFESSOR QUE OCUPA COORDENAÇÃO – MERA EXPECTATIVA DE DIREITO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

Se a impetrante foi aprovada fora do número de vagas previstas no edital, e está convocada em razão de substituição de outra servidora estar afastada do cargo para exercício de coordenação, não se pode dizer que houve preterição na ordem de classificação nem a necessidade de contratação de servidores, não existindo direito líquido e certo a ser amparado pelo *mandamus*.

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 a segurança. Ausente, justificadamente, o 11º vogal.

Campo Grande, 31 de março de 2010.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Marta Cibele Figueiredo Lima, qualificada nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, com o objetivo de compelir o Estado de Mato Grosso do Sul, pelos Exmos. Srs. Governador e Secretário de Estado de Administração, a nomeá-la para o cargo de professor, para o Município de Terenos (MS), em razão de ter sido aprovada em 5º lugar em concurso para o referido cargo e, ainda que tenham sido chamados os três primeiros colocados para as três vagas oferecidas no edital, pelo fato de estar sendo convocada para ser professora desde 1992, estaria demonstrada a necessidade de nomeação para mais vagas, observando que o concurso teve seu prazo de validade expirado em 25 de janeiro de 2010.

Trouxe os documentos de f. 25-127.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 129).

Vieram as informações, onde as autoridades impetradas sustentam a ausência de direito líquido e certo a ser amparado pelo *mandamus*.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por candidata aprovada em concurso público, em quinto lugar, que sustenta ofensa a direito líquido e certo seu de ser nomeada em razão da necessidade de professores além das vagas oferecidas no certame, especialmente porque exerce, na condição de professor convocado, desde 1992, tais funções.

É incontroverso nos autos que a impetrante foi aprovada e classificada em 5º (quinto) lugar para o preenchimento de vagas para o cargo de professor Regente, disciplina Atividades, para o Município de Terenos (MS), consoante Edital n. 001/05/SEGES/SED/ADMINISTRATIVO. Obteve, ainda, a 533ª colocação na classificação geral.

É certo também que, segundo comprova, a impetrante exerce, como convocada, a função de professor em razão de o titular estar afastado para exercício de coordenação, conforme documento de f. 76.

No caso, embora a impetrante tenha sido aprovada no concurso, entendo que a aprovação não lhe dá direito à nomeação, visto que se deu fora do número de vagas oferecidas, não sendo demonstrada a existência de vagas outras que exigissem sua convocação, tratando-se o seu caso de mera expectativa.

Além disso, para a concessão da ordem, é imprescindível que haja a comprovação da existência da vaga e de que esta esteja sendo ocupada em caráter precário ou por candidato nomeado fora da ordem de classificação, o que não ocorreu no caso dos autos.

A propósito, a Súmula n. 15 do Supremo Tribunal Federal enuncia que "dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação."

No caso presente, nenhuma dessas condições foram comprovadas de plano pela impetrante, que se limita a afirmar que está sendo convocada para exercer a função de professor, na cidade de Terenos (MS), cujo documento comprobatório – publicação no Diário Oficial do Estado (f. 76) – dá conta de que está em substituição a outro servidor que está exercendo função de coordenação pedagógica.

Contudo, a tese defendida pela impetrante não pode prevalecer, porquanto, segundo firme posicionamento da jurisprudencial, se não há vaga ou se a contratação precária se dá para substituir servidor afastado temporariamente em razão de licença médica ou, no caso, para exercício de outra função, não há direito líquido e certo à nomeação.

A propósito, o julgado do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NÃO EXISTÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO.
>
> 1. É unânime na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso públicos possuem mera expectativa de direito à nomeação; nasce esse direito se, dentro do prazo de validade do concurso, são preenchidas as vagas por terceiros, concursados ou não, à título de contratação precária.
>
> 2. O direito invocado, para ser amparado, há de vir expresso em norma legal, e trazer em si todos os requisitos e condições para sua exata aplicação ao caso em exame.

> 3. Contratações impugnadas que decorreram de licenças e/ou afastamento temporário de seus ocupantes, que não se desligaram da Administração Pública. Inexistência de lesão a suposto direito líquido e certo dos recorrentes.
>
> 4. Recurso em Mandado de Segurança parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (MS n. 11714/PR, ROrd em MS n. 2000/0022422-7, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal(1074), julgado em 6.9.2001, DJ de 8.10.2001, p. 227). (Destaquei).

Feitas essas considerações, denota-se que a impetrante não possui direito líquido e certo de ser nomeada. Até porque, no caso vertente, não se trata de preterição do candidato por nomeação precária de outro servidor nem de violação à ordem de classificação.

Pelo exposto, com o parecer, denego a segurança, por ausência de direito líquido e certo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 11º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Luiz Carlos Santini, Joenildo de Sousa Chaves, Atapoã da Costa Feliz, Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 31 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2007.009771-2 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AGRAVO RETIDO – RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA – DESNECESSIDADE DA OITIVA DE TESTEMUNHAS – PEDIDO DE NOMEAÇÃO À AUTORIA INDEFERIDO – RECONHECIDO O EFEITO DA REVELIA – NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA EMPRESA REQUERIDA SOBRE A APLICAÇÃO DO ARTIGO 475-J DO CPC – FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM VALOR EQUÂNIME – RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO EM PARTE.

1 – Segundo o artigo 130 do Código de Processo Civil, o Juiz da causa pode, de ofício ou a requerimento da parte, indeferir a realização de provas que entenda desnecessária para a solução do litígio.

2 – Ausentes os requisitos legais, é incabível a nomeação à autoria.

3 – Considerando que a empresa/suplicada é representada pela Defensoria Pública Estadual e que esta teria dificuldades em comunicar-se com a mesma, é necessária a intimação pessoal sobre os efeitos da sentença, principalmente no que se refere ao disposto no artigo 475-J do Código de Processo Civil.

4 – Não deve ser alterado o valor fixado a título de danos morais, se, para a sua mensuração, o juiz a quo levou em consideração o grau de culpa do ofensor, a posição da ofendida na sociedade e a capacidade econômico-financeira do causador do dano.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de abril de 2010.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Cater Car devidamente qualificada na ação de indenização por danos materiais e morais que lhe move Marlene Aparecida Bússula, interpõe recurso de apelação cível (f. 135-141) contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, para condená-la a pagar à autora/recorrida, como indenização por danos materiais, a quantia de R$ 9.269,84 (nove mil,

duzentos e sessenta e nove reais e oitenta e quatro centavos), e, como indenização por danos morais, a quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais), a primeira corrigida a partir do ajuizamento da ação e com juros de mora contados da citação e a segunda corrigida a partir da prolatação da sentença, acrescida de juros de mora também incidentes a partir da citação, uma vez que se trata de responsabilidade contratual.

Preliminarmente, requer a apreciação do agravo retido (f. 106-111), no qual pleiteia a reforma da decisão de f. 99-100, a qual rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva, reputando aplicável ao caso a teoria da aparência em benefício da consumidora/apelada e indeferiu o pedido de nomeação à autoria, bem como o pedido de realização de audiência para produção de prova oral, decisão que implicou no cerceamento de sua defesa.

No mérito, alega, em resumo, que: a) é equivocada a aplicação da teoria da aparência no presente caso, somente por considerar a existência de uma placa de anúncio para a procedência do pedido inicial, sem lhe dar a oportunidade de produzir provas; b) não tem qualquer relação ou vínculo com a empresa de fato Cater Car Lava Jato, sendo pessoas jurídicas distintas e ramos de atividades também distintos; c) a apelada em nenhum momento provou que a apelante seria a responsável pelos danos causados ao seu veículo; d) deve ser reformada a parte da sentença que dispôs sobre o prazo para o cumprimento do art. 475-J do Código de Processo Civil, uma vez que a apelante é assistida pela Defensoria Pública Estadual, a qual não possui poderes para receber intimação, razão pela qual deve ser intimado pessoalmente da sentença.

Pleiteia o prequestionamento da matéria constitucional concernente ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Requer, ao final, o conhecimento e o provimento do recurso, com a reforma da sentença, declarando-se a nulidade do processo a partir das f. 99, ou seja, a partir da decisão que negou à apelante a produção de provas para comprovar a sua ilegitimidade, ou que seja julgado improcedente o pedido constante na inicial, pela ausência de provas quanto ao nexo causal envolvendo a apelante e o evento danoso.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (f. 148).

A autora, Marlene Aparecida Bússula, também inconformada com a sentença, recorre adesivamente (f. 154-160), requerendo a majoração do *"quantum"* fixado a título de danos morais para uma quantia equivalente ao valor dado à causa, ou, pelo menos, em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Somente a autora, Marlene Aparecida Bússula, ofertou contrarrazões, pugnando pela improcedência do recurso de apelação ofertado pela requerida Cater Car (f. 149-153).

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

1. Dos fatos.

Colhe-se dos autos que a autora, Marlene Aparecida Bússula, na data de 14 de março de 2006, ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais em face da empresa Cater Car, objetivando o recebimento da quantia de R$ 9.269,84 (nove mil, duzentos e sessenta e nove reais e oitenta e quatro reais), a título de indenização por danos materiais, e da quantia de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), a título de indenização por danos morais.

Afirma, na inicial, que tais valores são devidos em decorrência dos danos causados, pela empresa/apelante, ao seu veículo VW/Gol CL 1.6 M.I., ano 1998, placa KRD 4209, que foi deixado no estabelecimento da referida empresa, para que fossem feitos serviços de lava-jato, e que acabou sofrendo danos decorrentes do seu envolvimento em acidente de trânsito com um caminhão, a quilômetros do aludido local.

Salienta, ainda, que não deu autorização para que o funcionário, ou o proprietário, ou qualquer outra pessoa utilizasse seu veículo para trafegar pela cidade, mas sim, apenas, para que o entregasse em sua residência, a qual fica localizada no mesmo bairro em que se encontra a empresa/apelada, a poucos metros de distância.

A empresa/apelante, representada pela defensoria pública, ofertou contestação, aduzindo somente a ilegitimidade de parte, por existir duas sociedades de fato distintas com o nome "Cater Car", e requerendo a nomeação à autoria da Sra. Lozenil de Arruda Santiago, a qual seria responsável pelo lava-jato.

Em 26 de outubro de 2006, a juíza da causa, em decisão interlocutória (f. 99-100), indeferiu a preliminar de ilegitimidade passiva, reputou aplicável ao caso a teoria da aparência em benefício da consumidora/apelada, indeferiu o pedido de nomeação à autoria, bem como o pedido de realização de audiência para produção de prova oral requerida pela empresa/apelante.

Posteriormente, em 22 de novembro de 2006, a juíza a quo proferiu sentença julgando procedentes os pedidos formulados na inicial.

2. Recursos de apelação e de agravo retido, interpostos pela Empresa/apelante, Cater Car.

Analiso em conjunto os recursos de apelação e de agravo retido, interpostos pela empresa/ apelante, Cater Car, tendo em vista o entrelaçamento das matérias.

A empresa/apelante aduz, preliminarmente, a nulidade da sentença, por cerceamento do seu direito de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide.

Sustenta que era imperiosa a oitiva de testemunhas, as quais foram requeridas na contestação, para comprovar suas alegações, principalmente no que tange às distinções das duas pessoas jurídicas irregulares.

Esta preliminar não merece prosperar.

O artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, ao versar sobre o julgamento antecipado da lide, estabelece que:

> Art. 330. O Juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
>
> I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

Em consonância com o dispositivo retromencionado, o artigo 130 do mesmo *codex* estatui:"*Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*"

Segundo os dois dispositivos reportados, a produção de provas requeridas pelas partes somente é deferida quando se revelam necessárias ao processo, cabendo ao Juiz do feito avaliar essa necessidade.

No caso em tela, a Juíza singular, ao reconhecer a legitimidade passiva da empresa/apelante, entendeu cabível a aplicação da teoria da aparência, em benefício do consumidor, deixando consignado o seguinte:

> A relação existente entre as partes é obviamente uma relação de consumo. Dito isso, há de se conhecer a vulnerabilidade do consumidor, que ao contratar com um estabelecimento prestador de serviços aberto ao público, não está obrigado a saber se se trata de uma sociedade regularmente constituída ou não. Em se tratando de uma sociedade em comum, reitere-se, irregular, é inadmissível que o fornecedor se valha dessa situação para furtar-se a sua responsabilidade. Observo que as fotos juntadas pela autora às f. 27-30 indicam o nome Cater Car e que se trata de oficina mecânica e Lava-jato. [...]Chamo atenção para o fato de que o nome fantasia da empresa é exatamente o sobrenome do referido Sr. Márcio Cater. Reputo aplicável no presente caso a teoria da aparência, em benefício do consumidor, visto que todos os fatos apontam para o Sr. Márcio Cater como responsável pelo estabelecimento prestador de serviços que teria causado os danos alegados pela autora. (F. 99).

Tal entendimento en contra ressonância no seguinte julgado:

> INDENIZAÇÃO - PERDAS E DANOS - VEICULO - ESTACIONAMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - ARRENDAMENTO - TEORIA DA APARÊNCIA – LEI N. 8078/90 - VALOR JUROS - CORREÇÃO MONETÁRIA
>
> - Responde a empresa de estacionamento e lava-jato pelos danos causados a veículo deixado sob sua guarda, não podendo eximir-se de tal responsabilidade sob alegação de que mantinha contrato de arrendamento para prestação desses serviços por terceiro, porquanto prevalece a teoria da aparência adotada pelo código de defesa do consumidor. (TAMG, AC n. 0243797-6, Sexta Câmara Cível, Andradas, Rel. Des. Maciel Pereira, julgado em 2.10.1997, Decisão: Unânime).

Evidente, portanto, a necessidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso. Nota-se que a própria apelante reconhece, nas razões de seu recurso de apelação cível, que: "Não se discute a aplicação do Código de Defesa do Consumidor" (f. 139).

Por outro lado, além da teoria da aparência, entendo igualmente aplicável ao caso o princípio da boa-fé objetiva, o que torna despiciendo o deferimento de dilação probatória.

Como restou explicitado no relatório, a apelante, ao requerer a oitiva de testemunhas, tinha por objetivo provar que uma terceira pessoa era a responsável pelo lava-jato, e, portanto, a única a ser responsabilizada pelos danos causados à autora/apelada.

Entretanto, ainda que a requerida/apelante tivesse provado que uma terceira pessoa era a responsável pelo lava-jato, mesmo assim, tendo como base o princípio da boa-fé objetiva, seria responsabilizada pelos danos causados à autora/apelada, pois permitiu que esse terceiro utilizasse do seu próprio nome (Cater Car) para fazer propaganda dos serviços de lava-jato.

De fato, ao autorizar a inclusão do telefone do lava-jato em letreiro contendo o seu nome e as espécies de serviços prestados, a apelante automaticamente se vinculou à prestação de serviços bem como a qualquer vício ou defeito deles decorrentes.

Os artigos 36 e 37, ambos do Código de Defesa do Consumidor, prescrevem o seguinte:

> Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

> Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.
>
> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
>
> § 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
>
> § 2° É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.
>
> § 3° Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. (Realcei)

Ao comentar os mencionados artigos, Claudia Lima Marques elucida: [1]

> O Código de Auto-regulamentação Publicitária define a plubicidade comercial como 'toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias' [...]
>
> A idéia básica do art. 36 é proteger o consumidor, assegurando-lhe o direito de saber que aqueles dados e informações transmitidos não o são gratuitamente e, sim, têm uma finalidade específica, que é promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço.
>
> Os efeitos civis desta publicidade, isto é, a sua caracterização como ato Ilícito do fornecedor é que poderá fazer nascer a discussão sobre a culpa (ou dolo) deste. Mesmo assim, é necessário ter em vista que o CDC institui uma presunção de culpa do fornecedor, por ter feito veicular uma publicidade enganosa. Estava ele proibido de fazer uma publicidade enganosa, e o fez. Logo, só se exonerará se provar o caso fortuito, isto é, que uma situação externa à sua vontade, aos seus auxiliares (agência, publicitário contratado etc.), imprevisível e irresistível, tornou a publicidade enganosa. Trata-se, portanto, de uma presunção quase que absoluta de culpa [...]

Como visto, a existência de placa sinalizando a prestação dos serviços de lava-jato pela empresa/apelante, Cater Car, induzia os clientes a acreditar que os referidos serviços eram realizados por esta, fato suficiente para caracterizar a responsabilidade da apelante pelos danos causados à autora/apelada.

Por essa razão, não havia motivo para se deferir a realização de prova testemunhal, tendo em vista que tal prova em nada influenciaria no resultado da demanda.

Assim, afasto a preliminar de nulidade da sentença, por esses motivos.

Quanto ao pedido de nomeação à autoria, acolho os mesmos fundamentos da decisão agravada, *in verbis*:

1 MARQUES, Cláudia Lima,:BENJAMIN, Antônio Herman V, MIRAGEM Bruno. *In.* **Comentários ao código de defesa do consumidor** 2. ed. revi., atual.. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 528,529 e 537.

> Rejeito ainda a nomeação à autoria pleiteada pela requerida (apelante), visto que, conforme ela própria admite em sua contestação, o Sr. Marcio Cater não é mero detentor de coisa alheia litigiosa, visto que a presente demanda não discute a posse ou propriedade de qualquer bem, mas sim o ressarcimento do dano provocado no automóvel de propriedade da autora. Da mesma forma reconheceu o autor não ter praticado qualquer ato sob as ordens de terceiro. Ausentes os requisitos legais, não é cabível a nomeação à autoria. (F. 100).

Ademais, tenho que a decisão que indeferiu a nomeação à autoria não causa maiores prejuízos à apelante, tendo em vista que poderá, caso entenda cabível, ajuizar ação autônoma contra o suposto terceiro causador do dano, visando ser ressarcido dos pagamentos efetuados.

No mais, a requerida/apelante apenas inova a matéria de mérito ao alegar a ausência de nexo causal entre qualquer ato praticado e o evento danoso.

A juíza *a quo,* ao proferir a sentença de mérito, aplicou os efeitos da revelia, reputando verdadeiro todos os fatos alegados na inicial, tendo em vista que a requerida/apelante, ao apresentar a contestação, não se insurgiu contra o mérito da demanda, restou caracterizada a revelia substancial (f. 119).

Assim sendo, não pode agora a apelante, em sede recursal, alegar matéria não aduzida em contestação, sob pena de ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, assim como ao instituto da preclusão.

Com relação aos dispositivos prequestionados, tenho que, mesmo com o julgamento antecipado da lide, independente da prova oral, não houve ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No que tange à parte da sentença que decidiu acerca do prazo para o cumprimento voluntário, entendo que merece reforma, por reconhecer que a Defensoria Pública Estadual teria dificuldades em localizar a empresa/apelante para comunicá-la sobre os efeitos da sentença.

Portanto, diante de tal circunstância, tenho que a empresa/apelante deverá ser intimada pessoalmente da sentença apelada, e, também, cientificada de que o não pagamento da quantia estipulada, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir do trânsito em julgado da sentença, resultará no acréscimo de multa no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

3. Recurso Adesivo da autora.

Requerer a autora/apelante a majoração do quantum fixado a título de danos morais para uma quantia equivalente ao valor dado à causa, ou, pelo menos, em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

No entanto, entendo que a quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais) é suficiente para mitigar o abalo sofrido pela autora, bem como para punir o requerido pela sua conduta.

Para a fixação de tal valor, a juíza singular levou em consideração o grau de culpa do ofensor, a posição da ofendida na sociedade e a capacidade econômico-financeira do causador do dano.

Outrossim, há que se considerar ainda que o valor fixado a título de danos morais corresponde a aproximadamente 250 (duzentos e cinquenta) vezes o valor do serviço prestado, conforme se observa do preço unitário para "Lavagem Completa", retratado na foto juntada à f. 28 dos autos.

4. Conclusão.

Em razão do exposto, conheço do recurso de agravo retido, interposto pela empresa/requerida, Cater Car, e do recurso adesivo, interposto pela autora, Marlene Aparecida Bússula, e nego-lhes provimento.

Quanto ao recurso de apelação cível interposto pela empresa Cater Car, conheço-o e dou-lhe provimento parcial, apenas para determinar que a empresa/apelante, Cater Car, seja intimada pessoalmente da sentença apelada, e seja cientificada de que o não-pagamento da quantia estipulada, no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir do trânsito em julgado da sentença, resultará no acréscimo de multa no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE CATER CAR E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DE MARLENE A. BÚSSULA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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, 27 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2007.011139-7 - Dourados
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – EMBARGOS DE TERCEIRO – IMPENHORABILIDADE DE IMÓVEL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – REJEITADA – LOTES CONTÍGUOS, PORÉM COM MATRÍCULAS DISTINTAS – EXISTÊNCIA DE EDIFICAÇÃO, PROLONGAMENTO DA RESIDÊNCIA CONSTRUÍDA NO TERRENO VIZINHO – IMPENHORABILIDADE ACOLHIDA – RECURSO PROVIDO.

Rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença, por falta de perícia, se os documentos constantes nos autos já são suficientes para a instrução do processo e para a formação do convencimento motivado do juiz a respeito da matéria, sendo desnecessária a produção de outras provas.

Merece reforma a sentença que admite a penhora de parte do imóvel quando impossível o seu desmembramento sem descaracterizá-lo.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de maio de 2010.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Arenil Carneiro da Silva interpõe recurso de apelação cível contra sentença que julgou improcedente o pedido formulado nestes embargos de terceiro que move em face do Município de Dourados.

Alega, em preliminar, a nulidade da sentença, haja vista que o magistrado singular deixou de apreciar o seu pedido de realização de perícia judicial, a qual era necessária para esclarecer se o imóvel penhorado constituía ou não prolongamento de sua residência.

No mérito, sustenta que: a) foi juntada aos autos uma planta de locação (f. 17), feita por engenheiro civil, na qual ficou demonstrado que o prédio residencial encontra-se edificado sobre dois lotes contíguos; b) também consta um parecer técnico (f. 18-9), elaborado pelo mesmo engenheiro, consignando que toda a construção referente ao prédio residencial foi construído num só corpo, bem assim que *"torna-se impossível separar os dois lotes, tendo em vista que mutilaria a garagem que faz parte da residência, a varanda e área de serviços que complementa a área de lazer para quem utiliza a piscina, churrasqueira, dependências para empregada, que*

ocupa toda a extensão dos dois lotes." (f. 79); c) as benfeitorias existentes sobre o lote penhorado não se destinam somente ao lazer, mas são essenciais a residência, circunstância que as tornam impenhoráveis, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.009/90; d) os dois laudos de avaliação, juntados às f. 20-1, ratificam a assertiva de que as benfeitorias existentes sobre o lote penhorado, por fazerem parte do corpo do prédio residencial, dele não são destacáveis, sem, com isso, causar risco à edificação ou mutilação da residência; e) a decisão sobre a matéria recorrida, a qual foi utilizada como fundamentação pelo juiz *a quo,* ainda não transitou em julgado.

Requer o recebimento e o provimento do apelo, para acolher a preliminar, anulando a sentença, ou, em reformando a decisão, reconhecer a impenhorabilidade do imóvel de matrícula n. 11.343, determinando o levantamento da constrição judicial, e, por fim, inverter os ônus da sucumbência.

Nas contrarrazões, o recorrido pugna pelo improvimento do recurso, a fim de que seja mantida incólume a sentença.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Depreende-se dos autos que Arenil Carneiro da Silva opôs embargos de terceiro contra o Município de Dourados, alegando, em suma, que: a) é casada em regime de comunhão universal de bens com Walter Brandão da Silva; b) teve o imóvel (lote 5 da Quadra 7, denominado Jardim Europa, de matrícula n. 11.343 do CRI de Dourados) de propriedade da entidade conjugal penhorado nos autos da ação de execução (proc. n. 002.97.006887-6) que o embargado move em desfavor de seu esposo; c) trata-se o referido imóvel de sua residência, onde reside com sua família a mais de 18 (dezoito) anos, sendo que a edificação foi construída em cima de dois lotes contíguos (lote 7 de matrícula n. 11.342 e lote 5 de matrícula n. 11.343); d) apesar de o imóvel penhorado ter matrícula autônoma, o mesmo é impenhorável, por ser bem de família, nos termos do art. 1º da Lei n. 8.009/90, tendo em vista que, durante a construção do prédio residencial, não foi respeitado o limite divisório entre os dois imóveis, de forma que a cozinha, sala de jantar, garagem e outras dependências encontram-se edificadas sobre o imóvel penhorado.

Diante disso, requereu a concessão de medida liminar, com intuito de liberar o imóvel da constrição judicial, e, no mérito, a procedência dos embargos, confirmando a liminar.

Depois de indeferido o pedido de liminar, ofertada impugnação aos embargos e apresentada manifestação a essa impugnação, sobreveio a sentença, em que o magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido inicial, decisão que ora se recorre.

A meu ver, merece parcial provimento o recurso.

Preliminar.

A apelante suscita preliminar de nulidade da sentença sob a alegação de que o juiz singular deixou de apreciar o seu pedido de realização de perícia judicial, a qual, segundo ela, era necessária para esclarecer se o imóvel penhorado constituía ou não prolongamento de sua residência.

Sem razão, porém.

Tanto na ação executiva, conforme relatou o juízo às f. 28, quanto nestes embargos existem documentos suficientes para a instrução do processo e para a formação do convencimento motivado do juiz a respeito da matéria, sendo desnecessária a produção da prova pericial.

Com efeito, uma vez que o juiz é o destinatário das provas, cabe-lhe indeferir aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, 'a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes da decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar em cercamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide' e que 'o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao contatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento (Resp n. 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17.5.99). (AgRg no Ag n. 605.552 SP, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 3.2.2005).

Assim, afasto a prefacial.

Mérito.

Compulsando os autos, verifica-se que o bem penhorado compreende um *"lote de terreno determinado pelo n. 5 da quadra n. 7, situado no loteamento denominado Jardim Europa, zona urbana desta cidade, com 512m²,* [...]", conforme auto de penhora, depósito e avaliação de f. 22 e matrícula de f. 23.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a lei que disciplina a impenhorabilidade do bem de família deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina (LICC, art. 5º). Sob esse enfoque, a impenhorabilidade do bem de família visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo.

Com efeito, aferido que a família reside no imóvel, impõe-se exegese humanizada, à luz do fundamento da república voltado à proteção da dignidade da pessoa humana, por isso que expropriar em execução significa o mesmo que alienar bem de família.

O professor Lourival Silva Cavalcanti, em artigo publicado na Revista Jurídica Ius Vivens, da Universidade Católica Dom Bosco (ano 1, n. 1, 1998, p. 114-5), dá-nos uma noção sobre a impenhorabilidade do bem de família para a Lei n. 8.009/90. Assim:

> Excluindo os veículos de transporte, as obras de arte e os adornos suntuosos (art. 2°), a impenhorabilidade abrange 'o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou imóveis que guarnecem a casa, desde que quitados'. (art. 1°, parágrafo único).

A finalidade precípua da lei, segundo afirma, é a subtração de parte do patrimônio familiar ao comércio jurídico, com justificativa, também, no relevante valor social de proteção a essa entidade, considerada a célula-mater da sociedade.

Desse modo, admite-se a possibilidade de penhora de parte de bem de família quando, em razão das peculiaridades da hipótese, não implicar em descaracterização do imóvel ou prejuízo para a área residencial.

Entretanto, não é o que se constata pelo já mencionado auto de penhora, depósito e avaliação de f. 22, donde se extrai que "*No referido imóvel encontra-se edificado um telheiro com 120,06m² e garagem com 30,25m²*".

Verifica-se, portanto, que o imóvel é constituído de apenas 512m² e sobre ele há uma edificação que somam 150,28m², o que corresponde a quase 30% da área total do imóvel. Assim, caso seja alienado esse imóvel, por certo que implicará descaracterização do bem, e mais, implicará nítida ofensa ao metaprincípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), assim como à função social da propriedade e ao lazer da família.

Corroborando tal entendimento, eis os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> Civil e processo civil. Recurso especial. Bem indivisível. Fração de imóvel impenhorável. Alienação em hasta pública. Possibilidade.
>
> - A impenhorabilidade da fração de imóvel indivisível contamina a totalidade do bem, impedindo sua alienação em hasta pública.
>
> - A Lei n. 8.009/90 estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família com o objetivo de assegurar o direito de moradia e garantir que o imóvel não seja retirado do domínio do beneficiário. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 507618/SP, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ de 22.5.2006, p. 192).
>
> PROCESSO CIVIL – IMPENHORABILIDADE – BEM DE FAMÍLIA – INVIABILIDADE DE FRACIONAMENTO DO IMÓVEL – REEXAME DE PROVA – SÚMULA 7/STJ – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – INEXISTÊNCIA – CONTEXTO FÁTICO DIVERSO.
>
> 1. A impenhorabilidade do bem de família, trazida pela Lei n. 8.009/90, se estende ao imóvel em que se encontra a residência familiar, nos termos do art. 1º, parágrafo único da lei. O fracionamento do imóvel para efeito de penhora, que a princípio se admite, se afigura inviável no presente caso, conforme atestaram as instâncias ordinárias.
>
> 2. Não se admite o recurso especial amparado em pressuposto fático diverso do revelado pelos juízos ordinários, cuja constatação dependa do reexame do conjunto fático-probatório, a teor do que dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do STJ.
>
> 3. Dissídio jurisprudencial não verificado.
>
> 4. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 510643/DF, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 30.5.2005, p. 383).

Também nesse sentido, já tive oportunidade de decidir, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE DESMEMBRAMENTO DO IMÓVEL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Merece reforma a sentença que admite a penhora de parte do imóvel quando impossível o seu desmembramento sem descaracterizá-lo.

De acordo com o artigo 515, § 3º, do CPC, é possível ao tribunal julgar o mérito da ação ao prover o recurso de apelação contra a sentença que indeferiu a petição inicial. (AC n. 2004.010974-1, Campo Grande, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 22.5.2007).

Em razão do exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para acolher os embargos de terceiro opostos por Arenil Carneiro da Silva em face da execução que o Município de Dourados ajuizou em face de Walter Brandão da Silva, tornando insubsistente a penhora realizada sobre o imóvel descrito às f. 23 destes autos e invertendo os ônus da sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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, 11 de maio de 2010.

***

Apelação Cível n. 2007.011262-9 - Terenos
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – TRANSPORTE DE CARGA – ROUBO DA CARGA – FORÇA MAIOR – FATO INEVITÁVEL – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Rejeita-se a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade se a recorrente demonstra a contento os fundamentos de fato e de direito que embasam o seu inconformismo e se a recorrida pode exercer de forma plena o exercício do direito de defesa que lhe é garantido.

Diante das circunstâncias do caso específico, o roubo da carga, como motivo de força maior, tornou-se inevitável, motivo que exclui a responsabilidade da transportadora e da empresa encarregada de monitorar o veículo.

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 afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 30 de março de 2010.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Frigorífico Peri Ltda. interpõe recurso de apelação cível contra sentença que julgou improcedente o pedido inicial formulado na ação de reparação de danos que move em face de Transvan – Transportes de Cargas Ltda. e Empresa de Transportes Torlim Ltda.

Alega que não se está diante de fato costumeiro de roubo de carga, e sim de empresas que, apesar de contratadas para evitar o acontecimento do roubo, agiram de maneira culposa.

Aduz que, uma vez que não foi efetuado o travamento da porta do baú, pois a trava estava estragada, e que este travamento só poderia ser desfeito via satélite, no ato de entrega da mercadoria, o qual dificultaria a ação dos bandidos, mormente porque, com o destravamento do baú antes do destino final, a monitoradora e ora apelada Torlim teria visto o sinal deste ato, hipótese que, certamente, tomaria uma providencia imediata, bem como que cabia a apelada Transvan realizar o devido conserto da trava inoperante, esta recorrida agiu de maneira negligente, prestando um serviço de maneira inadequada.

Argumenta que a apelada Torlim, mesmo depois de verificar que o veículo ficou parado e com a ignição ligada por mais de 52 (cinquenta e dois) minutos, que houve a indicação de "desconhecida" da ignição e que o Posto Bizungão, onde se encontrava o caminhão às 5h47min26seg, fica antes do Posto 7 Maristela, onde o mesmo se encontrava às 4h17min52seg, ou seja, que ocorreu o retorno do caminhão, não notou nenhuma irregularidade, nem tomou qualquer providência, agindo de maneria culposa.

Requer o recebimento do recurso e o seu provimento, com a reforma da sentença, para julgar procedente o pedido inicial, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Apenas o recorrido Transvan apresentou contrarrazões, em que suscita preliminar de não-conhecimento do recurso, por ofensa ao princípio da dialetalidade, e, no mérito, pugna pelo improvimento do apelo, a fim de que seja mantida a sentença.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Colhe-se dos autos que o Frigorífico Peri Ltda. ajuizou ação de reparação de danos contra a Transvan – Transportes de Cargas Ltda. e a Empresa de Transportes Torlim Ltda., alegando, em suma, que: a) no dia 1º.7.2002, contratou os serviços de transporte de carga prestados pela empresa Transvan, referente as cargas de carne descriminadas na petição inicial e cujo destino final eram algumas empresas do interior do Estado de São Paulo; b) no Km 225 da Rodovia Castelo Branco o caminhão de transporte foi abordado por assaltantes armados, os quais tomaram posse do veículo; c) o caminhão foi encontrado estacionado no pátio de um posto situado no município de Pratânia-SP, mas sem a mercadoria que transportava; d) contratou os serviços da Transvan porque ela possuía um sistema de proteção de rastreamento via satélite, cujo monitoramento é realizado pela empresa Torlim, que recebe o sinal via satélite da empresa AutoTrac; e) a empresa Torlim, mesmo depois de verificar que o veículo ficou parado e com a ignição ligada por mais de 52(cinquenta e dois) minutos, não notou nenhuma irregularidade, nem tomou qualquer providência; f) a culpa da empresa Transvan foi *in eligendo* e da empresa Torlim *in vigilando*.

Por isso, requereu a condenação das rés, solidariamente, no pagamento dos prejuízos que experimentou (R$ 22.265,96).

No decorrer do trâmite processual foi decretada a revelia da empresa Torlim, ofertada contestação pela empresa Transvan, colhidos alguns depoimentos de testemunhas e apresentadas as alegações finais pelas partes. Em seguida, sobreveio a sentença, em que o magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido inicial, condenando a autora no pagamento dos encargos sucumbenciais, decisão que ora se recorre.

Preliminar de não conhecimento do recurso.

A invocação de ofensa ao princípio da dialetalidade, feita pela empresa ré Transvan nas contrarrazões, não tem razão de ser.

Como visto no relatório, a petição do recurso da autora satisfaz as exigências do artigo 514 do Código de Processo Civil, notadamente quando apresenta os motivos pelos quais deseja ver reformada a sentença, bem assim quanto ao pedido que delimita o âmbito de devolutividade da irresignação.

Aliás, tanto é verdade que a apelada Transvan bem entendeu o propósito da apelante, elaborando as suas contrarrazões sem dificuldade alguma.

Por tais razões, fica rejeitada a prefacial.

Mérito.

Inicialmente, vale observar que após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença "como suporte do acórdão que a confirme", nos termos da remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag n. 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006 e publicado no DJ de 29.5.2006, p. 230.

Desse modo, depois de compulsar detidamente os autos, cheguei à conclusão de que a sentença merece ser mantida por seus próprios fundamentos, tendo em vista que o juiz de primeira instância bem analisou as provas e, com propriedade, aplicou o direito à espécie, motivo pelo qual, e, para não incorrer em tautologia, utilizo os fundamentos expostos na decisão como forma de decidir:

> Nesta ação a pretensão de indenização por danos materiais está direcionada à responsabilização solidária de duas empresas que atuam no ramo de transporte de cargas: A Transvan, que aparece na relação contratual de transporte com o frigorífico remetente e a Torlim, que teria com esta transportadora uma obrigação de monitoramento do veículo com base no rastreamento feito por uma terceira empresa que oferece informação da movimentação do veículo, via satélite.
>
> O suporte fático descrito na Inicial é o seguinte: no dia 1.7.2002 o frigorífico Peri de Terenos/MS contratou o serviço de transporte da primeira demandada (Transvan) para que entregasse a carga de carne bovina a um frigorífico de Pirapozinho/SP. O motorista do caminhão parou em um posto para abastecer e, quando seguiu viagem e atingiu o quilômetro 225 da Rodovia Castelo Branco, entre quatro e quatro e meia da manhã, foi abordado por assaltantes que, armados, utilizando-se de uma caminhonete S-10 e de um Fiat Fiorino, assumiram o controle do veículo, sempre em movimento. O caminhão foi encontrado no estacionamento do pátio do Posto Agip no município de Pratânia/SP, mas a sua carga havia sumido. O veículo estava dotado de equipamento de monitoramento da empresa Torlim, que recebe o sinal de satélite da empresa Autotrac que transmite dados de rastreamentos que possibilitam acompanhar os movimentos e paradas na rota seguida pelo veículo de transporte. O documento com o histórico de posições do veículo, fornecido pelo serviço de rastreamento, informa que o caminhão ficou parado no Km 9.57 SE do Posto Maristela 7, das 04:17:52 horas até as 05:09:36 horas (52 minutos) com a ignição ligada.
>
> [...]

A Empresa de Transportes Torlim foi declarada revel, mas o efeito de presunção de concordância com os fatos alegados não deve ser aplicado imediatamente. É que não se fez prova da existência do vínculo contratual e do conteúdo dos direitos/deveres existentes entre esta e a Transvan Transportes de Cargas. Há apenas indícios de uma relação cooperativa oferecidos com o documento da fl. 21 – Histórico de posições do veículo HQI 5265 – em que há uma referência a 'Conta Torlim', e, também, indícios no termo do Boletim de Ocorrência de Veículo e Carga, lavrado pela Delegacia de Polícia de Pratânia/SP no dia 2.7.2002, em que consta que 'o veículo era rastreado por satélite como veículo agregado a frota de caminhões da empresa Amambay atendida pela firma de rastreamento Autotrack'.

A relação contratual de transporte entre o Frigorífico remetente e a empresa Transvan de transportes de cargas é incontroversa, apesar de a nota fiscal especificadora da mercadoria indicar, como transportadora, a empresa Transpato Ltda com seu caminhão placa HQI 5265.

No caso em espécie, a demandada Transvan alega escusativa. Afirma que o não-cumprimento da prestação decorreu de fato de outrem, com característica de força maior, sendo inexigível conduta diversa do motorista do caminhão. Em contra-ponto, afirma a demandante que houve negligência: a porta do caminhão não foi travada à distância porque estava corroída, estragada pelo tempo de uso, por omissão da Transvan. Também, a Torlim monitorou o caminhão, mas deixou de comunicar a paralisação do veículo à autoridade policial mais próxima, omitindo de adotar a medida que poderia evitar o roubo da carga.

Esta a controvérsia dos autos.

Para a compreensão dos fatos, a doutrina e a jurisprudência são acordes neste sentido: a responsabilidade do transportador é objetiva. Para a sua configuração, basta a constatação da presença do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano dela resultante, não entrando em causa a investigação do elemento subjetivo do comportamento – dolo ou culpa do transportador. Assim, uma vez verificado esse nexo, a responsabilidade do causador do dano somente poderá ser elidida pela verificação da culpa exclusiva do remetente ou por ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

Se é hegemônica a compreensão da responsabilidade objetiva do transportador de cargas, também é pacífico o consenso que afirma ser o roubo de carga um motivo de força maior (farta a jurisprudência do STJ nesse sentido). A interface que distingue entre uma e outra dessas configurações jurídica está preenchida pela idéia de dispensabilidade ou de ausência mesmo do elemento subjetivo da conduta como causa da inexecução da obrigação assumida. Em jogo, a aferição da imputabilidade da responsabilidade por perdas e danos, com suas direções inversas numa e noutra situação. A responsabilidade objetiva é um atalho para a transformação da obrigação em responsabilidade. A força maior, um atalho para a extinção da obrigação, com escusação que exonera o devedor da prestação não cumprida.

Na espécie, o ponto de partida está fixado pela regra: o transportador deve responder pelos prejuízos decorrentes da inexecução do contrato, em razão dos riscos inerentes à sua atividade, independente da aferição de dolo ou de culpa. Essa regra comporta exceções, dentre estas a que suscita à sentença apreciar neste momento: o motivo de força maior.

Investigar o acaso como causa de inexecução da obrigação significa, na prática, focar a culpa, ou melhor a inexistência de culpa, porque a força maior é um conceito meramente negativo, na medida em que exprime uma negação da culpa [Roberto de Ruggiero, **Instituições de Direito Civil**, § 97, 1. ed., vol. 3, Bookseler]. Assim, a detectação da hipótese de exoneração da responsabilidade no caso concreto implica verificar se o roubo foi um fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir [Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil,** Rio de Janeiro: Forense, v. 2].

Alega-se no pedido que o caminhão não estava com a trava da porta fechada, tal como seria dever da transportadora manter, como meio de evitar a eventualidade do roubo, que era previsível. Tanto era previsível, que o veículo estava sendo rastreado em sua rota de movimentação e em suas manobras de alteração do movimento rumo ao destino da carga. Acusa-se a segunda empresa de não ter feito o monitoramento adequado, como meio de impedir a execução do roubo: deixou de acionar a polícia durante o tempo de 52 minutos em que o caminhão permaneceu estacionado no pátio de um posto de combustível.

O roubo, praticado por assalto ao caminhão quando em movimento na estrada, em horário de pouca movimentação, foi um fato praticado por quatro pessoas fortemente armadas, que utilizaram dois veículos, um dos quais para manter o motorista do caminhão imobilizado e incomunicável durante todo o tempo que o seu veículo esteve sob domínio exclusivo dos assaltantes. Nestas condições, fica evidenciado que a situação criada pelo ato de força dos bandidos constituiu uma barreira intransponível, impeditiva da continuidade da viagem para a entrega da carga. Isto porque não seria razoável exigir que o condutor do caminhão opusesse resistência aos assaltantes, colocando em risco a sua própria vida. Não é crível que a trava da porta do caminhão, em funcionamento, representasse obstáculo intransponível à ação dos bandidos. O acesso à boléia e ao controle do veículo, bem como o acesso à carga seriam apenas dificultado, caso o roubo fosse feito por apenas um assaltante. De um lado, porque os vidros que vedam a cabine do caminhão são frágeis. De outro, porque não seria por causa da trava que o acesso à carga seria evitado, considerado o tempo durante o qual o veículo esteve em poder dos bandidos. Portanto, nesse ângulo da focagem, temos um fato necessário, estranho ao poder do motorista ou da empresa a que este prestava o serviço de transporte, cuja finalidade era a de impedir que a obrigação fosse cumprida, independente da vontade do transportador.

O motorista relata que esteve sob o domínio dos bandidos durante cerca de duas horas. O assalto se deu por volta das 4h30 e a sua libertação por volta das 06h30. O histórico de rastreamento do veículo HQI 5265 revela que entre 04h17 e 05h09 o caminhão esteve em posição estacionária a 9.57 km do Posto 7 Maristela, com ignição ligada. Alega-se nas razões de pedir que a monitoração do veículo funciona como um cuidado especial para evitar o roubo da carga e que a empresa negligenciou nesse dever, possibilitando o evento danoso.

O foco sobre a prova revela que uma das testemunhas, referindo-se ao monitoramento feito por outra empresa de transporte, informa que o acompanhamento ou observação das posições é feito de dez em dez minutos. Por outro lado, o preposto da empresa afirma que o monitoramento do caminhão sinistrado era feito de hora em hora e que, se a empresa remetente, se quisesse, poderia fazer também a vigilância e o acompanhamento da dinâmica do veículo em seu itinerário. Não foi juntado ao processo o conteúdo do contrato celebrado entre as partes. De sorte que é impossível à sentença aferir se houve transgressão do dever na parte em que se fez a monitoração do veículo, relativamente ao intervalo de verificação do rastreamento das posições e do estado de funcionamento do veículo.

Finalmente, o rastreamento e a respectiva monitoração não são recursos técnicos idôneos ou aptos a prevenir ou evitar eventos danosos, como o roubo de carga de caminhão. Funcionam, apenas, como técnica de gerenciamento de riscos. Visam à redução dos riscos, pelo planejamento estratégico. É verdade que possibilitam o acionamento da polícia em

> circunstância duvidosa ou estranha, como o estado de paralisação do veículo fora do respectivo plano de viagem. Mas não é garantia de que a polícia atenda prontamente à solicitação e nem de que – atuando – obtenha êxito em deter a ação dos bandidos.
>
> Está a sentença, pois, diante de um fato necessário e inevitável, cuja ocorrência não pode ser imputada à responsabilidade dos demandados. O roubo da carga, como motivo de força maior, exonera o devedor do cumprimento de sua prestação." (F. 107-11). Destaques no original e por mim realizado.

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita a anulação da decisão recorrida ou a modificação da conclusão do juízo *a quo*.

Apenas para reforçar o que entendimento acima exposto, colaciono alguns julgados do STJ nesse sentido:

> CIVIL. INDENIZAÇÃO. TRANSPORTADORA. ROUBO DE CARGA. FORÇA MAIOR.
>
> O roubo de carga durante o transporte constitui força maior a isentar de responsabilidade a transportadora. (AgRg no Ag n. 686.845/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 3.10.2006, DJ 23.10.2006, p. 303).
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ARTS. 159 E 1.521 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. ENUNCIADO N. 7/STJ. ROUBO DE CARGA. EVENTO DE FORÇA MAIOR. PRECEDENTES.
>
> [...]
>
> A jurisprudência desta Corte é assente quanto ao entendimento de que o roubo de carga durante o transporte constitui evento de força maior, excluindo, por conseqüência, a responsabilidade da transportadora. Precedentes[...] (AgRg no REsp n. 703.866/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 13.9.2005, DJ 13.2.2006, p. 822).

Dispositivo.

Em razão do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE AFASTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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, 30 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2007.010149-9 - Dourados
Primeira Turma Cível
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ILEGITIMIDADE ATIVA – AFASTADA – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE ICMS DE ENERGIA ELÉTRICA E TELEFONIA FIXA POR SER ENTIDADE DE UTILIDADE PÚBLICA – ACOLHIDA – RECURSO PROVIDO.

A titularidade processual decorre da titularidade do direito material (art. 6º do CPC) e, portanto, quem suporta o peso econômico do ICMS em energia elétrica e telefonia é o consumidor, de forma que é ele que tem legitimidade para discussão a respeito de tal cobrança, já que é ele que figura no direito material.

Se a lei tem a característica da imperatividade e o ato administrativo da presunção de veracidade, e se ambos declaram que a apelante/autora é entidade assistencial de utilidade pública, então, este fato deve ser aceito diante da inexistência de prova em sentido contrário e por via de consequência, deve lhe ser concedida imunidade tributária da alínea "c" do inciso VI do art. 150 da CF/88.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de abril de 2010.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Associação Beneficente Douradense – Hospital Evangélico, irresignada com a decisão do Juiz da 6ª Vara de Cível (f. 756-773) que na ação ordinária declaratória de reconhecimento de imunidade tributária proposta pela apelante em face da apelada julgou improcedente o pedido, apela a este Tribunal.

Associação Beneficente Douradense – Hospital Evangélico traz como pretensão recursal as seguintes teses (f. 779-804): I – Reforma da decisão monocrática para julgar procedente o pedido inicial consistem na declaração de imunidade tributária retroativa a cinco anos sobre o serviço de energia elétrica e telefonia fixa, sendo ainda, declarada definitiva, eximindo a requerente do recolhimento do ICMS sobre o serviço de energia elétrica, bem como, sobre as constas telefônicas tendo em vista tratar-se de entidade beneficente sem fins lucrativos abrangida pelo favor da imunidade prevista no art. 150, VI, "c" da CF/88 e do art. 9º, IV, "c" c.c. art. 14, ambos do CTN.

O recorrido devidamente intimado (f. 814) apresentou contrarrazões às f. 817-834 manifestando preliminar de ilegitimidade ativa e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Associação Beneficente Douradense – Hospital Evangélico, irresignada com a decisão do Juiz da 6ª Vara de Cível (f. 756-773) que na ação ordinária declaratória de reconhecimento de imunidade tributária proposta pela apelante em face da apelada julgou improcedente o pedido, apela a este Tribunal.

Associação Beneficente Douradense – Hospital Evangélico traz como pretensão recursal as seguintes teses (f. 779-804): I – Reforma da decisão monocrática para julgar procedente o pedido inicial consistem na declaração de imunidade tributária retroativa a cinco anos sobre o serviço de energia elétrica e telefonia fixa, sendo ainda, declarada definitiva, eximindo a requerente do recolhimento do ICMS sobre o serviço de energia elétrica, bem como, sobre as constas telefônicas tendo em vista tratar-se de entidade beneficente sem fins lucrativos abrangida pelo favor da imunidade prevista no art. 150, VI, "c" da CF/88 e do art. 9º, IV, "c" c.c. art. 14, ambos do CTN.

Passo à preliminar.

Suscita preliminar de ilegitimidade ativa porque a responsabilidade pelo ICMS sobre telefonia e energia elétrica é das concessionárias de serviço público e, não, do consumidor final, portanto, carece de legitimidade ativa para pleitear referido pedido.

Tenho que a preliminar não deve prevalecer.

O ICMS é um imposto cuja natureza jurídica é de tributo indireto (Código Tributário Nacional, art. 166). Em outras palavras, é um tributo em que o encargo financeiro da exação é passado adiante, pela empresa fornecedora do produto ou prestadora do serviço (contribuinte de direito) ao consumidor do bem ou do serviço (contribuinte de fato).

Não há qualquer dúvida de que quem paga e suporta o peso econômico financeiro do tributo é sempre o comprador das mercadorias ou serviços tributários, e, não, a empresa fornecedora do produto, a qual apenas repassa ao Estado o imposto que cobrou do comprador ou consumidor.

Assim, nos tributos indiretos – como é o ICMS – o único que suporta, efetivamente, o ônus econômico e financeiro do tributo é o contribuinte de fato, de modo que é ele quem pode postular a cessação da cobrança ilegal ou indevida e a restituição do que foi pago indevidamente. A parte legítima é dele, sem sombras de dúvida, já que ele participa da relação de direito material posta à apreciação.

O artigo 166 do Código Tributário Nacional dispõe o seguinte:

> Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Isto é, estabelece que nos tributos indiretos, que comportam a translação do encargo econômico, a restituição somente será feita àquele que provar ter assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la. O dispositivo expressamente estabelece que a restituição somente será feita a quem prove haver assumido o encargo financeiro.

Ora, tanto o consumidor (contribuinte de fato) como o fornecedor (contribuinte de direito), um ou outro, podem provar que assumiram o encargo financeiro. É por essa razão, inclusive, que a lei não estabelece de antemão quem é o legitimado ao pedido de restituição, se o contribuinte de fato ou se o contribuinte de direito.

Evidente, então, que se há um legitimado a postular a restituição, este é unicamente aquele que suportou o encargo; e aquele que transferiu o ônus tem que estar sempre autorizado a pedir restituição por quem efetivamente o arcou.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> 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. 2. A Fazenda Estadual é parte legítima para constar do pólo passivo de ação de segurança que objetiva extirpar a cobrança do ICMS. 3. O fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização. Precedentes. 4. Recurso especial improvido. (REsp n. 838.542/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 15.8.2006, DJ de 25.8.2006, p. 335).

Portanto, a apelante, na condição de contribuinte de fato que suportou no ônus do tributo, tem legitimidade ativa para postular a restituição do montante que acredita ter sido pago indevidamente.

Rejeito a preliminar.

Passo ao mérito.

Tenho que o recurso deve ser provido.

Nesse caso posto à apreciação não há qualquer dúvida e não se prescinde de qualquer produção de provas para se aferir que a embargada é entidade assistencial e, portanto, que se enquadra na imunidade tributária da alínea "c" do inciso VI do art. 150 da CF/1988.

Isto porque, às f. 37-38 foi juntada Lei Municipal n. 713 que reconheceu a embargante como de assistência social e de utilidade pública. À f. 35 encontramos a Lei estadual n. 2.953 reconhecendo o mesmo fato.

Ora, se há leis (Lei Municipal n. 713 e Lei estadual n. 2.953) declarando a apelante como entidade assistencial, este efeito deve ser aceito. Se há lei prevendo regra de conduta ao meio social este comando imperativo deve ser fielmente cumprido pelas partes.

Isso porque, toda e qualquer lei em sentido geral tem a característica da imperatividade, em que seus efeitos devem ser, necessariamente, cumpridos, sob pena de considerarmos a lei como uma "simples folha de papel" ou "amontoados de letrinhas".

Na lição de Del Vecchio (**Filosofia Del derecho**. 13. ed. Milano, Giuffre, 1965, p. 339): "A norma jurídica é imperativa como toda norma destinada a regular o agir do homem e a orientá-lo para suas finalidades. É imperativa porque impõe um dever, um determinado comportamento".

Aproveitando ainda os ensinamentos de Maria Helena Diniz (Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 349): "*A norma é um produto de formação social. A autoridade apenas declara a norma jurídica, induzindo-a dos fatos, das relações objetivas exteriores e, uma vez declarada, ela adquire vida própria, destacando-se da vontade de quem a estabeleceu e vive acompanhando as vicissitudes da vida social, já que para reste fim existe*".

Se a lei, uma vez aprovada adquire vida própria, ela deve ser cumprida e este fato não pode ser desprezado. Portanto, não vejo como negar o enquadramento da apelante como de utilidade pública.

Corroborando aos efeitos da lei que reconhece a apelante como entidade assistencial e de utilidade pública encontramos às f. 36 e f. 805-807, declaração do Ministério da Justiça onde "Certifica que a instituição Associação Beneficente Douradense – Dourados é declarada de utilidade pública federal pelo Decreto n. 85.782".

Veja que esta declaração do Ministério da Justiça constitui ato administrativo, já que emitido pela administração pública e, portanto, goza de presunção de veracidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (**Direito Administrativo**, 10. ed., Editora Atlas, página 164) nos ensina que: "a presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência deste atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela administração".

Essa presunção nos leva a formar convicção no sentido de que se há lei e ato administrativo enquadrando a mesma como de utilidade pública é porque seus requisitos foram comprovados. Portanto, não vejo violação ao inciso VI do art. 150 da CF/88 e art. 9º, IV, "c", c.c. 14 do CTN e art. 12 da Lei Federal n. 8.742/98, mas sim, exato enquadramento nos requisitos legais e constitucionais para a aquisição de referido direito.

Veja que a incidência da presunção de veracidade sobre um ato traz conseqüências processuais enormes, porque enquanto não declarada a invalidade do ato ele permanece jorrando efeitos. Veja ainda que o ônus de agir é da parte que alega o vício, pois ele é presumido válido (veraz).

Corrobora também a entidade como filantrópica que foi proposta ação anteriormente que recebeu o n. 002.05.001228-9 para a aquisição de uma ambulância onde estes fatos foram reconhecidos. É certo que a fundamentação não faz coisa julgada por força do art. 469, II, do CPC, mas, este fato serve como código de intenções para aceitar a entidade como de utilidade pública.

Então, com base na lei e em ato administrativo, firmo entendimento no sentido de que a declaração de utilidade pública não pode ser afastada e se não pode ser afastada, então, o poder público diante da legalidade estrita que lhe é inerente (*caput* do art. 37 da CF/1988), não pode afastar esta declaração, que vem, repita-se, por força de lei e de ato administrativo.

Nem se diga que a imunidade tributária do inciso VI do art. 150 da CF/1988 abarca apenas imposto que tenha como hipótese de incidência a circulação de mercadoria e serviços, o que não inclui o ICMS sobre circulação de energia elétrica e de telefonia.

Esta alegação não prospera, com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário. Explico o porquê.

Conforme já mencionado na preliminar de ilegitimidade ativa, ainda que o ICMS seja um imposto indireto, a apelante está imune ao seu recolhimento, primeiro porque, na verdade, sendo a consumidora final, é ela, e não a concessionária, responsável em arcar com o tributo que atinge seu patrimônio, ou seja, é a contribuinte de fato, e segundo porque, uma vez que referido imposto

decorre de incidência de ICMS, a consequência natural deste fato é que os valores em razão da imunidade integrarão o patrimônio da entidade. Assim sendo, o valor não recolhido diante da benesse da imunidade reverterá, logicamente, ao patrimônio da empresa para que ati já seus fins sociais e, portanto, há incidência do fato no art. 150, VI, c, da CF.

Assim já decidiu este Tribunal:

> A Constituição Federal veda a cobrança de impostos às instituições sem fins lucrativos, devendo ser afastado do cômputo da dívida o valor correspondente ao ICMS indevidamente lançado pela concessionária dos serviços de energia elétrica nas faturas mensais (TJMS, AC n. 2004.011222-0, Rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan).

Aliás, esta distinção feita pelo apelado não tem sido aceita pelo STF. Nesse sentido consigne-se o decisum proferido pelo Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, em 25.8.2005, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 447021, *in verbis*:

> Antes de recomendar a adoção de uma interpretação que enfatize a necessidade de uma redução teleológica do art. 150, VI, c, da Constituição, a própria teleologia da disposição parece recomendar uma interpretação compreensiva do dispositivo, na linha enfatizada por Baleeiro e, mais recentemente, pelos Ministros Oscar Corrêa, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Sydney Sanches e Nelson Jobim. Trago, aqui, a jurisprudência desta Corte, sobre a imunidade tributária de entidades beneficentes, especificamente em relação ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Em reiterados julgamentos, a 2ª Turma decidiu que "não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade (REsp n. 203.755 ES, DJ 08.11.1996; REsp n. 193.969 SP, DJ 06.12.1996; REsp n. 186175, DJ 13.12.1996; REsp n. 225.671 SP, DJ 23.10.1998 e Ag n. 389.118 SP, Rel. Carlos Velloso; AgRg no REsp n. 141.670 SP, DJ 2.2.2001 e AgRg no REsp n. 237.497SP, DJ 18.10.2002, Rel. Nelson Jobim). Assim, conheço e dou provimento ao recurso (art. 557, § 1º-A, do CPC). Determino a inversão dos ônus da sucumbência. E ainda, no mesmo sentido é a jurisprudência dos nossos tribunais pátrios:

> O consumidor, embora não seja contribuinte de direito, sofre o ônus tributário (ICMS), por isso tem legítimo interesse de promover ação visando eximir-se da exação. Pedido determinado sobre relação jurídico-tributárla específica (aquisição de bens que irão formar o ativo permanente), não é inepto. Entidade educacional, sem fins lucrativos goza da imunidade do ICMS na aquisição de bens de qualquer origem (mercado interno ou externo) que irão compor o seu ativo imobilizado. O que interessa é perquirir se o bem adquirido é do patrimônio da entidade coberta pela imunidade, não se podendo aplicar critérios de classificação de impostos adotados por leis inferiores à Constituição, para restringir a finalidade a que esta visa. Precedentes do STF. Não havendo condenação e sendo vencida a Fazenda Pública, o valor da causa é apenas um dos elementos na fixação da verba honorária, nos termos do parágrafo 4º, do art. 20 do CPC. Honorária mantida eis que considerados os parâmetros legais e a qualidade do ente sucumbente. Apelo do Estado provido em parte, unânime. Improvido o recurso adesivo, por maioria. (TJRS, AC e Reex Necessário n. 70003509932, Vigésima Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Marco Aurélio Heinz, julgado em 29.5.2002).

Isso posto e demais que dos autos consta dou provimento ao recurso para acolher o pedido feito na exordial (f. 21) para julgar procedente o pedido inicial consistem na declaração de imunidade tributária retroativa a cinco anos sobre o serviço de energia elétrica e telefonia fixa, sendo ainda, declarada definitiva, eximindo a requerente do recolhimento do ICMS sobre o serviço de energia elétrica, bem como, sobre as constas telefônicas tendo em vista tratar-se de entidade beneficente sem fins lucrativos abrangida pelo favor da imunidade prevista no art. 150, VI, "c" da CF/1988 e do art. 9º, IV, "c" c.c. art. 14, ambos do CTN. Inverto o ônus da sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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, 27 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.007261-7 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – ABANDONO DA CAUSA POR MAIS DE TRINTA DIAS – ART. 267, INC. III, § 1º, DO CPC – INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE DEMANDANTE – INÉRCIA – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO – RELAÇÃO PROCESSUAL NÃO COMPLETA – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 240/STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A jurisprudência desta Corte, com base em entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que a Súmula n. 240 do STJ não se aplica nos casos de revelia, ausência de citação ou de execução não embargada, pois nestas hipóteses, como não há advogado da parte contrária constituído nos autos, estar-se-ia permitindo ao autor da demanda que abandonasse o processo pelo tempo que desejasse, o que não pode ser admitido.

Intimada a parte pessoalmente pela via postal a dar andamento ao feito e subsistindo sua inércia, deve o feito ser julgado extinto sem julgamento de mérito, aos termos do art. 267, III, do CPC.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de abril de 2010.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Banco Finasa S.A., inconformado com a sentença que extinguiu sem resolução de mérito a ação de busca e apreensão que promove contra Fábio Lima da Silva, interpõe recurso de apelação.

Sustenta o apelante que o magistrado a quo não poderia extinguir o feito, uma vez que não deixou de realizar qualquer ato que pudesse ser considerado como abandono da causa.

Assevera o recorrente que deveria ter sido aplicado o princípio da economia processual, já que a sentença recorrida se apresenta com excesso de rigor e formalismo. Alega que tem interesse no prosseguimento do feito, para a efetiva satisfação de seu crédito.

Ademais, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o julgamento pelo art. 267, inc. III, do CPC não pode ser de ofício, nos termos da Súmula n. 240, alegando que a extinção por abandono depende de requerimento do réu.

Ao final, pugna pelo recebimento, conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja anulada a sentença.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Finasa S.A., em face da sentença que extinguiu sem resolução de mérito a ação de busca e apreensão que promove contra Fábio Lima da Silva.

A meu juízo, a pretensão recursal é improcedente.

Assevera a apelante que não agiu negligentemente nem foi inerte no andamento processual, de modo que equivocada se mostra a sentença, devendo ser anulada para que o feito retome seu regular prosseguimento.

Não é o que se verifica, contudo. Conforme se constata dos autos, depois da petição de f. 44 requerendo a expedição de ofícios à Receita Federal e ao Tribunal Regional Federal, em 18.6.2009, não mais se manifestou o apelante nos autos. Intimado via DJ por seu advogado, em 31.8.2009, f. 45-46, para impulsionar o feito, quedou-se inerte (f. 47); depois, intimado pessoalmente, em 20.10.2009, f. 48-51, via AR, novamente manteve-se inerte (f. 52), ficando os autos paralisados por mais de quatro meses.

Não adianta falar que não abandonou a causa, que seria contraditório após requerer inúmeras tentativas para localização do apelado, se de fato foi o que ocorreu, pois, como visto, ficou por quase cinco meses sem qualquer atuação no feito, sendo, inclusive intimado pessoalmente e advertido das consequências de sua inércia.

Sendo assim, caracterizada a situação descrita no inciso III, do art. 267, do CPC, de modo que a magistrada singular agiu corretamente, não merecendo retoques sua decisão.

No que se refere à alegação de que a extinção por abandono, além de requerer a intimação prévia da parte autora, depende de requerimento da parte demandada, conforme Súmula n. 240 do STJ, também não merece acolhimento.

O art. 267, III, do CPC prevê a extinção do processo, sem julgamento do mérito, "quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de trinta (30) dias". Por sua vez, o § 1º, de tal dispositivo, determina que, antes de extinguir a demanda, deve ser a parte autora intimada, pessoalmente, para dar andamento ao feito, no prazo de 48 horas.

Vencidas às 48 horas da intimação e perdurando a inércia do demandante, o processo será declarado extinto sem julgamento do mérito, exatamente como ocorreu. Nesse espaço, porém, a parte poderá praticar o ato necessário ao prosseguimento, ou requerer ao juiz que o determine, se não estiver ao seu alcance, ou não lhe incumbir a sua realização.

Com relação à necessidade de requerimento do réu, como pressuposto da extinção do processo por inércia do autor, em sede de ação em que não foi completada a relação processual, como é o caso dos autos, é dispensável tal ato. O próprio Superior Tribunal de Justiça tem deixado claro que o entendimento consubstanciado na Súmula n. 240 não se aplica em caso de revelia, de ausência de citação do réu ou de execução não embargada, pois, nessas hipóteses, não tendo

o requerido constituído advogado nos autos, não acompanha o andamento processual, de modo que não se pode permitir que o autor abandone o processo pelo tempo que desejar, podendo-se, então, extinguir o feito de ofício.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ARRENDAMENTO MERCANTIL. ABANDONO DA CAUSA. CITAÇÃO DOS RÉUS NÃO CONFIGURADA. REEXAME DOCUMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. SÚMULA N. 240-STJ. HIPÓTESE DIVERSA. CPC, ART. 267, III, § 1º. INTIMAÇÃO PESSOAL DO AUTOR EFETUADA. EXTINÇÃO. I. Se a relação processual litigiosa não se instaurou, porque o Tribunal estadual, no concernente ao exame de documento extrajudicial, considerou o mesmo inaproveitável para firmar a ocorrência de citação dos réus, descabida é a invocação da Súmula n. 240 do STJ, bem como da revelia, eis que o pressuposto básico a tanto – a integração dos réus ao processo – está ausente. II. Intimada pessoalmente a parte a promover os atos necessários ao andamento do processo, nos termos do art. 267, III, parágrafo 1º, do CPC, a extinção da lide é conseqüência da sua omissão, aqui verificada. (STJ, REsp n. 440.813/ES, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 25.8.2003).

Pacífico também é o entendimento desta Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – ART. 267, III, C.C. O § 1º, DO CPC – INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE – PESSOA JURÍDICA – EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO COM AVISO DE RECEBIMENTO – RELAÇÃO PROCESSUAL NÃO COMPLETADA – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 240 DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Extingue-se o processo sem resolução de mérito se a parte, intimada pessoalmente por meio de ofício, com aviso de recepção, não dá andamento ao feito em 48 horas, a teor do art. 267, III, do CPC. O Superior Tribunal de Justiça tem deixado claro que o entendimento consubstanciado em sua Súmula n. 240 não se aplica em caso de revelia, de ausência de citação do réu ou de execução não embargada, pois, nessas hipóteses, não tendo o requerido constituído advogado nos autos, não acompanha o andamento processual, de modo que não se pode permitir que o autor abandone o processo pelo tempo que desejar, podendo-se, então, extinguir o feito de ofício. (AC n. 2009.001019-4, Quinta Turma, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 12.2.2009).

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – ART. 267, III C.C. § 1º, DO CPC – INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO – RELAÇÃO PROCESSUAL NÃO COMPLETADA – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 240 DO STJ – RECURSO NÃO PROVIDO. O STJ tem esclarecido que o entendimento consubstanciado na Súmula 240 do STJ não se aplica nos casos de revelia, ausência de citação ou de execução não embargada, pois nestas hipóteses, como não há advogado da parte contrária constituído nos autos, estar-se-ia permitindo ao autor da demanda que abandonasse o processo pelo tempo que desejasse, o que não pode ser admitido. (AC n. 2009.006336-0, Quarta Turma, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 14.4.2009).

Assim sendo, incensurável se apresenta a sentença criticada, devendo ser mantida por estar de acordo com o entendimento pacífico desta Corte e da Corte Superior de Justiça.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto, 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.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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, 27 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.007723-9 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – PRESCRIÇÃO – 5 ANOS – ART. 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – OCORRÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

É de cinco anos o prazo prescricional para a propositura de ação visando à cobrança de mensalidades escolares, nos termos do disposto no art. 206, § 5º, I, do Código Civil de 2002.

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.

Campo Grande, 27 de abril de 2010.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP, não se conformando com a sentença que extinguiu o processo, com fulcro no art. 269, IV, do Código de Processo Civil, nos autos da ação monitória que move em desfavor de Antônio Carlos Corrêa Júnior, interpõe o presente recurso no qual sustenta que se o Novo Código Civil não fixou prazo prescricional para a cobrança de créditos oriundos da prestação de serviços educacionais, a norma a ser aplicada deve ser a geral do art. 205 do Novo Código Civil, que fixa em 10 anos a prescrição, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para cassar a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para o regular processamento do feito.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Versam os autos sobre ação monitória proposta pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal – UNIDERP em desfavor de Antônio Carlos Corrêa Júnior objetivando o recebimento de mensalidades referentes a contrato de prestação de serviços educacionais.

O magistrado sentenciante, entendendo que transcorrido o prazo de mais de 5 anos sem que tenha sido implementada a citação, decretou a prescrição e, consequentemente, extinguiu o processo com fulcro no art. 269, IV, do Código de Processo Civil, pois, a seu ver, aplica-se o disposto no art. 206, § 5º, I, do Novo Código Civil.

A recorrente, por sua vez, entende que o prazo aplicável à espécie é o de dez anos a que faz alusão o art. 205 do Código Civil em vigor.

A meu sentir, razão não lhe assiste.

O Código Civil de 2002 não mais faz menção específica quanto ao prazo prescricional para a cobrança de mensalidades escolares não pagas, como fazia o Código Civil de 1916 em seu art. 178, § 6º, VII.

Assim, para as ações cujo contrato foi firmado após a vigência do Código Civil, como no caso em tela, aplicar-se-á o disposto no seu art. 206, § 5º, I, que estabelece ser de cinco anos o prazo prescricional para a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de contrato público ou particular.

Nesse sentido:

> APELAÇÃOCÍVEL–COBRANÇA–PRESTAÇÃODESERVIÇOSEDUCACIONAIS –PRESCRIÇÃO–INOCORRÊNCIA–MENSALIDADESNÃOADIMPLIDAS–AUSÊNCIA DE PROVA DE DESISTÊNCIA DO CURSO – ART.333, II, CPC – LITIGÂNCIA MÁ-FÉ – NÃO ACOLHIMENTO – RECURSO IMPROVIDO. Com o advento do Código Civil de 2002, o prazo prescricional para cobrança de mensalidades escolares insere-se no disposto no art. 206, § 5º, I, do CC/2002, segundo o qual prescreve em cinco anos a pretensão de dívidas líquidas constantes de instrumento público e particular. [...] (TJMS, AC n. 2010.001012-9, Campo Grande, Quarta Turma Cível, julgado em 9.2.2010).
>
> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COBRANÇA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS DE ENSINO SUPERIOR. MENSALIDADES ESCOLARES. PRELIMINARES. PRESCRIÇÃO E EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. REJEIÇÃO. MÉRITO. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DEVIDAMENTE RECONHECIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1- É cediço que a prescrição relaciona-se com a perda do direito à pretensão. Se a pretensão surgiu com o inadimplemento da obrigação, o qual ocorreu a partir de fevereiro/2004, desnecessária a citação do CC/16, pois inteiramente aplicável o CC/2002, visto que a obrigação foi constituída na vigência deste último, que, segundo o art. 206, § 5º, inc. I, fixa o prazo de cinco anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular. In casu, a contar das datas dos vencimentos mensais acordados (2004), não ocorreu prescrição, porquanto a ação foi ajuizada em 23.4.2007. [...] (TJDFT, AC n. 2007011041911, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Alfeu Machado, julgado em 17.12.2009, DJ 20.1.2010, p. 69).
>
> AÇÃO MONITÓRIA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS- CONTRATAÇÃO SOB A VIGÊNCIA DO CC/2002- PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - JUROS – CITAÇÃO - Como o Código Civil de 2002 ao contrário do que ocorria no Código Civil de 1916, não prevê expressamente o prazo prescricional para cobrança das mensalidades escolares, prevalece a regra preconizada em seu § 5º, do Artigo 206. [...] (TJMG, AC n. 1.0153.07.061704-5/001, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Luciano Pinto, julgado em 28.2.2008).

Logo, aplicando-se o prazo prescricional quinquenal, resta, de fato, prescrita a pretensão da autora, em que se objetiva o recebimento de prestações referentes aos meses de fevereiro a junho de 2004.

Em face do exposto, nego provimento ao presente recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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, 27 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.004578-2 - Bataguaçu
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – ARTIGO 267, IV, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – AUSÊNCIA DE TENTATIVA EFETIVA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO POR EDITAL – INVALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A notificação por edital somente pode ser aceita depois de envidados todos os esforços para a localização pessoal do devedor.

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

Campo Grande, 18 de março de 2010.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Banco Volkswagen S.A. ingressou com ação de busca e apreensão contra Supermercado Super MS Ltda., objetivando apreender o veículo descrito na inicial por inadimplemento das parcelas ajustadas. Superados os trâmites processuais, adveio sentença que julgou extinto o processo sem resolução do mérito com fulcro no art. 267, IV, do Código de Processo Civil, tendo considerado o magistrado que o requerente não demonstrou cautela em proceder à intimação pessoal do requerido, intimando-o diretamente por edital, não podendo, portanto, obter a tutela jurisdicional desejada.

Inconformado com a sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Bataguassu, o Banco Volkswagen S.A. interpôs o presente Recurso de Apelação, buscando sua reforma.

Afirma o apelante que não é necessário o envio de notificação do devedor em seu endereço mediante AR para que haja comprovação da mora, principalmente porque fora notificado via edital, pelo Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

O recorrente fundamenta seu recurso no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69, afirmando que a sentença deve ser reformada para determinar o prosseguimento da ação de busca e apreensão.

Contrarrazões aforadas às f. 128-138.

VOTO (EM 11.3.2010)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Volkswagen S.A. objetivando a reforma da sentença que julgou extinto o feito sem a resolução do mérito, por falta de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, com fulcro no art. 267, IV, e 459, segunda parte ambos do CPC.

Conforme se extrai da sentença de f. 31-35, o magistrado a quo entendeu que o ora apelante, não cumpriu as exigências determinadas e, em razão disso, extinguiu o processo sem a resolução do mérito, *in verbis*:

> Para que a instituição financeira possa se utilizar da via processual da busca e apreensão de veículos, necessária se faz a comprovação de constituição em mora da parte devedora, a qual deve ser prévia à propositura da demanda, sob pena de faltar elemento de constituição válida e regular do processo. [...]
>
> Todavia, da análise dos documentos que acompanham a inaugural, verifico que a parte ré possui endereço certo, tendo em vista que houve o requerimento de citação pessoal, coincidindo o endereço para o cumprimento deste ato com aquele que consta do contrato.
>
> Em assim considerando, é injustificável que a intimação do protesto tenha se dado por meio de edital, sem que o autor tenha diligenciado no sentido de que esta intimação se desse pessoalmente.
>
> Não há qualquer prova nos autos a demonstrar que o demandante tenha se acautelado em preceder à intimação pessoal. Por tais razões, não há que se reconhecer a mora da parte demandada, a ensejar o ingresso com a presente medida judicial por parte da instituição financeira, conforme determina a Súmula 72 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. [...]
>
> O Decreto-lei n. 911/69 já é por demais rigoroso para com o fiduciante, não podendo a interpretação das normas legais seguir o mesmo raciocínio, admitindo-se uma intimação ficta quando há endereço certo a localizar a parte devedora. É muita comodidade para quem dispõe de uma estrutura invejável, como é o caso do autor.

É sabido que a mora do devedor é pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo de Busca e Apreensão, conforme já dito em sentença, entendimento este consolidado pelo STJ, consoante orientação da Súmula n. 72.

Com isso, entendo por manter a sentença recorrida, pois, nos termos da fundamentação apresentada, o apelante não comprovou que notificara o apelado, o que era indispensável para cumprir a exigência legal de constituição em mora.

O art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 911/69, dispõe que a mora decorre do simples vencimento do prazo para pagamento do bem garantido, e, neste sentido, pode ser comprovada por carta registrada expedida por Cartório de Títulos e Documentos, ou pelo protesto do título, a critério do credor.

Porém, o art. 15 da Lei n. 9.492/97, que define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívidas e dá outras providências, orienta, *in verbis:*

> Art. 15. A intimação será feita por edital se a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida, sua localização incerta ou ignorada, for residente ou domiciliada fora da competência territorial do Tabelionato, ou, ainda, ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante.

No caso dos autos, deveria o recorrente ter tido a cautela de promover a notificação no endereço do devedor, comprovando, assim, o esgotamento de todos os meios de tentativa de notificação pessoal antes de realizar a notificação por edital.

Com isso, por não haver o apelante demonstrado o envio da notificação ao endereço do recorrido, não há razão para que a notificação da mora seja feita por edital, principalmente se este possui endereço certo.

Em casos análogos, assim tem decidido este E. Tribunal de Justiça/MS:

> EMENTA – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MORA DO DEVEDOR – DEVEDOR COM ENDEREÇO CERTO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL – PROTESTO VIA EDITAL – MEDIDA EXCEPCIONAL – MORA NÃO CARACTERIZADA – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO – INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Nos termos do artigo 3º, caput, do Decreto-Lei n. 911/69, a realização de notificação extrajudicial ou de protesto e sua comprovação é um dos requisitos de desenvolvimento válido e regular de processo desse naipe, e todos os documentos mencionados no referido decreto-lei, devem acompanhar a petição inicial. A notificação para constituir em mora o devedor, via edital, somente é admitida em situação especialíssima, quando demonstrado que, apesar dos esforços do credor, o devedor não foi encontrado no endereço constante do contrato de alienação fiduciária. (TJMS, AC n. 2009.026934-0, Costa Rica, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 18.11.2009).

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO COM PEDIDO LIMINAR – DECRETO-LEI N. 911/69 ART. 2º, § 2º – CONSTITUIÇÃO EM MORA – AUSÊNCIA DE TENTATIVA EFETIVA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO POR EDITAL – INVALIDADE – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (TJMS, AC n. 2009.020508-5, Dourados, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, julgado em 20.8.2009).

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONSTITUIÇÃO EM MORA – NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR – NECESSIDADE - PROTESTO POR EDITAL – POSSIBILIDADE APENAS DEPOIS DE ESGOTADOS TODOS OS ESFORÇOS PARA A LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR – INADMISSIBILIDADE NO CASO – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO – INDEFERIMENTO DA INICIAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Nos contratos de alienação fiduciária, a notificação pessoal do devedor é pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, sendo indispensável sua comprovação. A notificação por edital somente pode ser aceita depois de envidados todos os esforços para a localização pessoal do devedor, o que não ocorreu *in casu*. Recurso conhecido e improvido. (TJMS, AC n. 2009.012852-5, Ponta Porã, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 9.6.2009).

Diante do exposto, sem mais delongas, entendo que a sentença recorrida de f. 31-35 não merece reparos, portanto, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Revisor)

Acompanho o relator.

Adiada a conclusão do julgamento em face do pedido de vista formulado pelo Vogal, Des. Vladimir Abreu da Silva, após o Relator e o Revisor IMPROVEREM O RECURSO.

VOTO (EM 18.3.2010)

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

Divirjo do voto do eminente relator nos termos que passo a expor:

Verifica-se que o apelado foi constituído em mora mediante protesto do título, constando no instrumento que sua notificação deu-se por edital.

A notificação foi realizada pelo Cartório do Primeiro Ofício de Notas, Protesto, Registro de Imóveis, Títulos, Documentos e Pessoas Jurídicas da Comarca de Bataguassu, em observância ao que prescreve o artigo 15, da Lei Federal n. 9.492, de 10 de setembro de 1997, *in verbis*:

> Art. 15. A intimação será feita por edital se a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida, sua localização incerta ou ignorada, for residente ou domiciliada fora da competência territorial do Tabelionato, ou, ainda, ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante.

A exigência contida na sentença proferida não guarda pertinência alguma, pois o fato de a notificação da apelada ter ocorrido por edital, justifica-se em qualquer uma das hipóteses previstas no aludido dispositivo.

No mesmo sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> RECURSO ESPECIAL. DESNECESSIDADE DE AUTENTICAÇÃO DA PROCURAÇÃO OU SUBSTABELECIMENTO. AFASTAMENTO DA SÚMULA N. 115/STJ. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. MEDIDA LIMINAR. CONSTITUIÇÃO EM MORA DO DEVEDOR. DECRETO-LEI N. 911/69.
>
> 1. É desnecessária a autenticação de cópia de procuração e de substabelecimento, porquanto se presumem verdadeiros os documentos juntados aos autos pelo autor, cabendo à parte contrária argüir-lhe a falsidade. Inaplicabilidade da Súmula n. 115/STJ.
>
> 2. A concessão de medida liminar em ação de busca e apreensão decorrente do inadimplemento de contrato com garantia de alienação fiduciária está condicionada tão-só à mora do devedor, que deverá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor (art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69).
>
> 3. Agravo regimental provido. (AgRg no REsp n. 992900/RS, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 6.10.2008).

> Direito civil e processual civil. Agravo no recurso especial. Busca e apreensão. Alienação fiduciária. Caracterização da mora. Precedentes. Comprovação da Mora.
>
> - A jurisprudência da 2ª Seção do STJ é pacífica no sentido de que na alienação fiduciária a mora constitui-se ex re, isto é, decorre automaticamente do vencimento do prazo para pagamento.
>
> - Na alienação fiduciária, comprova-se a mora do devedor pelo protesto do titulo, se houver, ou pela notificação extrajudicial feita por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos.
>
> Negado provimento ao agravo no recurso especial. (AgRg no REsp n. 1041543/RS, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ de 28.5.2008).
>
> PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. MORA. A mora do devedor - imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente - pode ser caracterizada pelo protesto do título ou pela notificação extrajudicial expedida por Cartório de Títulos e Documentos, entregue no endereço do devedor; se isso não aconteceu, a mora deixou de se configurar. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 963149/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 8.8.2008).

Assim, considerando que o Tabelião de Protestos goza de fé pública, não se pode levantar qualquer óbice à notificação editalícia, presumindo-se, até prova em contrário, que a devedora não foi localizada no endereço por ela declinado ou que ninguém se dispôs a receber a notificação, como certificado à f. 27.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para declarar insubsistente a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para regular prosseguimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O VOGAL.

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, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 18 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.010704-4 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINARES –AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR – NO MÉRITO – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DANOS MATERIAIS E MORAIS – DEMORA NA LOCALIZAÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO NO PÁTIO DO DETRAN-MS – AUSENTE DEVER DE INDENIZAR – RECURSO CONHECIDO – EM PARTE – E NA PARTE CONHECIDA – 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, rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de abril de 2010.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Paulo Giovani Pereira interpõe recurso de apelação (f. 83-85) em face da decisão de 1° Grau (f. 74-79) que julgou improcedente seu pedido de indenização em face de Detran-MS.

Consta dos autos que o autor, ora apelante, é proprietário da motocicleta Honda Biz 125KS, ano 2006, chassi 9C2JAO4106R845051, BEM apreendido e removido ao pátio do Detran no dia 3 de abril de 2008, porquanto estacionado em local proibido; pleiteia indenização perante este Juízo, sob a alegação de que no dia 25 de junho buscou recuperar o aludido veículo e este não fora localizado no pátio do Detran, sendo a moto encontrada somente no dia 30 de junho, situação que teria lhe acarretado danos de ordem material e moral.

O juízo de instância singela julgou improcedente o pedido.

Em suas razões (f. 83-85), o apelante pugna pela reforma da sentença, alegando que houve negligência por parte do Detran-MS ao custodiar veículos e não mantê-los onde deveriam estar quando de sua restituição; afirma ser de natureza objetiva a responsabilidade da autarquia estadual.

Contrarrazões (f. 88-97), na qual aponta questões preliminares, de afronta ao princípio da dialeticidade e também de inovação da causa de pedir em sede recursal; no mérito, requer a improcedência in totum do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Pretende o apelante obter reparação pelos prejuízos supostamente sofridos, de ordem material e moral, decorrentes da apreensão da motocicleta de sua propriedade, e não localizada no pátio do Detran-MS, em Campo Grande, no período compreendido entre 25 a 30 de junho de 2008.

Os pedidos foram julgados improcedentes, situação que ensejou o presente recurso.

DA SUPOSTA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE

Em que pese não ser o recurso intentado dotado de primor técnico, não se pode olvidar que o apelante demonstrou seu inconformismo com a r. sentença, apontando o que entende por desacerto da decisão recorrida.

O princípio da dialeticidade, segundo a lição de Araken de Assis (*in* Manual dos Recursos. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 98):

> O fundamento do princípio da dialeticidade é curial. Sem cotejar as alegações do recurso e a motivação do ato impugnado, mostrar-se-á impossível ao órgão ad quem avaliar o desacerto do ato, a existência de vício de juízo (*error in iudicando*), o vício de procedimento (*error in procedendo*) ou o defeito típico que enseja a declaração do provimento.

Aliás, este Tribunal de Justiça já manifestou esse entendimento, vejamos:

> EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – PRELIMINAR REPELIDA [...] É de ser rejeitada a preliminar de não conhecimento do recurso, se não houve afronta ao princípio da dialeticidade, na medida em que o recorrente expôs as razões de fato e de direito pelas quais não se conforma com o resultado do julgamento. (TJMS, EInfr em AC n. 2008.022879-8/0001, Quarta Seção Cível, Rel. Des.. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 27.4.2009).

Diante disso, rejeito a preliminar aventada.

DA INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR

O recorrido pugna pelo não-conhecimento do apelo, por entender que houve inovação da causa de pedir.

É sabido que a causa de pedir é o conjunto dos fatos, deduzidos e embasados em norma jurídica, de que o autor é titular de um direito violado pelo seu ex adverso. Podemos dizer que, caso provados os fatos deduzidos em Juízo, a procedência do pedido inserto na inicial é medida que se impõe.

Lanço mão do ensinamento trazido por Cândido Rangel Dinamarco in Instituições de direito processual civil, vol. II. São Paulo: Malheiros, 6. ed; 2009, p. 131:

> Todo direito a um determinado bem da vida nasce necessariamente de dois elementos: um preceito que a lei preestabelece e um fato previsto em lei como antecedente lógico da imposição do preceito (*ex fato oritur jus*) [...] o sujeito que postula em juízo deve obrigatoriamente explicitar quais os fatos que lhe teriam dado o direito a obter o bem e qual é o preceito pelo qual esses fatos geram o direito afirmado.

No caso telado, a controvérsia resume-se na alegada demora na localização de veículo no pátio do Detran-MS, situação que teria causado ao recorrente danos materiais e morais.

Os demais argumentos lançados pelo autor (f. 84), de que *"Não pode ser considerada improcedente a ação cujos meios de mídias, divulgam que o Detran-MS, não tem tomado as medidas necessárias para manter a custodia dos veículos apreendidos, e que a poucos meses foram presos (sic) pessoas que agiam no pátio do Detran-MS, onde retiravam os veículos apreendidos e que vendiam a pessoas particulares"* calha mencionar, que a matéria trazida em nada modifica o acerto da sentença, pois, se a causa de pedir inaugural foram os supostos danos sofridos, qualquer argumento diverso, que seja trazido ao feito em sede recursal, acaba por ofender o duplo grau de jurisdição, pois mostra-se como sendo inovação, o que é sabidamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Outro não é o posicionamento já esposado por esta Corte:

> AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO RENOVATÓRIA – PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR EM SEDE DE APELAÇÃO – INADMISSÍVEL – PROIBIÇÃO DE INOVAR – ART. 517 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – AUSÊNCIA DE PROVA DA QUITAÇÃO DE TRIBUTO INCIDENTE SOBRE IMÓVEL LOCADO – EXIGÊNCIA PREVISTA NO ART. 71, INCISO III, DA LEI N. 8.245/1991 – RECURSO IMPROVIDO.

Considerando que é defeso à parte a inclusão de matéria nova quando da apresentação das razões recursais, devendo o recurso limitar-se à impugnação dos fatos decididos e discutidos na sentença, não conheço da matéria nova trazida pelo recorrente.

Passo à análise do mérito.

DOS DANOS SUPOSTAMENTE SOFRIDOS PELO AUTOR

A pretensão do autor é se ver ressarcido de um dano supostamente ocasionado pela não localização de seu veículo apreendido e encaminhado ao pátio do DETRAN/MS. Afirma que lhe é de direito, a reforma da sentença, com a condenação da autarquia estadual ao pagamento da indenização *"por sua negligência ao custodiar veículos e não manter onde deveria estar quando da sua restituição para o APELANTE"* (f. 84).

Julgo imprescindível colacionar ao presente aresto as palavras do Juiz *a quo*:

> Enfim, o autor deu causa à apreensão, deu causa aos débitos existentes, deu causa a não retirada, por não pagá-los e não mais querer o veículo e, nesta dinâmica, pretende fragmentar um pequeno incidente e imputar ao DETRAN a responsabilidade e a obrigação de lhe indenizar, moral e materialmente, porque demorou-se alguns dias para localizar o veículo no pátio, veículo esse que, repita-se, não mais queria para si.

Da leitura dos autos e de toda a documentação colacionada ao feito, a conclusão inarredável que se chega é de que o autor não logrou êxito em comprovar a efetiva ocorrência de danos, quer a título material ou moral, de modo que não se desincumbiu de seu ônus probatório instituído na norma do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Quanto ao ônus da prova, o Professor Ernane Fidélis dos Santos preceitua:

> Ônus da prova[...] Um dos mais relevantes princípios subsidiários da verdade real é o da distribuição do ônus da prova. De acordo com tal distribuição, o fato deve ser provado por essa ou aquela parte, de tal forma que ao juiz não deixe nenhuma dúvida, que se interpreta sempre contra quem tem o encargo probatório. A regra geral é a de que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito (art. 333, I), e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (art. 333, I). (Ernane Fidélis dos Santos. **Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 509).

Em caso análogo, esta Corte de Justiça decidiu:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO[...] AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ÔNUS DA PROVA DO AUTOR IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RECURSO NÃO-PROVIDO. O autor tem o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Assim, a sentença de improcedência do pedido inicial não merece reforma quando o autor não provar o fato constitutivo de seu direito. (TJMS, AC n. 2008.033320-2, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 20.1.2009).

A sentença singular merece ser mantida ipsis litteris.

Não posso deixar de concordar com o Juízo a quo quando sustenta que os fatos descritos beiram a surrealidade.

É certo que a responsabilidade civil que dá lugar à obrigação de indenizar pressupõe necessariamente a existência de dano, relação de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, além da ocorrência de culpa por parte do causador do dano, sendo indispensável o concurso desses pressupostos legais para fazer nascer o dever de indenizar, nos termos do art. 186, do Código Civil.

Veja-se. No caso vertente, o recorrente no dia 3.4.2008 teve seu veículo regularmente apreendido e encaminhado ao pátio do Detran-MS. Consta do feito, que a dívida da motocicleta, alusiva a multas diversas e licenciamentos totalizam valor superior a R$ 6.000,00 (seis mil reais). E agora vem ao Judiciário pleitear indenização porquanto seu veículo não fora encontrado no pátio do Detran-MS, num lapso temporal de cinco dias (entre os dias 25 e 30.6 de 2008).

Afirma ele que *"não quer mais o veículo uma vez que ficou sem a sua posse em dias que não se sabe precisar, e que para isso pede que lhe seja restituído um valor para ressarcir o bem [...]."*

Ora. Não vislumbro prejuízo algum de ordem material passível de indenização, senão mero aborrecimento do autor, e se não é seu desejo reaver o bem apreendido por certo que não é por conta do suposto sumiço temporário da motocicleta, e sim porque as multas devidas superam em muito o valor de mercado do bem, então nos parece mais cômodo tentar a todo custo brincar de exigir justiça, requerendo indenização, situação que merece ser amplamente rejeitada por esta Corte.

Necessário reiterar que os fatos narrados não tiveram maiores conseqüências e não passaram de chateações, não sendo aptos a causar constrangimentos e dor ao apelante. Ou, pelo menos, não há nos autos provas no sentido de que os fatos narrados tenham atingido a honra do recorrente.

Nas palavras de Rui Stoco:

> O chamado dano moral corresponde à ofensa causada à pessoa a 'parte subjecti', ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade. (Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. **Revista dos Tribunais**. p. 128)

Então, se o recorrente não conseguiu demonstrar os danos que alegou lhe terem sido causados, não ficando provado que a situação vivenciada foi capaz de atingir seu ânimo psíquico e intelectual, senão mero desconforto ou dissabor, excluída a responsabilidade civil do apelado e por conseguinte ausente o dever de indenizar.

Do exposto, conheço do recurso e o improvejo, mantendo a bem lançada sentença de primeiro grau, em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 29 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.011340-1 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – TRANSPORTE PÚBLICO GRATUITO – JUNTA MÉDICA QUE ATESTA A NÃO COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DA CARTEIRA DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA – DEFICIÊNCIA QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES LEGAIS – 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.

Campo Grande, 29 de abril de 2010.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Joelson da Silva Viana inconformado com a sentença prolatada pelo Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande (MS), que julgou improcedente o pedido, declarando extinto com resolução do mérito, art. 269, I, CPC, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, ajuizada em face da Agência Municipal de Transporte de Campo Grande – AGETRAN, ingressando também no feito como assistente simples a Associação das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de Campo Grande - ASSETUR, dela recorre a este Sodalício, visando à sua reforma.

Depreende-se dos autos que o autor alegou ser portador de transtorno cranioencefálico evoluindo com hemiparesia e déficit de equilíbrio, o que tornaria necessário o constante uso de transporte coletivo para se submeter a consultas médicas. Adveio sentença em que a fundamentação a quo foi no sentido de que não houve a demonstração da necessidade da carteira de isenção tarifária e nem enquadramento nas previsões legais para obtê-la.

O apelante sustenta que se enquadra na isenção legal do art. 173, §1º, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. Afirma que o laudo constante às f. 15 atesta o mal que o acomete, bem como pela perícia médica às f. 206.

Ressalta também que a hipossuficiência está demonstrada quando o magistrado singular verificou esta condição para fins de honorários sucumbenciais.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do apelo para que seja determinada a emissão da carteira de isenção tarifária.

Contrarrazões ofertadas às f. 242-246.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Joelson da Silva Viana inconformado com a sentença prolatada pelo Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande (MS), que julgou improcedente o pedido, declarando extinto com resolução do mérito, art. 269, I, CPC, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, ajuizada em face da Agência Municipal de Transporte de Campo Grande – AGETRAN, ingressando também no feito como assistente simples a Associação das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de Campo Grande – ASSETUR.

O cerne da questão cingir-se-á em observar a existência ou não dos requisitos necessários para a concessão da carteira de isenção tributária, isto é, a verificação da doença grave e a necessidade de tratamento contínuo, de acordo com o art. 173, § 1º da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, *in verbis:*

> Art. 173. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido através de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> § 1º Assegura-se aos portadores de hanseníase; câncer; doença renal crônica; síndrome da imunodeficiência adquirida; tuberculose e outras moléstias, desde que comprovadamente carentes e pelo período de duração do tratamento que, embora contínuo, dispense a internação hospitalar, o direito ao transporte público gratuito, garantido pelo Estado e Município, conforme seja intermunicipal ou municipal o seu deslocamento". (destacado)
>
> § 2º O sistema de transporte público referido no parágrafo anterior é de competência do Estado nas linhas intermunicipais, e dos Municípios nas municipais, cabendo-lhes incluir na proposta orçamentária anual, a favor dos respectivos órgãos assistências competentes, dotação global destinada à satisfação das despesas decorrentes de tais encargos.

Consigno ainda que a análise deve ser efetivada também quanto a Lei Municipal n. 3.639/99, art.1º, que alterou a redação das Leis n. 2.661/89 e n. 2.374/86, que tratam da isenção do pagamento de passageiros no transporte coletivo urbano, bem como o Decreto Municipal n. 7.794/99, em seu art. 4º, I, que define a deficiência física. Vejamos respectivamente:

> Art. 1º - As empresas concessionárias e permissionárias de transportes coletivos urbanos, ficam obrigados a permitir a entrada de idosos acima de 65 (sessenta e cinco) anos, desde que, desempregados ou aposentados ou em gozo de licença para tratamento de saúde e os deficientes físicos, auditivos, mentais e múltiplos, sem pagar as passagens.
>
> § 1º - Os portadores de deficiência que utilizarem de equipamentos auxiliares à sua locomoção (muletas e similares), deverão ter acesso ao transporte coletivo, nos terminais de transbordo pela porta da frente.
>
> § 2º - Desde que a deficiência seja comprovadamente definitiva, o portador será dispensado do exame periódico para revalidação do benefício".
>
> Art. 4º – Para fins de cadastramento previsto neste Decreto, entende-se por:

> I – Deficiência física: é a deficiência resultante de lesões neurológicas, neuro-musculares e ortopédicas ou mal formações congênitas, que resulte no impedimento da locomoção sem aparelhos ou que necessita de terceiros para o embarque/desembarque nos veículos do transporte coletivo.

Pois bem, depreende-se dos autos que o documento acostado às f. 15 refere-se a uma descrição do mal que acomete o apelante, bem como salienta a necessidade de transporte gratuito, ou seja, é uma simples informação. Ademais, o resumo da ressonância magnética, f. 16, não consta que a doença é grave ou que se enquadra no art. 173 da Constituição Estadual.

Constata-se também à f. 206 o parecer da junta médica de reavaliação que assevera que *"o paciente não está impedido de se locomover sem aparelhos e não necessita de terceiros para subir e descer do transporte. Não se enquadra como deficiente físico de acordo com o decreto n. 10535 de 7.7.2008"*.

Logo, da leitura dos artigos da Constituição Estadual e da Lei Municipal observa-se que o apelante não se encontra em nenhum caso ora determinado. Ademais, não há comprovação de que a doença impeça a sua locomoção.

Ressalto que a Constituição Estadual quando mencionou "outras moléstias" o fez para que se houvessem outras isenções a serem aplicadas necessariamente deveriam ser catalogadas pelo Município.

Assim, não obstante tratar-se de problema de saúde, este não se enquadra na previsão legal para concessão do benefício; logo, a expedição da carteira de passe livre ao apelante feriria, desta feita, os princípios da estrita legalidade e da isonomia a que está sujeita a Administração Pública, bem como deve-se evitar a ingerência do Judiciário em outras esferas de Poder.

Por fim, em que pese a alegação da hipossuficiência do apelante, entendo que este não é o único requisito a ser observado, pois não há comprovação de que a doença impeça a sua locomoção. Logo, o entendimento supramencionado deve ser mantido.

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento mantendo inalterada a decisão objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 29 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.005045-9 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE CÂMBIO DE COMPRA – DESÁGIO – ENCARGOS EXIGIDOS PELO BACEN E IMPOSTO DE RENDA POR ATRASO – PREVISÃO LEGAL E CONTRATUAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Cabível a cobrança de deságio previsto contratualmente e equivalente a juros remuneratórios pelo valor do adiantamento cambial inadimplido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de abril de 2010.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Navimix Nutrição Animal S.A., José Antônio Gaitan Guzman, Lenir Maria Viero Gaitan Buzman, Ibanês Antônio Viero e Elizabeta Maria Pizzatto Viero interpõem Apelação (f. 157-166) contra sentença (f. 142-9) que, nos embargos à execução opostos em face do Banco do Brasil S.A., julgou parcialmente procedente o pedido para determinar que o valor do deságio no contrato n. 05/025839 deve ser aplicado na porcentagem de 13,5% ao ano e, nos demais contratos deve incidir até a data da quitação e ser cumulado com a sobretaxa de 1,5% ao ano, a qual incide a partir da data do inadimplemento.

Alegam que, por expressa disposição contratual, o deságio deve incidir apenas até a data do vencimento, ainda que houvesse inadimplemento e sem cumulação com a sobretaxa. Asseveram que houve contradição entre a sentença e os embargos de declaração acerca dessa cumulação de encargos, uma vez que a decisão dos aclaratórios afastou-a. Argumentam que não há previsão acerca da cobrança dos *"encargos exigidos pelo Bacen"*, tornando o título ilíquido e inexigível. Ainda que seja referente às penalidades impostas pela impossibilidade de o banco efetuar o recolhimento compulsório dos valores mutuados no contrato de câmbio, o contrato é silente nesse sentido.

Aduzem que, ainda que seja possível a incidência do imposto de renda sobre as operações de câmbio, tal fato não afasta a incerteza do débito em questão, pois a planilha foi elaborada unilateralmente pelo recorrido.

Pleiteiam a redistribuição do ônus de sucumbência (por não ter decaído na totalidade de seus pedidos) e, ao final, o provimento do apelo.

Contrarrazões às f. 174-181.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Navimix Nutrição Animal S.A., José Antônio Gaitan Guzman, Lenir Maria Viero Gaitan Buzman, Ibanês Antônio Viero e Elizabeta Maria Pizzatto Viero interpõem Apelação (f. 157-166) contra sentença (f. 142-9) que, nos embargos à execução opostos em face do Banco do Brasil S.A., julgou parcialmente procedente o pedido para determinar que o valor do deságio no contrato n. 05/025839 deve ser aplicado na porcentagem de 13,5% ao ano e, nos demais contratos deve incidir até a data da quitação e ser cumulado com a sobretaxa de 1,5% ao ano, a qual incide a partir da data do inadimplemento.

Alegam que, por expressa disposição contratual, o deságio deve incidir apenas até a data do vencimento, ainda que houvesse inadimplemento, sem cumulação com a sobretaxa. Asseveram que houve contradição entre a sentença e os embargos de declaração acerca dessa cumulação de encargos, uma vez que a decisão dos aclaratórios afastou-a. Argumentam que não há previsão acerca da cobrança dos "*encargos exigidos pelo Bacen*", tornando o título ilíquido e inexigível. Ainda que sejam referentes às penalidades impostas pela impossibilidade de o banco efetuar o recolhimento compulsório dos valores mutuados no contrato de câmbio, o contrato é silente nesse sentido.

Aduzem que, ainda que seja possível a incidência do imposto de renda sobre as operações de câmbio, tal fato não afasta a incerteza do débito em questão, pois a planilha foi elaborada unilateralmente pelo recorrido.

Pleiteiam a redistribuição do ônus de sucumbência (por não ter decaído na totalidade de seus pedidos) e, ao final, o provimento do apelo.

- do deságio

Os recorrentes insugem-se acerca da cobrança do deságio cumulada com a sobretaxa, alegando, para tanto, ausência de previsão nos contratos de câmbio de compra (f. 17-9, 27-9 e 37-8).

Razão não lhes assiste.

Como é sabido, o deságio nada mais é do que a remuneração da instituição bancária pelo serviço de câmbio que é prestado ao exportador, como o são os juros remuneratórios no caso de fornecimento de crédito.

Os contratos assim enunciam:

> Ocorrendo liquidação, transferência para posição especial,cancelamento ou baixa após a data prevista para liquidação do contrato de câmbio, fica o comprador autorizado a adicionar 1,5% a.a. (um e meio por cento ao ano) à taxa pactuada no campo outras especificações deste contrato de câmbio, pelo período compreendido entre a data prevista para liquidação do contrato de câmbio e a data do efetivo ingresso das divisas ou a data da regularização cambial, a que primeiro ocorrer. (f. 18, 28 e 38).

Consoante se depreende do texto acima, cuida-se de uma hipótese de majoração do deságio, desde a data prevista para a liquidação do contrato até a data em que ocorrer o pagamento da moeda estrangeira ou a baixa do contrato de câmbio junto ao Banco Central.

Verifica-se a possibilidade da cumulação da sobretaxa de 1,5% com a taxa pactuada no campo "outras especificações" (f. 18, 28 e 38), que é exatamente onde se prevê o deságio pactuado entre as partes.

Desse modo, se o deságio tem caráter remuneratório equivalente aos juros que remuneram o capital mutuado, sem caráter de penalidade pelo inadimplemento, conclui-se pela possibilidade da sua cumulação com a sobretaxa no valor de 1,5% (encargo moratório).

Conforme salientado pelo magistrado sentenciante, *"como os embargantes não honraram seus contratos nas datas estipuladas, sendo que o valor do dólar tem-se apresentado em declínio, conforme as últimas cotações, e segundo o acordado a partir da data do inadimplemento deve incidir a sobretaxa no percentual de 1,5 % ao ano e, cumulativamente, as taxas de deságio outrora pactuadas"* (f. 146).

Nesse sentido:

> CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATO DE ADIANTAMENTO DE CÂMBIO. INADIMPLEMENTO. DESÁGIO PACTUADO. VALIDADE. LEI N. 4.728/1965, ART. 75, § 2º. DISSÍDIO CONFIGURADO.
>
> I. Cabível a cobrança de deságio, equivalente a juros remuneratórios, pelo valor do adiantamento cambial, ao final inadimplido, quando previsto contratualmente. II. Divergência jurisprudencial configurada. III. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 253.648/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 3.10.2006).

Observa Fernando G. M. Cavalcanti[1] que *"descumprido o contrato de câmbio, por decurso do prazo pactuado, e caso o banco não tenha interesse em prorrogá-lo, fica o exportador obrigado a restituir-lhe o valor do adiantamento do preço, mais o deságio (forma de indenização pelo uso do adiantamento do preço)"*

Ressalta-se que não há qualquer contradição entre a sentença e os embargos de declaração, pois estes foram rejeitados (f. 154), de modo que prevalece o decidido na decisão combatida.

- dos encargos exigidos pelo Bacen e do imposto de renda por atraso

No tocante aos encargos exigidos pelo Bacen e ao imposto de renda também não logra sucesso a pretensão dos apelantes, na medida em que existe expressa disposição contratual estipulando que:

> As sanções instituídas pela Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 2901 e circulares n. 2751 e 3089, do Banco Central do Brasil, cujos termos as partes declaram ter prévio conhecimento, bem como quaisquer penalidades pecuniárias, tributos, multas e despesas impostas ao comprador em decorrência de atos ou omissões do vendedor ou corretor interveniente serão de exclusiva responsabilidade destes últimos. (f. 18, 28 e 38).

Ademais, os encargos acima citados estão devidamente previstos na legislação, conforme salientado na sentença combatida.

Por fim, a mera irresignação da parte acerca da produção unilateral da planilha de incidência do imposto de renda sobre as operações de câmbio não é capaz, por si só, de afastar a certeza do débito em questão, haja vista que a recorrente sequer apontou os dados que estariam corretos e o valor efetivamente devido.

1 Contrato de Câmbio de Exportação em Juízo, retirado do voto proferido pelo Min. Aldir Passarinho Júnior no REsp n. 253.648/RS.

- Do ônus da sucumbência

Correta também a condenação dos recorrentes ao pagamento integral do ônus de sucumbência, eis que apenas lograram êxito na redução do valor do deságio no contrato n. 05/025839. Dessa forma, incide o parágrafo único do artigo 21 do CPC.

Assim, inexiste qualquer circunstância que permita modificar a conclusão do magistrado sentenciante, razão pela qual a sentença combatida deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso, ficando mantida a sentença invectivada.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Revisor)

Acompanho o voto do ilustre relator na parte em que, ao manter a sentença de primeiro grau, determinou que o valor do deságio no contrato n. 05/025839 deve ser aplicado em 13,5% ao ano e não 16,56810%, e nos demais contratos, o deságio deve incidir até a data da quitação e ser cumulado com a sobretaxa de 1,5% ao ano, dele divirjo, tão-somente, com relação à verba honorária, no que alinho os seguintes fundamentos:

Os apelantes ajuizaram a ação de embargos do devedor e foram condenados na sentença de primeiro grau a pagar ao embargado as despesas processuais e os honorários advocatícios fixados em 10% do valor dado à causa.

O ilustre relator negou provimento ao apelo interposto pelos embargantes, para manter a sentença proferida pelo juízo *a quo*, no tocante à sucumbência.

Ocorre que, conquanto os embargantes tenham sido condenados a pagar ao embargado honorários advocatícios no importe de 10% sobre o valor dado a causa, é de se observar que obtiveram êxito, embora em pequena parte, com o manejo dos embargos.

Ora, com a manutenção do decisum de primeiro grau, os embargantes não mais terão que suportar um deságio no percentual de 16,56810%, ao menos com relação ao contrato n. 05/0258390, pois, com o acolhimento de um dos pedidos formulados nos embargos, esse percentual foi reduzido para 13,5%, o que indica ter ocorrido, embora em pequena parcela, um certo benefício financeiro.

São estas as razões pelas quais, pedindo vênia ao ilustre relator, voto pela condenação dos embargantes ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% do valor da causa, deduzindo-se do montante daí resultante o proveito econômico obtido com a redução do percentual de deságio de 16,56810% para 13,5%, relativo ao contrato n. 05/0258390, conforme previsto na sentença.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 6 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.033573-5 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – EMBARGOS À EXECUÇÃO – ESCRITURA PÚBLICA DE CONFISSÃO E ASSUNÇÃO DE DÍVIDA POR TERCEIRO – IMPOSSIBILIDADE DE O ASSUNTOR DISCUTIR A DÍVIDA ORIGINÁRIA – NÃO CONSTATAÇÃO DO CARÁTER PROTELATÓRIO DOS EMBARGOS – HONORÁRIOS MAJORADOS – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

É vedada a discussão dos negócios jurídicos precedentes de dívida alheia assumida por terceiro em escritura pública.

Nas causas em que não houver condenação, o juiz deve fixar a verba honorária em conformidade das disposições do art. 20, § 4º, do CPC, de molde a remunerar com dignidade o profissional.

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 da RM Participações e Empreendimentos Ltda. e dar provimento parcial ao do Banco.

Campo Grande, 6 de abril de 2010.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

RM Participações e Empreendimentos Ltda. e Banco do Brasil S.A. interpõem apelações (f. 129-138 e 148-157, respectivamente) contra sentença (f. 122-6) que, nos embargos à execução opostos pela primeira em face do segundo, julgou improcedentes os pedidos formulados, tendo em vista que os embargos apenas podem versar sobre a escritura pública de confissão e assunção de dívida que embasa a execução, e que a empresa assuntora da dívida sequer participou do negócio jurídico em que se estabeleceram as cláusulas tidas por abusivas.

A primeira recorrente sustenta a possibilidade da revisão dos encargos contratuais desde a origem e ressalta a sua legitimidade e interesse processual para discussão da dívida assumida através de escritura pública. Aduz a ilegalidade da capitalização de juros, da comissão de permanência e da multa moratória.

Ao final, requer o provimento do apelo.

Por sua vez, o segundo recorrente alega que os encargos constantes no contrato não são abusivos, eis que a incidência de correção monetária acrescida de juros remuneratórios de 8% ao ano, juros moratórios de 1% ao ano e multa de 10% estão em conformidade com a legislação aplicável, razão pela qual os embargos à

execução são protelatórios e ensejam a multa prevista no parágrafo único do artigo 740 do Código de Processo Civil. Requer, ainda, a majoração dos honorários advocatícios, pois o valor arbitrado em primeiro grau (R$ 500,00) não corresponde a mais do que 0,356% do benefício patrimonial objeto da causa.

Contrarrazões às f. 166-7 e 169-175.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, RM Participações e Empreendimentos Ltda. e Banco do Brasil S.A. interpõem apelações (f. 129-138 e 148-157, respectivamente) contra sentença (f. 122-6) que, nos embargos à execução opostos pela primeira em face do segundo, julgou improcedentes os pedidos formulados, tendo em vista que os embargos podem versar apenas sobre a escritura pública de confissão e assunção de dívida que embasa a execução, e que a empresa assuntora da dívida sequer participou do negócio jurídico em que se estabeleceram as cláusulas tidas por abusivas.

A primeira recorrente sustenta a possibilidade da revisão dos encargos contratuais desde a origem e ressalta a sua legitimidade e interesse processual para discussão da dívida assumida através de escritura pública. Aduz a ilegalidade da capitalização de juros, da comissão de permanência e da multa moratória.

Ao final, requer o provimento do apelo.

Por sua vez, o segundo recorrente alega que os encargos constantes no contrato não são abusivos, eis que a incidência de correção monetária acrescida de juros remuneratórios de 8% ao ano, juros moratórios de 1% ao ano e multa de 10% estão em conformidade com a legislação aplicável, razão pela qual os embargos à execução são protelatórios e ensejam a multa prevista no parágrafo único do artigo 740 do Código de Processo Civil. Requer, ainda, a majoração dos honorários advocatícios, pois o valor arbitrado em primeiro grau (R$ 500,00) não corresponde a mais do que 0,356% do benefício patrimonial objeto da causa.

- Da apelação da RM Participações e Empreendimentos Ltda.

É possível a revisão de contratos extintos que contenham cláusulas nulas de pleno direito, porquanto a suposta novação de obrigação nele contida não se revela capaz de validar àquelas cláusulas.

A respeito do tema, assim restou definido pelo Superior Tribunal de Justiça quando da publicação do verbete da Súmula n. 286, *verbis*: "A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores."

Todavia, no caso concreto, inaplicável esse entendimento, porquanto houve assunção de dívida e a empresa assuntora sequer participou do negócio jurídico originário que se alega haver excessos.

Analisando caso análogo, esse Tribunal assim decidiu:

> EMBARGOS À EXECUÇÃO - SENTENÇA QUE DISPENSOU PERÍCIA E ENFRENTOU TODAS AS QUESTÕES POSTAS - VALIDADE - PERÍCIA - DESNECESSIDADE - MULTA CONTRATUAL - REDUÇÃO DE SEU PERCENTUAL,

> EM FACE DO CDC - ASSUNÇÃO DE DÍVIDA POR TERCEIRO - IMPOSSIBILIDADE DE O ASSUNTOR DISCUTIR A DÍVIDA ANTERIOR, QUE NÃO LHE DIZ RESPEITO - ESCRITURA EM QUE SE ESTABELECEM JUROS DE MAIS DE 12% AO ANO - ILEGALIDADE-REDUÇÃO-CAPITALIZAÇÃO-PROIBIÇÃO,EMFACEDAFALTADE PREVISÃOLEGAL-TRNÃOÉÍNDICEDECORREÇÃODEDÉBITO-HONORÁRIOS DE ADVOGADO - VERBA PERTENCENTE AO ADVOGADO - INVIABILIDADE DE SUA COMPENSAÇÃO, COMO PREVISTO NO ART. 21, CPC.
>
> [...]
>
> O que, por escritura pública, assume dívida alheia não tem interesse jurídico para discutir os negócios jurídicos precedentes, porque o débito não lhe diz respeito. [...]. (TJMS, AC n. 1000.072735-7, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Jorge Eustácio da Silva Frias).

Desse modo, como a dívida assumida estipula valor certo e determinado (R$ 299.797,12 – f. 79), sequer constando encargos moratórios, correta a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido formulado.

- Do apelo do Banco do Brasil S.A.

O recorrente requer a aplicação da multa prevista no parágrafo único do artigo 740 do CPC, tendo em vista o nítido caráter protelatório dos embargos à execução.

Razão não lhe assiste.

Isso porque não restou evidenciada a intenção de procrastinar o andamento do feito, tampouco a má-fé da embargante, pois sua peça processual foi utilizada tão somente como legítimo meio de defesa, ato de praxe nos feitos executivos.

Desse modo, não constatado o abuso dos meios legais postos à sua disposição, até mesmo porque ela acreditava na possibilidade da discussão das cláusulas contratuais desde sua origem, apontando a ilegalidade na sua fixação, afasta-se a aplicação da multa requerida.

Por fim, o recorrente busca a majoração dos honorários advocatícios fixados em primeiro grau em R$ 500,00.

Como cediço, nas causas em que não houver condenação, a verba deve ser fixada consoante apreciação equitativa do juiz, conforme dispõe o artigo 20, § 4º, do CPC.

No caso, o processo não possui muita complexidade, porém foi ajuizado em 2006, apresenta valor econômico relativamente alto (R$ 56.977,53 – f. 57) e o causídico vem desempenhando com zelo o trabalho jurídico, de sorte que a verba de patrocínio está a merecer majoração.

Assim, levando-se em consideração as peculiaridades do caso, especialmente o interesse econômico objeto da ação, entende-se que os honorários advocatícios devem ser majorados para R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao recurso de RM Participações e Empreendimentos Ltda. e por se dar parcial provimento ao recurso do Banco do Brasil S.A., apenas para majorar os honorários advocatícios para R$ 5.000,00 (cinco mil reais). No mais, fica mantida a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA RM PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO DO BANCO.

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

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, 6 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.004563-4 - Três Lagoas
Segunda Turma Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO – VENDA DE IMÓVEL DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE SEM QUE OS OUTROS DESCENDENTES EXPRESSAMENTE CONSINTAM – SIMULAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Negócio jurídico simulado é aquele que tem conteúdo diverso do que aparenta, por acordo dos contratantes e com a finalidade de enganar terceiros.

Comprovada sua ocorrência na celebração de contrato de compra e venda, com o objetivo de burlar a proibição de alienação de ascendente a descendente sem aquiescência dos demais, impõe-se a procedência da pretensão anulatória.

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 a ambos os recursos.

Campo Grande, 13 de abril de 2010.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Raimundo José Campos de Mello e Felisberto Siqueira Campos interpõem Apelação Cível - Ordinário (f. 415-428) contra sentença (f. 405-410) que, na Anulação de Ato Jurídico movida por Antonia Aparecida de Souza Campos, julgou procedente o pedido formulado na inicial para anular as escrituras públicas que transmitiram o imóvel da Rua Elmano Soares, 60, de propriedade de Felícia e Abílio, para Raimundo, conforme documento de f. 15-6, lavrado no Cartório do 4º Ofício local, bem como aquele de f. 17-8, perante o Cartório do 2º Ofício, de Raimundo para Felisberto.

Requerem, em preliminar, a apreciação dos agravos retidos. No mérito, alegam que efetivamente existiram dois negócios jurídicos, ambos consumados sem quaisquer vícios. Relatam que Abílio e sua mulher Felícia, embora tivessem patrimônio considerável no início de suas vidas, com o passar do tempo, reduziu-se a uma propriedade rural e dois imóveis urbanos, dentre os quais, o que está em litígio, em razão de pagamento de dívidas originárias da atividade política.

Afirmam não haver qualquer prova de que a compra e venda ajustada entre Abílio e sua mulher com Raimundo, transferindo a este o imóvel urbano foi objeto de simulação para favorecer Felisberto e prejudicar a apelada na partilha de bens.

Contrarrazões às f. 439-443.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Raimundo José Campos de Mello e Felisberto Siqueira Campos interpõe Apelação Cível - Ordinário (f. 415-428) contra sentença (f. 405-410) que, na Anulação de Ato Jurídico movida por Antonia Aparecida de Souza Campos, julgou procedente o pedido formulado na inicial para anular as escrituras públicas que transmitiram o imóvel da Rua Elmano Soares, 60, de propriedade de Felícia e Abílio, para Raimundo, conforme documento de f. 15-6, lavrado no Cartório do 4º Ofício local, bem como aquele de f. 17-8, perante o Cartório do 2º Ofício, de Raimundo para Felisberto.

Requerem, em preliminar, a apreciação dos agravos retidos. No mérito, alegam que efetivamente existiram dois negócios jurídicos, ambos consumados sem quaisquer vícios. Relatam que Abílio e sua mulher Felícia, embora tivessem patrimônio considerável no início de suas vidas, com o passar do tempo, este foi reduzido a uma propriedade rural e dois imóveis urbanos, dentre os quais, o que está em litígio, em razão de pagamento de dívidas originárias da atividade política.

Afirmam não haver qualquer prova de que a compra e venda ajustada entre Abílio e sua mulher com Raimundo, transferindo a este o imóvel urbano foi objeto de simulação para favorecer Felisberto e prejudicar a apelada na partilha de bens.

Dos agravos retidos

O primeiro agravo retido foi interposto por Felisberto Siqueira Campos (f. 144-7) contra decisão (f. 140) que indeferiu seu requerimento para que fossem requisitados extratos bancários (fevereiro e março de 1985) e comprovação de rendimentos (anos de 1984/1985), uma vez que pretendia demonstrar ter condições econômicas para aquisição do imóvel.

Não lhe assiste razão, pois não cabe ao Poder Judiciário requisitar informações que incumbe ao próprio titular obter junto ao Banco no qual era correntista, quando, conforme declarou, nem ele mesmo se recorda do número da conta-corrente de que seria titular. Além disso, não comprovou que as instituições tenham lhe negado expedir tais demonstrativos, razões pelas quais voto por negar provimento ao agravo.

Raimundo José Campos de Mello e Felisberto Siqueira Campos interpuseram mais dois agravos retidos, o primeiro às f. 192-7, e o segundo nos autos em apenso (agravo de instrumento convertido em retido, f. 184), contra a decisão que saneou o feito, afastando a alegação de prescrição (f. 154-5).

Estes recorrentes aduzem, em síntese, que o prazo para anular a simulação era de 4 anos, conforme artigo 178, § 9º, do CC/1916. Assim, como o contrato de compra e venda foi celebrado em 1º.3.1985 a pretensão estaria prescrita em 1º.3.1989.

Não prosperam os argumentos, pois, consoante ressaltou o magistrado, por se tratar de eventual simulação decorrente de venda de ascendente para descendente, aplica-se o prazo vintenário, segundo Súmula 494 do Supremo Tribunal Federal[1].

1 A ação para anular venda de ascendente para descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em 20 (vinte) anos, contados da data do ato.

Na hipótese dos autos, pretende-se anular a escritura pública lavrada em 19.8.1986 (f. 17), sendo que a ação foi ajuizada em 25.7.2006 (f. 2), de modo que ainda não havia decorrido o prazo vintenário.

Assim, voto por negar provimento aos agravos retidos.

O quarto agravo retido, interposto por Felisberto Siqueira Campos (f. 295-9), foi tirado contra decisão (f. 283) que indeferiu requerimento para desentranhar o documento de f. 261 (e não f. 126), que consiste na cópia de um contrato de locação, bem como rejeitou a impugnação ao rol de testemunhas.

Como ressaltado na decisão agravada, o próprio recorrente salientou que o contrato além de ter relação direta com os fatos articulados na inicial, era de relevância no contexto probatório, de tal modo, se o documento é importante na busca da verdade real, deve ser mantido nos autos.

Além disso, a juntada do documento não foi extemporânea, pois pode ocorrer a qualquer tempo.

No que concerne ao rol de testemunhas, o agravante alega que a redesignação de audiência não permite a reabertura de prazos nem a sua substituição.

Depreende-se dos autos que a recorrida havia apresentado o rol (f. 163), todavia a audiência não se realizou por pane elétrica (f. 203); redesignada a audiência (f. 230), ela apresentou mais duas testemunhas (f. 253), fato que não violou o artigo 407 nem configurou substituição de testemunhas.

É certo que o adiamento da audiência tem o condão de reabrir o prazo para apresentação do rol de testemunhas, mormente porque a finalidade da norma contida no artigo 407 do Código de Processo Civil visa evitar surpresa do ex adverso (Princípio da Lealdade Processual).

A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – ACÃO COMINATÓRIA – AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – ROL DE TESTEMUNHAS – ADIAMENTO OU REDESIGNAÇÃO – PRECLUSÃO – NÃO-OCORRÊNCIA – REABERTURA DO PRAZO.
>
> O adiamento ou redesignação da audiência de instrução e julgamento tem o condão de reabrir o prazo para apresentação do rol de testemunhas previsto na norma contida no artigo 407 do Código de Processo Civil. (AgRg em Ag n. 2008.020289-7/0001-00, Campo Grande, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 12.8.2008).

Destarte, voto por negar provimento ao agravo retido.

Mérito

Consta dos autos que a apelada ajuizou ação alegando que seus pais, Abílio e Felícia, teriam alienado um imóvel residencial urbano para Raimundo e que este, por sua vez, transferiu-o para Felisberto, irmão dela, fatos que segundo a recorrente caracterizam a simulação de compra e venda de ascendente para descendente, prejudicando-a na partilha de bens, motivo pelo qual pleiteou a anulação das escrituras públicas de transmissão do imóvel.

O magistrado de primeiro grau, convencendo-se da existência de simulação, julgou procedente o pedido inicial para anular as escrituras.

Negócio jurídico simulado é aquele que tem conteúdo diverso do que aparenta, por acordo dos contratantes, com a finalidade de enganar terceiros.

Dispunha o Código Civil de 1916:

> Art. 147. É anulável o ato jurídico:
>
> I - por incapacidade relativa do agente (art. 6º);
>
> II - por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude (art. 86 a 113).

Assim, há de se verificar a ocorrência de simulação no ato de celebração do contrato de compra e venda por interposta pessoa, com o objetivo de burlar a proibição de alienação de ascendente a descendente sem aquiescência dos demais, contida no artigo 1.132 do CC/1916[2].

No caso, revelam as provas documentais que em 1º.3.1985, Felícia e Abílio celebraram escritura de venda e compra do imóvel registrado às margens da matrícula n. 16.639, localizado na Rua Elmano, 60, transferindo-o para Raimundo José Campos de Melo (f. 15-6).

Em seguida, Raimundo, em 19.8.1986, transferiu o imóvel para Felisberto Siqueira Campos, filho dos primeiros alienantes, por meio da escritura pública de compra e venda de f. 17-8.

Os indícios considerados em conjunto são vários, sérios e concludentes, tendo sido analisados pelo julgador de primeiro grau, separadamente, demonstrando uma série de fatos que, isolados, pouco provariam, mas, conjuntamente, possuem força necessária e suficiente para confirmar a simulação, iniciando-se por mencionar a testemunha Selma Alves da Silva Siqueira (f. 308), segundo a qual Abílio sempre teve a situação financeira estável e que Felisberto sempre morou na Rua Elmano Soares, 60.

A seguir, a testemunha Norma de Souza da Silveira, prima das partes e que durante algum tempo residiu na casa da mãe da apelada, ouvida como informante do juízo, esclareceu (f. 330-1):

> Morou cinco ou seis anos na Rua Rosário Congro, 717, Bairro Centro, em Três Lagoas, onde residia Felícia. Recorda que no ano de 1986, ouviu conversas entre seu pai e sua mãe de criação, Felícia e Abílio Siqueira Campos, no sentido de que não poderiam passar o imóvel direto para Felisberto, porque ele era herdeiro. O imóvel mencionado era onde Felisberto morava, inclusive mora até hoje, pois dele nunca saiu [...]; eles mencionavam que tinham que fazer um cambalacho, pois ilegal, porque tinham que passar primeiro o imóvel a Raimundo para depois ele poder passar para Felisberto. Lembra também que Felisberto até ameaçava o seu pai de criação se ele não assinasse o papel no Cartório. Foram feitas as escrituras, primeiro em nome de Raimundo para depois passar para Felisberto. Não sabe qual o valor do imóvel àquela época. Raimundo não chegou a morar, em nenhum momento, naquela casa. Sempre quem morou na casa foi Felisberto. [...] Sabe que Abílio tinha dinheiro bastante para sobreviver, pois foi vereador e político famoso. Não sabe dizer se o patrimônio do Sr. Abílio foi diminuindo com o tempo depois que ele foi vereador [...]

Conquanto os recorrentes sustentem que Abílio passou por uma séria crise financeira e afirmarem que lhe restou apenas um imóvel rural e dois urbanos, não demonstraram quais eram efetivamente tais débitos e,

2 Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam.

além disso, não elencaram qual era o patrimônio anterior para comparar a redução havida que possibilitasse deduzir que ele precisava alienar o bem em discussão.

De outro lado, Felisberto não comprovou que tinha condições econômicas para adquiri-lo. Aliás, corrobora fortemente a existência da fraude o contrato de locação celebrado entre ele e seus pais, em 27.1.1990, em cujos termos se percebe que o primeiro pagava aluguel a eles, isso 5 anos depois de eles terem alienado o imóvel (f. 261).

Apesar da divergência das provas testemunhais sobre qual a relação entre Abílio e Raimundo, se comercial (Abílio era freguês de Raimundo, f. 310) ou se era empregado de Abílio (f 330) ou sócios (f. 331), a verdade é que tanto Raimundo quanto Felisberto, apesar de contestarem os fatos, sustentando que foram vendas reais e não simuladas, em nenhum momento comprovaram o efetivo pagamento.

Portanto, as provas testemunhais, documentais e indiciárias produzidas serviram, em conjunto, para demonstrar o fato alegado na exordial, o que, pela clareza probatória, comprovam o vício jurídico invocado e apto a nulificar os negócios jurídicos impugnados.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por negar provimento à apelação interposta, ficando mantida a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

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

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, 13 de abril de 2010.

***

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.025945-9 - Capital
Órgão Especial
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL QUE VIOLA A COMPETÊNCIA LEGIFERANTE CONCORRENTE DOS ENTES FEDERATIVOS – INOVAÇÃO QUE AFRONTA O ART. 30, II, CF – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA PROPORCIONALIDADE POR INVIABILIZAR O TRABALHO NAS USINAS – OFENSA AO VALOR SOCIAL DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA – AÇÃO PROCEDENTE.

Cumpre ao município, no exercício do poder legiferante suplementar que lhe é atribuído, reforçar o interesse local específico sobre determinadas áreas, sendo necessária a observância à legislação federal e estadual.

A competência comum dos entes federados prevista no art. 23 da Constituição Federal para proteger o meio ambiente não envolve poder legiferante, mas tão-somente de execução exigindo-se a cooperação dos entes federados no sentido de implementar as tarefas e objetivos ali discriminados.

Há afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes e ao princípio da proporcionalidade, além de ofensa ao art. 30, incisos I e II da Constituição Federal quando a lei municipal inova a matéria impondo obrigações não previstas e não autorizadas pela lei estadual paradigma.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e contra o parecer, julgar procedente a ação, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de maio de 2010.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Ponta Porã, Flávio Kayatt, em face da Câmara Municipal do respectivo Município.

Objetiva-se a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 3.653/2009, que "estabelece normas para a colheita mecanizada de cana-de-açúcar, e dá outras providências".

Argumenta-se que os dispositivos da referida Lei Municipal estariam violando os preceitos insertos no art. 17, incisos I e II, da Constituição Estadual, bem como, a competência legislativa dos entes federativos, previsto no art. 24, inciso VI, §§ 1º ao 4º e art. 30, incisos I e II, ambos da Constituição Federal, além dos postulados da proporcionalidade e da força normativa da Constituição.

Pugna-se pela procedência da ação, com a declaração de inconstitucionalidade integral da Lei Municipal n. 3.653/2009. Subsidiariamente, caso se reconheça como constitucional a suplementação da legislação ambiental pelo município, que seja declarada a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 1º, da lei municipal invectivada.

A liminar foi deferida às f. 64-67, suspendendo-se a vigência da Lei Municipal n. 3.653/2009.

O prazo concedido à Câmara Municipal de Vereadores de Ponta Porã, para prestar informações, transcorreu sem manifestação.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça foi pela improcedência da ação (f. 81-94).

VOTO (EM 5.5.2010)

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito de Ponta Porã, em face de ato normativo oriundo da Câmara de Vereadores do Município - Lei Municipal n. 3.653, de 24 de junho de 2009.

O requerente sustenta que o município não tem competência para legislar sobre matéria ambiental, inclusive para suplementar a questão, pois ofendem ao disposto no art. 24 da Constituição Federal.

Aduz que a lei municipal não apresenta simetria com as leis estaduais n. 3.357/2007 e n. 3.404/2007, o que demonstra que a norma invectivada não suplementa a matéria, mas sim inova, em flagrante violação ao art. 30 da Constituição Federal cumulado com o art. 17, II, da Constituição Estadual.

Alega ainda, que nos termos em que foi redigida, a lei afronta o bom senso e o princípio da proporcionalidade, pois inviabilizará a atividade das usinas com a vedação imediata da queima de palha, sendo que tal medida não se afigura o meio menos gravoso ao meio ambiente, podendo ser realizada de forma gradual. Além de que, tolhe a obtenção de investimento e ofende o valor social do trabalho e da livre iniciativa.

Buscou o deferimento da tutela antecipada para suspender a vigência da lei municipal invectivada, que foi concedida inaudita altera parte às f. 64-67.

O prazo oportunizado à parte requerida para se manifestar transcorreu *in albis* (f. 78).

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 81-94, manifestando-se pela improcedência da presente ação.

Primeiramente, cumpre apreciar o que está disposto na Lei Municipal n. 3.653/2009, ora questionada, *verbis:*

> Art. 1º – Esta Lei estabelece normas para a colheita mecanizada de cana-de-açúcar.
>
> § 1º Para os efeitos deste artigo, considera-se mecanizável toda área na qual estiver situada a lavoura de cana-de-açúcar, independentemente do declive da área.
>
> § 2º Os produtores de cana-de-açúcar que queimam a palha de cana-de-açúcar para a colheita, ficam obrigados a obedecer aos dispositivos desta Lei.

§ 3º O emprego do fogo como método despalhador e facilitador do corte de cana-de-açúcar, será totalmente eliminado no Município de Ponta Porã, vedada esta prática a partir do mês de junho do ano de 2009.

Art. 2º – Até 30 (trinta) dias antes da colheita mecanizada de cana-de-açúcar, os proprietários, fornecedores e/ou arrendatários, deverão protocolar requerimento na Secretaria Municipal de Desenvolvimento e fornecer cópia ao Conselho Municipal de Meio Ambiente.

§ 1º Os requerimentos de que trata o caput do artigo, deverão ser instruídos com matrícula atualizada do imóvel.

§ 2º A autorização será expedida:

I – no prazo de 15 (quinze) dias úteis, a contar da data em que for protocolado o requerimento, salvo se houver exigência a ser cumprida, que deverá ser comunicada ao interessado por escrito, no prazo de 10 (dez) dias úteis, a contar da data do protocolo;

II – no prazo de 15 (quinze) dias úteis, a contar da data do cumprimento da exigência a que se refere no inciso I deste artigo;

III – expirados os prazos constantes neste parágrafo, considera-se automaticamente concedida a respectiva autorização, independentemente de sua comunicação ou de qualquer outra manifestação da autoridade ao requerente.

Art. 3º – A Secretaria Municipal de Desenvolvimento manterá cadastro das colheitadeiras disponíveis, por tipo, capacidade, idade e outros elementos essenciais, bem como todas as novas colheitadeiras ou equipamentos ligados à operação e à propriedade.

Art. 4º – A Secretaria Municipal de Desenvolvimento, com a participação do Conselho Municipal de Meio Ambiente, acompanhará a modernização das atividades e a avaliação dos impactos da colheita mecanizada sobre a competitividade, sobre meio ambiente e ocorrências na cadeia produtiva.

§ 1º As propriedades que cultivam cana-de-açúcar, bem como as indústrias e/ou usinas de álcool e açúcar instaladas no Município deverão:

I – fazer o georreferenciamento ou levantamento topográfico, demarcando as áreas de preservação permanente, de reservas florestais, de matas ciliares e de reserva legal;

II – promover ações de preservação e reconstituição das reservas legais e áreas de preservação permanente em suas propriedades caso estas venham a ser degradadas, bem como por responsabilidade solidária, nas áreas arrendadas e dos fornecedores.

Art. 5º – Em caso de descumprimento das normas estabelecidas nesta Lei, no que se refere à proibição da queima de cana-de-açúcar, assim como pela degradação ao meio ambiente, será aplicada a pena de multa ao infrator:

§ 1º A multa a que se refere o caput deste artigo será de 279 (duzentos e setenta e nove) unidades fiscais de Ponta Porã – UFPP por hectare e em caso de reincidência, este valor será aplicado em dobro.

> § 2º A fiscalização, a autuação e a aplicação das multas previstas nesta Lei, serão realizadas pela Prefeitura Municipal, através da repartição competente.
>
> § 3º Os recursos oriundos do pagamento das multas a que se refere este artigo, serão revertidos ao Fundo Municipal do Meio Ambiente, criado pela Lei Municipal n. 3.361, de 5 de maio de 2004.
>
> Art. 6º – As empresas sucroalcooleiras ficam incumbidas de criar programas voltados para a requalificação profissional dos trabalhadores de lavoura de cana-de-açúcar, a fim de capacitá-los a se adaptarem às novas técnicas agrícolas.
>
> Art. 7º – Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei, normas federais e estaduais correlatas, legislação municipal em vigor relativa à matéria, em especial a Lei Municipal n. 3.347/04.
>
> Art. 8º – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

A competência legislativa dos municípios caracteriza-se, basicamente, pelo princípio da predominância do interesse local, previsto no art. 30, incisos I e III a IX, da Constituição Federal, ou pelo caráter suplementar com relação à legislação federal e estadual (art. 30, II, da CF).

Na primeira hipótese, o interesse local, ou área de peculiar interesse, é definido pela doutrina como sendo os casos relacionados mais diretamente com as necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional ou geral.[1]

Na segunda hipótese, cabe ao município suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, sem, contudo, contraditá-las ou revogá-las.

Convém, portanto, verificar se existe no caso sub judice a eventual usurpação da competência legislativa concorrente, prevista no art. 24 da Constituição Federal.

No caso dos autos, a Presidente da Câmara Municipal de Ponta Porã promulgou a Lei Municipal n. 3.653/2009, visando à preservação ambiental do município, supletivamente à norma estadual já editada, vale dizer, Lei Estadual n. 3.357, de 9 de janeiro de 2007, que estabelece normas para a redução gradual da queima da palha de cana-de-açúcar sem prejuízo da atividade agroindustrial canavieira.

Logo no § 1º do art. 1º, a Lei Municipal n. 3.653/2009 estabelece que: "§ 1º- Para os efeitos deste artigo, considera-se mecanizável toda área na qual estiver situada a lavoura de cana-de-açúcar, independentemente do declive da área."

Porém, é sabido que nem todo maquinário opera independentemente de declive.

Quanto a esse ponto, a Lei Estadual n. 3.357/2007 estabeleceu:

> Art. 2º [...]
>
> § 1º Nas áreas cuja topografia favorece a colheita mecanizada, a queima da palha será totalmente eliminada no prazo máximo de 20 (vinte) anos, a contar do ano de 2006, à razão de 5% (cinco por cento) ao ano, pelo menos.

1 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

> § 2º Nas áreas não mecanizáveis, nas quais o corte de cana-de-açúcar só poderá ser feito manualmente, a eliminação da queima da palha dar-se-á a partir do ano de 2010, à razão de 5% (cinco por cento) ao ano, pelo menos, até que tais áreas possam ser dispensadas do cultivo de cana-de-açúcar ou que surjam novas tecnologias que permitam explorá-la sem necessidade de queima.
>
> § 3º VETADO.
>
> § 4º Para os efeitos desta lei, considera-se área adequada para a mecanização agrícola aquela com declive inferior a 12% (doze por cento).

Extrai-se da redação do artigo supratranscrito, que a lei estadual considerou a existência de eventuais declives nas áreas cultivadas, que impediriam a colheita mecanizada, dando prazo razoável para a extinção do método da queima de palha, o que não foi observado pela lei municipal invectivada.

Outro ponto que merece destaque encontra-se no § 3º do art. 1º da lei em referência, que veda completamente e de imediato o uso do fogo como método despalhador da cana-de-açúcar, sem dar prazo razoável para os agricultores se adequarem à norma.

Tal dispositivo não encontra correspondente na lei estadual paradigma (Lei Estadual n. 3.357/2007), que se limitou a vedar a prática da queima de palha em locais de risco como as proximidades de subestações de energia elétrica, reservas biológicas, estações de telecomunicações etc., consoante previsto no art. 3º, incisos I a V, da Lei n. 3.357/2007, e no art. 2º da mesma lei, acima transcrito, em que consta a redução gradual da queima nas demais áreas.

Verifica-se, outrossim, que o art. 3º da Lei Municipal n. 3.653/2009, contém em seu bojo a violação à propriedade privada e ao livre exercício do trabalho, ao determinar a criação de cadastro para as colheitadeiras existentes no município e, ainda, ofende o princípio da separação dos poderes, pois impõe ao executivo o dever de manter referido cadastro.

Trata-se, na verdade, de uma extrapolação do poder de polícia, vez que não há justificativa legal para a manutenção de cadastro de colheitadeira de propriedade privada.

O exercício do poder de polícia está adstrito à pré-existência de norma jurídica e à finalidade da medida.

No caso versando, não há no ordenamento jurídico vigente qualquer norma que limite ou regulamente a existência de colheitadeiras, além de que a existência de cadastro não tem qualquer finalidade relativa à preservação do meio ambiente, tratando-se de medida não adequada ao fim a que se destina, podendo causar, inclusive, o retardamento da atividade sucroalcooleira.

Vale ressaltar que a lei invectivada é de iniciativa da câmara municipal, que determina ao poder executivo a obrigação de manter cadastro de colheitadeira, o que enseja a destinação de servidores para esse fim, criando novos cargos e funções, quando a iniciativa para alterar o corpo de servidores é competência exclusiva do poder executivo.

Como se nota, o município legisla matéria federal, qual seja, o meio ambiente, cria responsabilidade solidária (inciso II, § 1º, art. 4º) e impõe obrigação à empresa açucareira que a lei federal deve disciplinar (art. 4º da Lei n. 3.653/2009).

Pode o município cuidar de matéria ambiental desde que seja área de peculiar interesse, sendo que essa área de peculiar interesse é a área do município e não toda a área rural.

Cumpre ao município, portanto, no exercício do poder legiferante suplementar que lhe é atribuído, reforçar o interesse local específico sobre determinadas áreas, tanto que a expressão "no que couber", existente no inciso II, do art. 17, da Constituição Estadual, que reproduz o texto o inciso II, do art. 30 da Constituição Federal, indica a necessária observância à legislação federal e estadual.

Ademais, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal no REsp n. 485583/PR[2], a competência comum dos entes federados prevista no art. 23 da Constituição Federal para proteger o meio ambiente não envolve poder legiferante, mas tão somente de execução, exigindo-se a cooperação dos entes federados no sentido de implementar as tarefas e objetivos ali discriminados.

Contudo, no caso dos autos, resta claro a afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes e ao princípio da proporcionalidade, além de ofensa ao art. 17, incisos I e II, da Constituição Estadual, que reproduz o texto do art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal, pois a lei municipal inova a matéria impondo obrigações não previstas e não autorizadas pela lei estadual paradigma.

Ora, se o legislador estadual não proibiu de imediato e por completo o exercício da queima de palha de cana-de-açúcar, ao legislador municipal é vedado editar norma inovando e impondo obrigações não existentes na lei estadual, mormente quando se trata de suplementação legislativa, por se caracterizar usurpação da competência legiferante do Estado.

Assim sendo, é de ser declarada a inconstitucionalidade dos aludidos dispositivos.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido inicial para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 3.653/2009.

Comunique-se à Câmara Municipal de Ponta Porã para fins do art. 63, XIV, da CE e art. 605 do RITJMS e à autoridade interessada.

O Sr. Des. Joenildo de Souza Chaves (2º Vogal)

Pelo que pode se inferir da análise dos autos, a Câmara Legislativa do Município de Ponta Porã aprovou a Lei Municipal n. 3.653 de 2009 que estabelece normas para a colheita mecanizada de cana de açúcar e que no art. 1º, § 3º proíbe de imediato a utilização de queima da palha da cana como método auxiliar de colheita.

O Chefe do Executivo Municipal entende que referida legislação peca pela inconstitucionalidade pela seguinte fundamentação: I – que o Município não possui competência para legislar sobre matéria ambiental, bem como, que referida Lei Municipal n. 3.653 de 2009 contrariou o disposto nas Leis estaduais n. 3.357/2007 e n. 3.404/2007 que estabelecem normas para a redução gradual da queima da cana sem prejuízo da atividade industrial para a produção do açúcar.

Há dois pontos a serem registrados. O primeiro em relação à competência ou não do Município em legislar sobre meio ambiente. O segundo é se tendo competência para legislar sobre meio ambiente, se nesta legiferação pode contrariar norma estadual e se houve esta violação para o caso posto à apreciação, ou seja, se a Lei Municipal n. 3.653 está se contrapondo às Leis estaduais n. 3.357/2007 e n. 3.404/2007, já que a Lei municipal veda a utilização imediata de fogo para a colheita de cana de açúcar e as Leis estaduais prevêem a diminuição gradual da utilização de fogo para tal fim.

Passo ao primeiro ponto.

2 RExtra n. 485583/PR, Relª. Minª. Cármen Lúcia, julgado em 1.2.2010, DJ n. 32, de 23.2.2010.

Em relação ao primeiro ponto não restam dúvidas e basta uma simples leitura no inciso VI do art. 24 da Constituição brasileira para se inferir que é "competência concorrente" a legiferação sobre meio ambiente. Eis o texto constitucional:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
>
> Quanto a este ponto, sequer se abre a discussão, porque o Município tem competência expressa para legislar sobre a queima de palha em colheita de cana de açúcar, uma vez que é matéria de proteção ao meio ambiente e controle da poluição.

Passo ao segundo ponto.

Em relação ao segundo ponto, não restam dúvidas que há competência do Município para a legiferação sobre a queima de palha na colheita de cana açúcar por ser matéria de proteção ao meio ambiente e controle de poluição do inciso VI do art. 24 da CF/88 é de competência concorrente e esta competência não é ilimitada, já que dotadas de limites.

Limitações estas em razão da redação dos parágrafos do art. 24 da Constituição brasileira que impõem que a legiferação dos demais entes federativos não extrapolem as regras gerais da União e, pelo princípio da simetria, que a legislação municipal não extrapole os limites da legislação estadual.

Veja-se o Texto Constitucional (art. 24):

> § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
>
> § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
>
> § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
>
> § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Pelo princípio da simetria, a legislação municipal não pode extrapolar os limites da legislação estadual e esta não pode ultrapassar as regras gerais da União.

Observe a respeito das hierarquia das leis dos Entes Federativos:

> [...] no âmbito da legislação concorrente (ou vertical) há uma hierarquia de normas: a lei federal tem prevalência sobre a estadual e municipal, e a estadual sobre a municipal (DELGADO, José Augusto. Direito Ambiental e competência municipal. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 317, p. 158, apud FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000, p. 64-66).

Então, até aqui podemos aferir que é competência concorrente a legiferação sobre a utilização de queimada para a colheita de cana de açúcar por se tratar de matéria incluída como meio

ambiente do inciso VI do art. 24 da CF/88 e que a legislação do município não pode contrariar a legislação estadual e a estadual deve obediência à legislação federal.

Contudo, não podemos perder em mente que o caso posto à apreciação não tem seu cerne na proibição de queimadas para colheita de cana de açúcar, mas sim, ao prazo para entrada em vigor das leis proibitivas de tais práticas. Isto porque, o Estado prevê a proibição gradual, ou seja, o prazo de seis anos para tanto. O Município de Ponta Porá determinou a proibição imediata.

Ao contrário do que parece ser, não há qualquer contradição entre a legislação estadual e a municipal.

Vejamos.

A discussão que se coloca é que a Lei municipal n. 3.653 veda a queimada de imediato para a colheita de cana de açúcar e as Leis estaduais n. 3.357/2007 e n. 3.404/2007 estabelecem a vedação de fogo para tal fim de forma gradual.

Não vejo qualquer contrariedade entre as legislações, pelo contrário. Na verdade, ambas caminham no mesmo sentido, já que proíbem a utilização de queimada para a colheita de cana de açúcar. Não há qualquer violação da legislação municipal em face da estadual neste ponto.

Portanto, não se fala em inconstitucionalidade de lei.

O fato de a legislação estadual estabelecer a vedação de forma gradual não serve de fundamento para fulminar a inconstitucionalidade da legislação municipal que prevê a proibição de forma imediata, isto porque, o imediato ou de forma gradual é apenas dado acessório da legislação que não serve como norma geral. A norma é a respeito da proibição, e ambas estão no mesmo sentido.

Até porque, se a vedação da queimada deve ser de imediato ou de forma gradual é matéria de interesse local onde cada Município, pelo Texto Constitucional (art. 30, I) tem competência exclusiva para legiferar neste ponto. Sendo exclusiva, a legislação dos Entes Federativos pode conviver, ainda que de forma contraditória ou antagônica.

Não é crível que a legislação Estadual invada esta competência exclusiva do Município. Até porque, é o Município que está no "calor dos acontecimentos" de forma que possa graduar a potencialidade do dano causado pelas queimadas em seus limites territoriais. Este interesse lhe pertence e é exclusivo por força do art. 30 da CF/88.

Em relação ao interesse local por Roque Carrazza:

> Tudo aquilo que o interesses dos municípios são os que atendem, de modo imediato, às necessidades locais, ainda que com alguma repercussão sobre as necessidades gerais do Estado ou do País. (CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional tributário. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1991. p. 109)

Nas palavras de **Celso Ribeiro Bastos**:

> Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998)

É crucial que no Município onde a população esteja seriamente afetada e doente pelas queimadas, que não estabeleça prazo em anos para a proibição das queimadas e naqueles onde a queimada seja de pouca monta e que não esteja atingindo danosamente a população, então, que seja gradual. Mas, esta escolha está nos limites da conveniência e oportunidade de cada Município de acordo com sua realidade local, repita-se. Esta discricionariedade do povo intervir em relação a fatos que o atingem diretamente é que se encontra o seu interesse local, onde tem autonomia para legiferar por aplicação do art. 30, inciso I, do CPC.

Nesse interesse local, o Município é, por assim dizer, soberano em sua legiferação, porque somente ele conhece a "sua realidade" e somente ele poderá dosar a aplicação imediata ou não de uma lei em seu território, a depender de uma situação normal ou de urgência. Somente ele saberá dosar esta medida, porque a qualidade de vida dos munícipes é claro e nítido interesse local, tanto que será ele que suportará as despesas com o tratamento médico dos afetados pelas fuligens das queimadas, onde é o que ordinariamente acontece (art. 335 do CPC) de sua fonte cancerígena e respiratória.

O que estou a dizer é que se o interesse é local não podemos falar em obediência ou consonância do direito municipal à legislação estadual, porque interesse local é de competência exclusiva do cada Município, onde o Estado não pode interferir. Se o Estado entendeu que a vedação da queimada na colheita de cana de açúcar é gradual, nada impede, diante do interesse local dos Municípios disporem de forma diferente (de imediato).

Conforme Paulo Affonso Machado Leme (Direito Ambiental Brasileiro. 8. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 355) a expressão "interesse local não se caracteriza pela exclusividade do interesse, mas pela sua predominância."

Essa é também a lição de Toshio Mukai, a saber:

> A competência do Município é sempre concorrente com a da União e a dos Estados-membros, podendo legislar sobre todos os aspectos do meio ambiente, de acordo com sua autonomia municipal (art. 15 da CF), prevalecendo sua legislação sobre qualquer outra, desde que inferida do seu predominante interesse" (MUKAI, Toshio. Legislação, meio ambiente e autonomia municipal. Estudos e comentários, Revista de Direito Público. São Paulo, v. 79, p. 131, apud FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 63).

No mesmo sentido por: Fernanda Dias de Almeida:

> Acabará prevalecendo, por mais consentâneo com a realidade das coisas, o entendimento de que as competências próprias dos Municípios são as relativas aos assuntos de predominante interesse local" (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991, p. 125, apud FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64)

Ainda:

Os poderes municipais expressos e exclusivos afastam qualquer outra competência, seja federal, seja estadual (SILVA, Sandra Krieger Gonçalves. O município na Constituição Federal de 88. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003)

Portanto, ausente qualquer afronta à legislação estadual por estar o Município na legiferação de seu interesse local e exclusiva do inciso I do art. 30 da CF/88 (momento em que entrará em vigor a proibição de queimadas). Este interesse local é de competência exclusiva do Município e,

portanto, não podemos falar em afronta à legislação estadual, já que não é matéria de obediência ou similitude entre legislações.

Ressalte-se para corroborar que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela constitucionalidade das leis municipais que versam sobre o tempo de atendimento em instituições bancárias, conforme se verifica no julgamento do Recurso Extraordinário n. 432.789-9, da relatoria do eminente ministro Eros Grau.

> Recurso Extraordinário. Constitucional. Consumidor. Instituição bancária. Atendimento ao público. Fila. Tempo de espera. Lei municipal. Norma de interesse local. Legitimidade. Lei Municipal n. 4.188/01. Banco. Atendimento ao público e tempo máximo de espera na fila. Matéria que não se confunde com a atinente às atividades-fim das instituições bancárias. Matéria de interesse local e de proteção ao consumidor. Competência legislativa do município. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

É certo que o entendimento registrado no parágrafo anterior refere-se a período de espera em fila, mas, onde há a mesma razão aplica-se o mesmo Direito, porque a limitação de tempo é considerada como de interesse local e este é o mesmo pano de fundo em relação ao limite tempo para a vedação de queimadas.

Esta é a melhor interpretação em homenagem à proteção ao meio ambiente como direito de todos e dever do Estado. Se a interpretação do interesse local for restritiva estaremos, pelas portas dos fundos, impedindo cada Município de legislar sobre a proteção ao meio ambiente, sendo que ele tem competência expressa dada pelo Poder Constituinte para legislar a respeito da proteção ao meio ambiente.

Para se ressaltar a importância do direito da sociedade ao meio ambiente sadio Canotilho assevera:

> Hoje o Estado, além de ser um Estado de direito, um Estado Democrático, um Estado Social, deve também recortar-se como Estado Ambiental (CANOTILHO, José. Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998).

Se não entendermos que o momento da entrada em vigor da proibição de queimadas é interesse local, então, estaremos, não mitigando, mas excluindo qualquer possibilidade de legiferação ao Município a respeito de suas matérias de competência concorrente (art. 24). Se nada pode legislar, porque afronta norma estadual, então, a competência por interesse local será "norma para inglês ver" ou um "amontoado de letras desprovidas de eficácia".

Abre-se parênteses para registrar que a interpretação histórica revela a interpretação ampliativa ao interesse local, porque antes da CF/88, ou seja, desde a Constituição da República (art. 61), os municípios possuíam competência para legislar sobre seu "interesse peculiar". Com a Constituição atual (1988), a competência é para o "interesse local", que é termo muito mais amplo do que interesse peculiar. Portanto, a interpretação histórica nos confirma que o momento para se vedar a queimada em cana de açúcar é interesse do município e onde ele deve legiferar sem interferência do Estado.

Assim sendo, concluo que a competência para tratar do meio ambiente é concorrente e que deve a Lei Municipal se sujeitar às regras estaduais e que a Lei Municipal posta à apreciação não viola leis estaduais diante de ter tocado em assunto de seu interesse local, que consiste no tempo para entrar em vigor a proibição de queimadas na colheita de cana de açúcar.

Finalizo registrando que o Órgão Especial do Tribunal paulista já enfrentou por várias vezes este tema e tem sustentado que não há inconstitucionalidade na legislação.

Veja-se:

Inconstitucionalidade. Lei municipal que proíbe a queima de palha de cana-de-açúcar e o uso do fogo em atividades agrícolas. competência municipal reconhecida após a ênfase conferida ao município pela constituição de 1988. interesse local do município que não difere do peculiar interesse consagrado na ordem jurídica. ação improcedente. queima de palha de cana-de- açúcar. método rudimentar e primitivo, que pode ser vantajosamente substituído pela mecanização. evolução jurisprudencial do órgão especial do tribunal de justiça. precedentes que evidenciam essa evolução. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente (ADI de Lei n. 1267800800, São Paulo, Órgão Especial, Rel. Des. Renato Nalini, julgado em 24.10.2007).

Isso posto e demais que dos autos consta julgo improcedente o pedido.

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (3º Vogal)

Com o voto do Des. Joenildo. Julgo improcedente o pedido.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (4º Vogal))

> Art. 23. É da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> [...]
>
> VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;(grifou-se)

Com se vê, tal artigo assevera que é da competência comum da União, dos Estados e dos Municípios proteger o meio ambiente.

Já o art. 24, VI, da Constituição Federal, diz:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> [...]
>
> VI – florestas, caças, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
>
> [...]
>
> VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico,turístico e paisagístico;

Também, reza o art. 30 da Constituição Federal:

> Art. 30. Compete aos Municípios:
>
> I – legislar sobre assuntos de interesse local;
>
> II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;"

Desse modo, já que o art. 23 não está dando competência aos municípios para legislar, não se pode interpretar com tal amplitude. Pode o município envidar ações concretas para a proteção do meio ambiente. Contudo, não pode legislar contrariando o disposto na legislação estadual.

A propósito, colhe-se voto proferido pela Min. Carmem Lúcia, no Recurso Extraordinário n. 485.583, cujo texto assevera:

> Tratando-se a presente demanda de tema afeto ao direito urbanístico, conservação da natureza, proteção do meio ambiente e do patrimônio turístico e paisagístico, matérias arroladas nos incisos I, VI e VII do artigo 24 da Constituição da República, cuja competência legislativa é concorrente entre União e Estados-membros, forçoso concluir que a legislação municipal, ao tratar de semelhantes questões, não pode contrariar a disciplina contida em regras federais e estaduais. É correto que o Município detém competência legislativa supletiva em matérias pertinentes a interesses locais, mas não se pode, através de interpretação extensiva da regra inscrita no artigo 30, I da Carta Federal, tornar inócuo o artigo 24, pois, desse modo, qualquer lei federal ou estadual cederia perante a supremacia da legislação municipal em questões onde haja não apenas interesse local, mas também regional e/ou nacional. No que diz respeito à competência material comum, prevista no artigo 23 da Constituição da República, atribuída conjuntamente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, há de se destacar, repita-se, que não envolve poder legiferante, mas tão somente de execução, exigindo-se cooperação entre os entes federados no sentido de implementar as tarefas e objetivos ali discriminados, nos termos do seu parágrafo único. (STF, REsp n. 485583, Relª. Minª. Carmen Lúcia, julgado em 1.2.2010, publicado no DJ n. 32 de 22.2.2010).

Diante disso, acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. João Maria Lós (5º Vogal)

Com o voto do relator. Conforme o artigo 24 da CF, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal; e não aos Municípios legislar sobre florestas, fauna, caça, etc. Segundo o artigo 30 da CF, compete aos Municípios suplementar a Legislação Federal, Estadual, no que couber.

O Des. Joenildo referiu-se a uma Legislação Estadual que está em evidente confronto com a Lei Municipal, e aquela legislação prevê a implantação desse sistema de colheita gradativamente, enquanto o Município o prevê de imediato.

Penso que não se aplica aqui o artigo 30, I, da CF: "Compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local", porque meio ambiente é interesse universal; interesse local é Lei de Postura, problema de horário bancário, e não o meio ambiente. Penso como relator e o acompanho.

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (6º Vogal)

Com o voto do relator.

A Srª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges (7ª Vogal)

Com o voto do Des. Joenildo, visto que há a previsão para essa atividade concorrente, e o que se veda nessa legislação suplementar é a concessão de mais benefícios do que aqueles que foram concedidos ou liberação de vedações impostas na legislação de hierarquia superior, e não o que diz respeito a uma legislação mais restritiva no tocante à proteção ao meio ambiente.

Já que o Município legislou mais rigorosamente do que estava previsto na legislação estadual, entendo que não há nenhuma inconstitucionalidade.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (9º Vogal)

Entendo que se a Lei Municipal está regrando situações peculiares a cada região, não há confronto com a legislação estadual porque esta implementação gradativa depende do momento, das condições de cada região, e essa atividade suplementar legislativa é perfeitamente possível.

No relatório, o dispositivo, acusado de violador das Constituições Estadual e Federal é o artigo 17, I e II, da Constituição Estadual. Neste artigo, "Compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local", e no inciso II, a suplementar a Legislação Federal e Estadual, no que couber.

O inciso II é uma repetição do artigo 30 da Constituição Federal. O artigo 24 da Legislação Federal, que disciplina a competência concorrente dos Estados, cita que os Estados podem legislar concorrentemente com a União em matérias referentes ao meio ambiente, florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos, proteção do meio ambiente e controle da poluição. Assim, é possível a competência legislativa concorrente nesta matéria.

Poderia se dizer: no artigo 24 compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, sem a inclusão do termo Município; mas, no artigo 30, I e II, da CF, exatamente este que o Município alega como violado, o artigo 30, I e II da Constituição Federal "Compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local", repetindo os dispositivos da Constituição Federal. E no inciso II, suplementar a Legislação Federal e a Estadual, no que couber.

Causa estranheza o argumento divulgado aqui, por ocasião do julgamento, e no voto do relator de que dispositivos da Lei Municipal estariam contrariando normas de funcionamento do maquinário, constantes nos manuais expedidos pela fábrica. Ora, esse fato não serve para justificar uma declaração de invalidade da Lei, mesmo porque as máquinas devem ser adaptadas ao uso em determinadas regiões, e não a legislação seguir os manuais.

Assim, acompanho o voto do Des. Joenildo e julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (10º Vogal)

Com os adendos feitos pelo Des. João Maria Lós, entendo como o relator, que disse que há uma hierarquia nessa competência concorrente para a Legislação. No caso, aqui, o Município contraria a Legislação Estadual.

A Legislação Estadual, ao que me recordo das discussões sobre a aplicação de um critério gradativo de queimadas para os canaviais, ele teve uma conotação eminentemente social; ou seja, não se implantou de uma única vez, como fez o Município, a proibição de queimadas, exatamente para não causar desemprego, visto que, à medida que se proíbem as queimadas, a colheita da cana deixa de ser manual e passa a ser mecanizada. Ocorreria um problema social muito grande. Haveria muito desemprego com a aplicação das máquinas. Este foi, realmente, o objetivo pelo qual o Estado legislou, para que isso seja aplicado de forma gradativa. Exatamente para atender esse aspecto social. O Município, embora tenha interesse local, não pode contrariar esse critério social que foi utilizado para se poder fazer a conciliação entre esse direito social e o direito ambiental.

Entendo que o Estado agiu com parcimônia e a Legislação Municipal veio contrariar esse aspecto que entendo mais importante – já que nós temos de olhar o homem em primeiro lugar - e, assim, o controle do

problema ambiental pode ser aplicado gradativamente, porque há muitos anos vêm se fazendo as queimadas, para que não haja um impacto social.

Entendo que a Legislação Estadual não pode ser contrariada pela Legislação local por mero interesse local. Acompanho o voto do relator, com os adendos do Des. Lós.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (11º Vogal)

Ouvi os debates. Mas, desde o início, já tinha posição firmada para julgar improcedente a ação.

Em relação à questão ambiental, como está sendo debatida, temos de verificar os julgados de outros Tribunais, por exemplo, o de São Paulo teve o mesmo problema que nós tivemos aqui, principalmente, com a cana, e essas arguições, por unanimidade, são julgadas improcedentes, não só em razão da saúde pública.

Antigamente, colhia-se arroz e soja à mão, mas nós evoluímos. Num município como Ponta Porã, rodeado de cana, queimando-as todos os dias, a saúde pública também esta sendo violada. O interesse é predominantemente local, portanto Municipal.

De acordo com o julgamento recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Adin 126.780.0/8-00, Relator Renato Nalini, no Órgão Especial:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE PROÍBE A QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇUCAR E O USO DE FOGO EM ATIVIDADES AGRÍCOLAS.
>
> Competência Municipal reconhecida, após a ênfase conferida ao Município, pela Constituição de 1988. Interesse local do Município que não difere do peculiar interesse, consagrado na ordem jurídica. Ação improcedente. Queima de palha de cana-de-açucar. Método rudimentar e primitivo, que pode ser vantajosamente substituído pela mecanização. Evolução jurisprudencial do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Precedentes que evidenciam essa evolução. Ação Direta de Incontitucionalidade Improcedente.

Com base nesse precedente, julgo a ação improcedente.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (13º Vogal)

Não vejo nenhuma inconstitucionalidade em uma Lei Municipal que disciplina a colheita de cana. Entendo que o Município está apenas disciplinando essa questão.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 8º vogal, Des. Sérgio Fernandes Martins, após o relator e os vogais 4º, 5º, 6º e 10º julgarem procedente a ação e os vogais 2º, 3º, 7º, 9º, 11º e 13º improcedente. Os vogais 12º e 14º aguardam. Ausente, justificadamente, o 1º vogal.

VOTO (EM 19.5.2010)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (8º Vogal)

Com a devida vênia aos que votaram em sentido contrário, tenho por bem acompanhar o relator para julgar procedente esta ação direta de inconstitucionalidade.

Ocorre que, salvo melhor juízo e com o devido respeito ao Desembargador Joenildo de Sousa Chaves, a competência para o município legislar sobre proteção de meio ambiente e controle de poluição não se encontra expressamente disposta no artigo 24 da Constituição Federal.

Isso porque, o referido dispositivo fixa competência legislativa concorrente apenas entre a União, os Estados e o Distrito Federal, nada dispondo, destarte, sobre competência municipal. Senão vejamos:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> [...]
>
> VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

De outro norte, insta anotar, como bem afirmou o relator, que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo que a competência comum prevista no artigo 23[3] da Constituição Federal para proteger o meio ambiente não envolve poder legiferante.

Veja-se, aliás, o que decidiu a Min.ª Carmen Lúcia no julgamento do REsp n. 485583[4]:

> É correto que o Município detém competência legislativa supletiva em matérias pertinentes a interesses locais, mas não se pode, através de interpretação extensiva da regra inscrita no artigo 30, I da Carta Federal, tornar inócuo o artigo 24, pois, desse modo, qualquer lei federal ou estadual cederia perante a supremacia da legislação municipal em questões onde haja não apenas interesse local, mas também regional e/ou nacional. No que diz respeito à competência material comum, prevista no artigo 23 da Constituição da República, atribuída conjuntamente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, há de se destacar, repita-se, que não envolve poder legiferante, mas tão somente de execução, exigindo-se cooperação entre os entes federados no sentido de implementar as tarefas e objetivos ali discriminados, nos termos do seu parágrafo único.

De fato, nos termos do inciso I do artigo 30[5] da Constituição, a competência para o ente municipal legislar sobre a questão de interesse local é apenas suplementar à legislação federal e estadual, o que significa dizer que a lei municipal não pode contrariar as leis federais e estaduais sobre o assunto.

Nesse mesmo sentido, lecionam Gilmar Mendes, Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho:

> Aos Municípios é dado legislar para suplementar a legislação estadual e federal, desde que isso seja necessário ao interesse local. A normação municpal, no exercício dessa competência, há de respeitar as normas federais e estaduais existentes. A superveniência de lei federal ou estadual contrária à municipal,suspende a eficácia desta.[6]

Analisando hipótese de competência legislativa suplementar, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

---

3 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

4 STJ. REsp n. 485583, Relª. Minª. Carmen Lúcia, julgado em 1.2.2010, DJ n. 32 de 22.2.2010.

5 Art. 30. Compete aos municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local;

6 *In* **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, p. 776.

> [...] A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta. Compreensão que o Supremo Tribunal tem manifestado quando se defronta com hipóteses de competência legislativa concorrente.[7]

No caso, como a lei estadual regulamenta que a queima da cana de açúcar no estado irá cessar gradativamente, não possui o município competência para proibi-la imediatamente.

Por essa razão, aliada aos demais fundamentos trazidos pelo i. relator, Des. Luiz Carlos Santini, tenho que, de fato, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade da lei municipal impugnada.

Por fim, transcrevo recentes precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - PROIBIÇÃO DE QUEIMADA DE CANAVIAIS. INADMISSIBILIDADE.
>
> Não pode o Município, a pretexto de exercer a sua competência supletiva ou complementar, legislar sobre Direito Ambiental, sem a devida observância dos princípios gerais e das diretrizes fixadas pela União Federal e pelo Estado-membro. JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO.[8]
>
> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei n. 1 911, de 28 de agosto de 2007, do Município de Cedral, que proíbe a queima da palha da cana-de-açúcar em todo o seu território - Incompetência legislativa do município para disciplinar questão afeta ao meio ambiente, podendo a edil idade desenvolver tão-somente atividade legislativa suplementar, sendo que esta deve seguir os mesmos passos da norma federal e ou da estadual, mas nunca contrariá-la, pois, se assim o fizer, tornará ineficaz a norma principal suplementável Ação procedente - Inconstitucionalidade declarada.[9]

No mesmo sentido: TJSP, ADI n. 163.414.0, Rel. Des. Oscarlino Moeller, julgado em 4.2.2009; TJSP, ADI n. 163.815-0, Rel. Des. Paulo Travain, julgado em 28.1.2009; e TJSP, ADI n. 125.060.0/5, Rel. Des. Debatin Cardoso, julgado em 24.1.2007.

Ante o exposto, concessa venia, acompanho o relator para julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (10º Vogal)

De acordo com o voto do relator. Procedente.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (13º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (14º Vogal)

Já tive oportunidade de examinar essa matéria, não tenho dúvida nenhuma em acompanhar o voto do relator.

7 STF, ADI n. 2396, Tribunal Pleno, Relª. Minª. Ellen Gracie, julgado em 8.5.2003, DJ 1.8.2003, PP-00100 EMENT v. .02117-34 PP-07204

8 TJSP, ADI n. 176.019-0/7, Rel. Des. Viana Santos, julgado em 16.12.2009.

9 TJSP, ADI n. 163.415.0/400, Rel. Des. Reynaldo, julgado em 26.11.2008.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E CONTRA O PARECER, JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Ildeu de Souza Campos, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Rêmolo Letteriello, Rubens Bergonzi Bossay, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Elpídio Helvécio Chaves Martins, Atapoã da Costa Feliz e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 19 de maio de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.031428-1 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFEA – REJEITADA – MÉRITO – ATERRO PÚBLICO – DESTINAÇÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS INADEQUADA – INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS TÉCNICAS – SENTENÇA – OBRIGAÇÃO FAZER – CONSTRUIR ATERRO SANITÁRIO – APRESENTAR PLANO DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA – MANTIDA – DILATAÇÃO DO PRAZO PARA CUMPRIMENTO – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – ABSTENÇÃO DE DEPOSITAR O LIXO NO ATUAL ATERRO – IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO – CONDENAÇÃO AFASTADA – ASTREINTES – AFASTADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não ocorre o cerceamento de defesa, a despeito do indeferimento do pedido de esclarecimentos do laudo pericial, uma vez verificado a clareza e a objetividade do documento impugnado, mormente se a parte não demonstra a existência de vício que ensejasse explicações do expert, ou prejuízo para sua defesa.

A Administração Pública Municipal deve providenciar a construção de novo aterro sanitário de acordo com as normas técnicas, e o respectivo licenciamento ambiental exigido, a fim de dar a devida destinação aos resíduos sólidos, bem como, recuperar a área degradada relativa ao atual local onde são despejados o lixo urbano, dentro do prazo de um ano a contar do trânsito em julgado da sentença.

A obrigação de não fazer consistente em condenar o Município em abster-se de depositar os resíduos sólidos no atual lixão é impossível de ser cumprida até a construção do novo aterro sanitário, motivo pelo qual deve ser afastada.

É desarrazoada a cominação de multa diária ao ente público, que nada mais é do que o próprio contribuinte, decorrente de descumprimento de ordem judicial, haja vista existir no ordenamento jurídico, outros meios de coerção da autoridade administrativa que porventura persistir na desobediência da decisão judicial.

RECURSO ADESIVO – INDENIZAÇÃO – EM FAVOR DO FUNLESS – INDEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.

É público e notório que o Município de Campo Grande não dispõe de recursos financeiros sequer para construção do novo aterro sanitário, tanto que, está dependendo da liberação de numerário junto a Caixa Econômica Federal, por corolário, muito menos terá para o pagamento de indenização pecuniária a ser recolhida ao FUNLES – Fundo de Defesa e Reparação dos Direitos Difusos Lesados.

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 a preliminar e, quanto ao mérito, por maioria, vencido o revisor, dar provimento parcial ao recurso. O revisor provia o apelo voluntário em menor extensão e retificou o *decisum*, de igual modo, em menor extensão. Quanto ao recurso adesivo interposto pelo MP, a votação foi unânime, negando-lhe provimento.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2010.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Trata-se de recurso de apelação que o Município de Campo Grande, interpôs contra a sentença de f. 477-502, na qual foi julgado parcialmente procedente o pedido contido na inicial da ação civil pública que lhe moveu o Ministério Público Estadual.

Alega preliminar de cerceamento de defesa, sob argumento de que pediu esclarecimentos a respeito da perícia, ocorre que além de indeferir o pedido, ainda prolatou sentença, suprimindo a fase de apresentação de memoriais, por tais razões requer a declaração de nulidade da sentença.

Pondera que a conclusão a respeito da ocorrência do dano ambiental é questão técnica e não sujeita a apreciação de ordem pessoal; ressaltando que o presídio federal foi construído muitos anos após a instalação e funcionamento do aterro, e não ao contrário.

Enfatiza que a questão da coleta e deposição final dos resíduos sólidos urbanos não deve ser encarada apenas do ponto de vista negativo, como algo que somente agride o meio ambiente e afeta a qualidade de vida das pessoas, por tratar-se de serviço essencial.

Sustenta que outro aterro sanitário já está sendo construído pela municipalidade, a conclusão da obra está dependendo apenas da liberação de recursos obtidos junto a Caixa Econômica Federal, inclusive já foi contemplado projeto de recuperação da área, de modo que as medidas deferidas na sentença já contemplam realidade próxima de ser obtida.

Termina seu recurso requerendo seja acolhida a preliminar de cerceamento de defesa, com a consequente declaração de nulidade da sentença; e no mérito, requer a reforma integral da sentença, com a ressalva de que no caso de improvimento, seja ao menos ampliado o prazo assinalado para o cumprimento das medidas impostas na sentença para no mínimo um ano após o trânsito em julgado; bem como, seja reduzido o valor fixado a título de multa diária.

Em contrarrazões o Ministério Público pleiteou seja rejeitada as preliminares, e no mérito, o improvimento do recurso de apelação.

Às f. 557-574 o Ministério Público interpôs recurso adesivo aduzindo em apertada síntese que a obrigação de fazer não se confunde com a obrigação de indenizar a sociedade pela poluição gerada durante todos esses anos, sendo perfeitamente cabível e aconselhável a imposição de ambas as condenações.

Afirma que a simples recomposição do dano ambiental por meio da recuperação da área degradada e a construção do novo aterro revelam-se insuficientes para reparar as sistemáticas agressões ao meio ambiente que culminaram na contaminação do solo e lençol freático da área, afetando todo o ecossistema da região, principalmente os córregos Anhandui e Formiga.

Pede seja conhecido e provido o recurso adesivo, para julgar inteiramente procedente a ação civil pública, condenando o Município de Campo Grande ao pagamento de indenização pecuniária no valor de 10.000 UFERMS, devidamente corrigido com juros e correção monetária,

contado a partir da citação válida, a ser recolhida ao FUNLES – Fundo de Defesa e Reparação dos Direitos Difusos Lesados.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não-acolhimento das preliminares, e no mérito pelo improvimento do recurso; e no tocante ao recurso adesivo, manifesta-se pelo conhecimento e provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado trata-se de recurso de apelação que o Município de Campo Grande, interpôs contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido contido na inicial da ação civil pública que lhe moveu o Ministério Público Estadual.

Busca seja acolhida a preliminar de cerceamento de defesa, com a consequente declaração de nulidade da sentença; e no mérito, requer a reforma integral da sentença, com a ressalva de que no caso de improvimento, seja ao menos ampliado o prazo assinalado para o cumprimento das medidas impostas na sentença para no mínimo 1 (um) ano após o trânsito em julgado; bem como, seja reduzido o valor fixado a título de multa diária.

Em contrarrazões o Ministério Público pleiteou seja rejeitada as preliminares, e no mérito, o improvimento do recurso de apelação.

Às f. 557-574 o Ministério Público interpôs recurso adesivo aduzindo em apertada síntese que a obrigação de fazer não se confunde com a obrigação de indenizar a sociedade pela poluição gerada durante todos esses anos, sendo perfeitamente cabível e aconselhável a imposição de ambas as condenações.

Afirma que a simples recomposição do dano ambiental por meio da recuperação da área degradada e a construção do novo aterro revelam-se insuficientes para reparar as sistemáticas agressões ao meio ambiente que culminaram na contaminação do solo e lençol freático da área, afetando todo o ecossistema da região, principalmente os córregos Anhanduí e Formiga.

Pede seja conhecido e provido o recurso adesivo, para julgar inteiramente procedente a ação civil pública, condenando o Município de Campo Grande ao pagamento de indenização pecuniária no valor de 10.000 UFERMS, devidamente corrigido com juros e correção monetária, contado a partir da citação válida, a ser recolhida ao FUNLES – Fundo de Defesa e Reparação dos Direitos Difusos Lesados.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não acolhimento das preliminares, e no mérito pelo improvimento do recurso; e no tocante ao recurso adesivo, manifesta-se pelo conhecimento e provimento do apelo.

Da preliminar de cerceamento de defesa.

Argui preliminar de cerceamento de defesa, sob argumento de que pediu esclarecimentos a respeito da perícia, ocorre que além de indeferir o pedido, ainda prolatou sentença, suprimindo a fase de apresentação de memoriais, por tais razões requer a declaração de nulidade da sentença.

A alegação de cerceamento de defesa, não procede, visto que o laudo pericial está exposto de forma muito clara e objetiva, e o apelante não demonstrou qualquer vício no laudo que ensejasse maiores esclarecimentos do perito, do mesmo modo, não provou qualquer mácula que lhe causasse algum prejuízo da sua defesa.

Do mesmo modo, a ausência de momento oportuno para apresentação de memoriais, em nada interfere na defesa de seus direitos, posto que é faculdade e não dever do juiz, além do que, a sua falta não ensejou ofensa ao exercício do contraditório e ampla defesa.

Assim, rejeita-se a preliminar.

Rejeitada a preliminar, passo a análise do mérito.

Do mérito.

Versa os autos de ação civil pública que o Ministério Público Estadual moveu em face do Município de Campo Grande, devido à inadequada destinação final dos resíduos sólidos urbanos em local que não atendia as mínimas normas técnicas de um aterro, causando danos ao meio ambiente e à saúde da população.

O recorrente se rebela contra a sentença afirmando que se trata de serviço essencial a coleta e deposição final dos resíduos sólidos urbanos, acrescentando que outro aterro sanitário já está sendo construído pela municipalidade, a conclusão da obra está dependendo apenas da liberação de recursos obtidos junto a Caixa Econômica Federal, já foi contemplado projeto de recuperação da área, de modo que as medidas deferidas na sentença já contemplam realidade próxima de ser obtida.

Pois bem. É certo que o lixo é resultado da atividade diária do homem, e com o crescimento populacional, o volume dos resíduos sólidos tem aumentado significativamente.

Dado o aumento de geração de resíduos sólidos urbanos, cabe ao Poder Público conscientizar a população das consequências da produção desenfreada de lixo, da importância da separação e posterior reaproveitamento destes resíduos.

Em atenção ao art. 30, V, da Constituição Federal o Município de Campo Grande deve dar a devida destinação a tais resíduos, de modo a não comprometer a saúde pública, com inúmeras doenças, tais como, febre tifóide e paratifóide, cólera, amebíase, giardíase, leptospirose, hepatite etc; e ao meio ambiente, com a contaminação das águas fluviais e subterrâneas, pelo derramamento do chorume.

Na presente hipótese, podemos concluir após detida análise dos documentos juntados aos autos, tais como, notícias veiculadas nos jornais da cidade (f. 28, 30, 35-39, 50-56, 70-74 – no Inquérito Civil), Laudo da UFMS (f. 77-146) e Laudo Pericial Judicial que o Município de Campo Grande não faz a correta deposição final dos resíduos sólidos urbanos.

Aliás, a questão relativa à destinação do lixo no Município de Campo Grande já se arrasta desde 1990 quando o CECA – Conselho Estadual de Controle Ambiental mediante Termo de Compromisso permitiu a destinação do lixo a margem esquerda da Rodovia BR 060, em caráter emergencial e provisório (f. 28).

O Inquérito Civil n. 12 foi instaurado pelo Ministério Público em 1997, e a presente Ação Civil Pública data protocolo de 17.9.1999 e até a data da vistoria da perícia judicial, a área em questão não possuía licença de operação.

O Laudo Técnico da Cia Independente de Polícia Militar Florestal confeccionado em 7.4.1999 (f. 219-234) concluiu que o aterro sanitário não atende as mínimas normas técnicas.

No Laudo da UFMS (Inquérito Civil) constatou-se que para o recebimento do lixo, não há qualquer processo de impermeabilização na camada inferior das células (f. 95); a água subterrânea captada por bombeamento ao reservatório não está sendo utilizada para consumo humano, pois há

desconfiança de estar imprópria para este fim (f. 96); inexiste sistema de captação de águas pluviais no aterro sanitário; não há sistema de captação e tratamento do chorume. Todos esses fatos, aliados a altura do lençol freático a 2,5m da cota de fundo das células, acredita-se que os aquíferos estejam contaminados.

Há também a Análise Técnica de Engenharia (f. 81-104) apresentado pela Fundação Estadual de Meio Ambiente – Pantanal, elaborado em 27.11.2000, onde relatou a inexistência de tratamento e drenagem do chorume e de emissão de gases; carência de controle dos resíduos sólidos de serviços de saúde; a permanência de pessoas e animais; queima de pneus diretamente no solo (f. 94); a proximidade do Lixão ao córrego Formiga polui as suas águas, inclusive a jusante da área do Lixão, o oxigênio dissolvido nas águas do córrego Formiga está com concentração abaixo do limite (f. 102).

O Relatório de Vistoria n. 021/CORTEC-PGJ (f. 158-164), realizado em 7.4.2003 pelo corpo técnico do Ministério Público presenciou a queima de pneus a céu aberto, afirmando que esta prática emite na atmosfera metais pesados, compostos orgânicos complexos, dioxina, entre outros, degradando o meio ambiente, colocando em risco a saúde da população, bem como, contraria a legislação vigente.

Do mesmo modo, o Laudo Pericial Judicial (f. 405-465) não destoa das demais vistorias. Cumpre-nos ressaltar que a área do lixão está em estado caótico, nada funciona dentro das mínimas normas técnicas, conforme conclusão obtida pelo Engenheiro sanitarista e ambiental Lucas Meneghetti Carromeu ao relatar:

> [...]
>
> A área encontra-se sem impermeabilização para a disposição dos resíduos e nas lagoas de chorume, estando os mesmos em contato direto com o solo, acarretando prejuízos ao subsolo e as águas subterrâneas.
>
> Os líquidos oriundos da decomposição do lixo (chorume) estão contaminando as águas subterrâneas e consequentemente o solo e subsolo, conforme constatado nas análises apresentadas neste laudo, podendo causar danos e prejuízos a população do entorno, aos animais e a flora.
>
> Os gases (metano e sulfídrico) além de estarem oferecendo risco de explosão, pois se encontram em grande parte, confinados no maciço de lixo, são agentes contaminantes do ar, principalmente o metano, que é um gás colaborador para o efeito estufa e aquecimento global. O gás sulfídrico acarreta a riscos de perda olfativa os catadores e trabalhadores expostos diretamente sem os equipamentos de proteção individual.

E arremata dizendo que:

> Conclui-se que referida atividade além de estar em desacordo com o preposto em estudos e licenças ambientais, se enquadrada segundo a lei de crimes ambientais em diversos artigos, cito alguns, art. 54, § 2º, item V, § 3º, afirmação esta constatada com base nas análises realizadas de água subterrânea e superficial, e com base na vistoria realizada em 13.10.2008.

Nesses moldes, a condenação do Município de Campo Grande consistente em construir aterro sanitário ou encontrar outra forma de tratamento final do lixo urbano, de acordo com as normas sanitárias e ambientais pertinentes, providenciando, com a devida antecedência, o EIA/RIMA do local e o devido licenciamento

ambiental exigidos, de modo a evitar a poluição do meio ambiente e a preservar a saúde da população (item 1 do dispositivo); bem como, a obrigação de fazer, consistente em apresentar um plano de recuperação da área degradada, no local onde se situa o lixão (item 3 do dispositivo), devem ser mantidas, no entanto, estendo o prazo de cumprimento, estipulado na sentença de seis meses, para um ano, devido às inúmeras irregularidades a serem sanadas, contados do trânsito em julgado da sentença, e para que seja devidamente efetivada, o custo destas obrigações devem constar expressamente do Plano Plurianual e da Lei Orçamentária Anual.

No que tange a obrigação de não fazer, consistente em condenar o réu a se abster de depositar o lixo, de qualquer natureza, na área onde se encontra localizado o atual lixão (item 2 do dispositivo), entendo que trata-se de condenação impossível de ser cumprida, pois até que a primeira condenação seja cumprida, é no atual lixão que os resíduos sólidos deverão ser despejados, motivo pelo qual, afasto tal condenação.

Noutro modo, afasto a multa diária fixada em caso de descumprimento, posto que a multa acabará sendo suportada pelo erário, que, em última análise, nada mais é do que o próprio contribuinte, e não é sensato que se onere mais ainda a coletividade, fazendo-a arcar, mesmo que de forma indireta, com mais este ônus, decorrente de descumprimento de ordem judicial, haja vista existir no ordenamento jurídico pátrio outros meios de coerção da autoridade administrativa que porventura persistir na desobediência da decisão judicial em questão.

Desarrazoada, portanto, a cominação da multa em epígrafe.

Por todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação, para manter a condenação do Município de Campo Grande consistente em construir aterro sanitário ou encontrar outra forma de tratamento final do lixo urbano, de acordo com as normas sanitárias e ambientais pertinentes, providenciando, com a devida antecedência, o EIA/RIMA do local e o devido licenciamento ambiental exigidos, (item 1 do dispositivo), bem como, a obrigação de fazer, consistente em apresentar um plano de recuperação da área degradada, no local onde se situa o lixão (item 3 do dispositivo), no entanto, dilato o prazo para cumprimento estipulado na sentença de seis meses, para um ano, devido às inúmeras irregularidades a serem sanadas, contados do trânsito em julgado da sentença, e para que seja devidamente efetivada, o custo destas obrigações devem constar expressamente do Plano Plurianual e da Lei Orçamentária Anual.

E afasto a condenação do réu de abster de depositar o lixo, de qualquer natureza, na área onde se encontra localizado o atual lixão (item 2 do dispositivo), bem como a multa diária fixada em caso de descumprimento.

Do recurso adesivo do Ministério Público Estadual.

O apelante pede seja conhecido e provido o recurso adesivo, para julgar inteiramente procedente a ação civil pública, condenando o Município de Campo Grande ao pagamento de indenização pecuniária no valor de 10.000 UFERMS, devidamente corrigidos com juros e correção monetária, contados a partir da citação válida, a ser recolhida ao FUNLES – Fundo de Defesa e Reparação dos Direitos Difusos Lesados.

Entrementes, é público e notório que o Município de Campo Grande não dispõe de recursos financeiros sequer para construção do novo aterro sanitário, tanto que, está dependendo da liberação de numerário junto a Caixa Econômica Federal, por corolário, muito menos terá para o pagamento de indenização pecuniária a ser recolhida ao FUNLES – Fundo de Defesa e Reparação dos Direitos Difusos Lesados, além disso, como bem destacou a sentença, o apelado já esta tendo que arcar com gastos suficientes na recuperação da área degradada e instalação do novo aterro sanitário.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso adesivo.

Diante dessas razões, rejeito a preliminar, e no mérito, dou parcial provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação, para manter a condenação do Município de Campo Grande consistente em construir aterro sanitário ou encontrar outra forma de tratamento final do lixo urbano, de acordo com as normas sanitárias e ambientais pertinentes, providenciando, com a devida antecedência, o EIA/RIMA do local e o devido licenciamento ambiental exigidos, (item 1 do dispositivo), bem como, a obrigação de fazer, consistente em apresentar um plano de recuperação da área degradada, no local onde se situa o lixão (item 3 do dispositivo), no entanto, dilato o prazo para cumprimento das obrigações estipuladas na sentença de seis meses, para um ano, devido as inúmeras irregularidades a serem sanadas, contados do trânsito em julgado da sentença, e para que seja devidamente efetivada, o custo destas obrigações devem constar expressamente do Plano Plurianual e da Lei Orçamentária Anual.

Afasto a condenação do réu de abster de depositar o lixo, de qualquer natureza, na área onde se encontra localizado o atual lixão (item 2 do dispositivo), bem como, a multa diária fixada em caso de descumprimento.

Por fim, nego provimento ao recurso adesivo apresentado pelo Ministério Público Estadual.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Revisor)

No que se refere à preliminar de cerceamento de defesa aventada pelo apelante, bem como no que tange ao recurso adesivo interposto pelo Ministério Público Estadual, acompanho o ilustre relator, sem ressalvas.

Todavia, peço-lhe vênia para discordar no ponto em que deu parcial provimento ao recurso manejado pelo Município de Campo Grande, por entender que a determinação contida na sentença, para que o Município se abstivesse de depositar, naquele local, lixo de qualquer natureza, merece ser mantida, a fim de que se dê efetiva concreção ao disposto no art. 225 da Constituição Federal.

Com efeito, o laudo pericial elaborado pelo *expert*, nomeado nos autos, foi suficientemente claro, acerca dos irremediáveis efeitos deletérios do acúmulo de lixo na área do atual "lixão" municipal, mormente quanto ao comprometimento do aquífero subterrâneo. Confira-se:

> A decomposição biológica do lixo (resíduos sólidos) resulta na geração de gases e chorume (líquido percolado no lixo). Os gases detectados estão contidos na massa lixo, presentes em todo o maciço indentificados pelos constantes focos de fumaça, devido à queima esponstânea e pelo odor fétido do gás sulfídrico. Há indícios da presença de chorume no lençol freático, conforme indetificado pelas análises das águas subterrâneas coletadas nos pontos PJ3, PMH3 e PMH4 (F. 417)
>
> A área encontra-se sem impermeabilização para a disposição dos resíduos e nas lagoas de chorume, estando os mesmos em contato direto com o solo, acarretando prejuízos ao subsolo e às águas subterrâneas.
>
> Os líquidos oriundos da decomposição do lixo (chorume) estão contaminando as águas subterrâneas e consequentemente o solo e subsolo, conforme constatado nas análises apresentadas neste laudo, podendo causar danos e prejuízos a população do entorno, aos animais e a flora. (f. 421).

Diante disso, asseverou, com propriedade, o magistrado da instância singela por ocasião da sentença, *in verbis*:

> No presente caso, melhor é que a área onde atualmente se encontra o "lixão" seja desativada, porquanto afeta o lençol freático, como constatado no laudo pericial, devendo ser recuperada a vegetação nativa. E, seja instalado o aterro sanitário regular em área a ser previamente analisada e estudada, em tempo razoável a ser cumprido pela administração, também de forma que não eternize a solução da questão. (f. 500).

Ademais, nas cercanias do local encontram-se os bairros Dom Antônio Barbosa, Parque do Sol e Lageado (f. 429), os quais, por força do impacto ambiental causado pelo o acúmulo de resíduos sólidos na área, estão sujeitos, em decorrência contaminação do lençol freático utilizado para o abastecimento doméstico da população e para a dessedentação animal, à proliferação de vetores das mais diversas mazelas (ratos, mosquitos, baratas), tais como a dengue e a leptospirose (f. 430).

Portanto, e diante dos demais elementos probatórios constantes dos autos, é de ser mantida a providência determinada na sentença prolatada pelo juízo *a quo*, para que o Município de Campo Grande abstenha-se de depositar quaisquer dejetos na área onde atualmente encontra-se localizado o "lixão".

A propósito, colhe-se o seguinte aresto:

> EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIXÃO – DECISÃO QUE CONDENOU O MUNICÍPIO A REMOVER O LIXO PARA UM LOCAL ADEQUADO E PREVIAMENTE AUTORIZADO PELO SEMA – PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO – NECESSIDADE DE DILAÇÃO DE PRAZO PARA A EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS.
>
> Correta a decisão, visto que amparada nas normas constitucionais consubstanciadas nos artigos 23, 196, e 225 da Carta Magna, e nas provas carreadas aos autos, dando conta que o lixo urbano é depositado em local inadequado, de permanente risco à sociedade e à conservação do meio ambiente. Com primazia, sendo o poder público quem tem o dever de orientar-se segundo as normas ambientais constitucionais, a ele se impõe a obrigação de adequação de suas providências. No presente caso, em razão da complexidade das medidas a serem tomadas pelo Município é necessária dilação de prazo, concedido 180 dias. (TJMS, Ag n. 2002.004479-3, Glória de Dourados, Quarta Turma Cível, Rel. Des. João Batista da Costa Marques, julgado em 12.8.2003, Unânime).

Diante do exposto, pedindo vênia ao ilustre relator, dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Município de Campo Grande, tão-somente para, nos termos do voto do relator, afastar a incidência da multa cominatória fixada, mantendo, no mais, intacta a bem lançada sentença recorrida.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE E CONFORME O PARECER, REJEITOU A PRELIMINAR E, QUANTO AO MÉRITO, POR MAIORIA, VENCIDO O REVISOR, DEU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. O REVISOR PROVIA O APELO VOLUNTÁRIO EM MENOR EXTENSÃO E RETIFICOU O DECISUM, DE IGUAL MODO, EM MENOR EXTENSÃO. QUANTO AO RECURSO ADESIVO INTERPOSTO PELO MP, A VOTAÇÃO FOI UNÂNIME, NEGANDO-LHE PROVIMENTO.

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 Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.001525-3 - Nova Andradina
Segunda Turma Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA* – AFASTADA – TEORIA DO RISCO CRIADO – DESATRELAMENTO DE CAMINHÕES NO PERÍODO DE SAFRA DE CANA-DE-AÇÚCAR – ATIVIDADE QUE NORMALMENTE DESENVOLVIDA IMPLIQUE EM RISCO DE DANO AO TRABALHADOR – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS NORMAS DE SEGURANÇA – EXCESSIVIDADE DO MONTANTE INDENIZATÓRIO – NÃO CONSTATADA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em julgamento *extra petita* quando o magistrado, ao proferir sua decisão, se atém à causa de pedir suscitada na inicial.

Pela Teoria do Risco Criado, o empregador é responsabilizado objetivamente pelos danos causados a seus funcionários. Há que se apontar que sua responsabilidade é adstrita ao risco da atividade. Ou seja, o empregador só é obrigado a reparar o dano independentemente de culpa quando a atividade normalmente desenvolvida por ele implicar, por sua natureza, risco de dano ao trabalhador.

A empresa é, por força de lei, obrigada a fazer cumprir as normas de segurança por parte de seus funcionários, na inteligência do inciso I do art. 157 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O *quantum* indenizatório deve ser proporcional à capacidade econômica da empresa responsável pelo dano causado à família. Não deve ser deveras oneroso, causando grande comoção à sua estabilidade financeira, nem de valor irrisório, que não afete em nada sua atividade, o que estimularia a reincidência desses atos.

DO RECURSO ADESIVO: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DO EMPREGADOR – IMPRUDÊNCIA DA VÍTIMA COMPROVADA – CULPA CONCORRENTE – MAJORAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO – REJEITADA – RECURSO IMPROVIDO.

Há culpa concorrente quando, embora haja falha organizacional por parte da empresa, a imprudência da vítima tenha concorrido para a ocorrência do sinistro.

O quantum indenizatório deve ser proporcional à capacidade econômica da empresa responsável pelo dano causado à família. Não deve ser deveras oneroso, causando grande comoção à sua estabilidade financeira, nem de valor irrisório, que não afete em nada sua atividade, o que estimularia a reincidência desses atos.

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 as preliminares e, no mérito, por igual votação, negar provimento a ambos os recursos, em parte com o parecer.

Campo Grande, 15 de junho de 2010.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Energética Santa Helena Ltda., Benedita Galdino Ferreira e outros, inconformados com a sentença de f. 306-13, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da ação de indenização por danos morais e materiais, que os segundos movem em desfavor da primeira, interpuseram, respectivamente, recursos de apelação e adesivo.

Energética Santa Helena Ltda. argui preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, em síntese, alega que: não procede a fundamentação do magistrado quanto à desorganização dos serviços, a inexistência de local para o desatrelamento e a falta de fiscalização na área; a culpa pela ocorrência do acidente é exclusiva da vítima; a teoria do risco é inaplicável ao caso; a sentença é omissa quanto ao grau de culpa de cada uma das partes; a condenação à indenização deve ser fixada em proporção à culpa de cada um; é excessivo o q*uantum* indenizatório por danos materiais, além do que a reparação deve ser restringida até a data em que os filhos completarem 25 anos de idade; a exacerbação da indenização por danos morais gera enriquecimento ilícito dos recorridos. Prequestiona os artigos 5º, LV da CF; 128, 264, 300, 303 do CPC e 944 e 927, parágrafo único do CC.

Pede o reconhecimento da nulidade da sentença. Alternativamente, pleiteia a reforma da sentença atacada, julgando improcedentes os pedidos da inicial ou, ainda, a redução do montante indenizatório devido (f. 323-35).

Benedita Galdino Ferreira e outros buscam a reforma da sentença para que seja reconhecida a inexistência de culpa da vítima, a majoração da indenização por danos morais e dos honorários advocatícios e a condenação da recorrida na integralidade dos ônus sucumbenciais (f. 345-50).

Contrarrazões às f. 340-4 e 361-4 pugnando pelo improvimento dos recursos.

Em parecer de f. 371-86, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso de apelação e pelo conhecimento e improvimento do recurso adesivo.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recursos de apelação e adesivo, interpostos, respectivamente, por Energética Santa Helena Ltda., e Benedita Galdino Ferreira e outros, contra a sentença de f. 306-13, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da ação de indenização por danos morais e materiais, que os segundos movem em desfavor da primeira (f. 323-35 e 345-50).

Passa-se à análise dos recursos.

Do recurso de apelação interposto por Energética Santa Helena Ltda.

Da preliminar de julgamento *extra petita*.

Sob a alegação de que a sentença foi fundada em matéria fática não suscitada pelas partes, assevera a apelante a nulidade do decisório por ser *extra petita*.

Argumenta que, embora os recorridos tenham alegado culpa dos funcionários da apelante e, por outro lado, a recorrente tenha alegado culpa exclusiva da vítima, a magistrada, ao proferir a sentença, dispôs sobre fatos não alegados nos autos pelas partes.

O art. 131 do Código de Processo Civil preceitua:

> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Ressalta-se que o magistrado não está adstrito exclusivamente aos fatos alegados pelas partes para fundamentar seu entendimento.

Pelo contrário, em observância ao princípio do livre convencimento do juiz, o magistrado pode e deve analisar as provas acostadas aos autos para proferir decisão que, ao seu entender, seja justa e legal.

A sentença reveste-se da característica extra petita quando o magistrado, ao proferir sua decisão, não se atém à causa de pedir suscitada na inicial.

Analisando detidamente a sentença de f. 306-13, não vislumbro os fundamentos da alegação.

A juíza analisou a responsabilidade dos envolvidos no sinistro, entendendo pela culpa concorrente da vítima, que veio a falecer em decorrência do acidente de trabalho ocorrido no canavial.

Em momento algum dispôs sobre fatos não elencados nos autos, fundamentando seu entendimento com base nos depoimentos das testemunhas arroladas pelas partes.

Tendo entendido pela existência de culpa concorrente, a magistrada passou à fixação da indenização por danos morais e materiais.

A sentença restringiu-se à condenação por danos morais e materiais, como pleiteado na inicial, não havendo que se falar em julgamento extra petita.

Assim, rejeita a preliminar arguida.

Do mérito.

O acidente que vitimou Aluísio Galdino Ferreira, funcionário da empresa apelante, esposo e pai dos apelados, ocorreu na madrugada do dia 7.6.1999, durante o período de safra, quando a vítima realizava o desatrelamento de caminhões carregados de cana-de-açúcar.

É fato incontroverso a ocorrência do sinistro e sua caracterização como acidente de trabalho. Resta analisar a responsabilidade da empresa em indenizar a família do funcionário falecido.

A empresa recorrente alega a inaplicabilidade da Teoria do Risco.

Ao meu ver, tal argumentação não procede.

O art. 927 do Código Civil preceitua:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Depreende-se do enunciado a existência de duas hipóteses expressamente previstas em que prescinde de culpa a responsabilização do autor do dano: a primeira, remete a configuração da responsabilidade objetiva à previsão expressa em lei; a segunda, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, em risco para os direitos de outrem.

A princípio, a segunda hipótese somente se aplicaria em relação a danos causados pela empresa a terceiro.

Tal raciocínio implica seguinte situação: em razão da atividade de risco do empregador, surgindo um dano causado a terceiro, o dono do estabelecimento seria objetivamente responsabilizado, porém, perante seus próprios funcionários, somente seria responsabilizado se comprovada sua culpa ou dolo, nos termos do inciso XXVIII do art. 7° da Constituição Federal.

Dada a inequívoca necessidade de harmonizar o instituto da responsabilidade civil ao princípio da pessoa humana, a jurisprudência passou a aplicar a Teoria do Risco Criado nas ações de indenização por acidente de trabalho.

Pela Teoria do Risco Criado, o empregador é responsabilizado objetivamente pelos danos causados a seus funcionários. Há que se apontar que sua responsabilização é adstrita ao risco da atividade. Ou seja, o empregador só é obrigado a reparar o dano independentemente de culpa quando a atividade normalmente desenvolvida por ele implicar, por sua natureza, risco de dano ao trabalhador.

Nesse sentido o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. NATUREZA. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA DO EMPREGADO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CULPA DO EMPREGADOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.
>
> - O art. 7º da CF se limita a assegurar garantias mínimas ao trabalhador, o que não obsta a instituição de novos direitos – ou a melhoria daqueles já existentes – pelo legislador ordinário, com base em um juízo de oportunidade, objetivando a manutenção da eficácia social da norma através do tempo.
>
> - A remissão feita pelo art. 7º, XXVIII, da CF, à culpa ou dolo do empregador como requisito para sua responsabilização por acidentes do trabalho, não pode ser encarada como uma regra intransponível, já que o próprio caput do artigo confere elementos para criação e alteração dos direitos inseridos naquela norma, objetivando a melhoria da condição social do trabalhador.
>
> - Admitida a possibilidade de ampliação dos direitos contidos no art. 7º da CF, é possível estender o alcance do art. 927, parágrafo único, do CC/02 – que prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para terceiros – aos acidentes de trabalho.
>
> - A natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo.
>
> - O contrato de trabalho é bilateral sinalagmático, impondo direitos e deveres recíprocos. Entre as obrigações do empregador está, indubitavelmente, a preservação da incolumidade física e psicológica do empregado no seu ambiente de trabalho.

> - Nos termos do art. 389 do CC/2002 (que manteve a essência do art. 1.056 do CC/1916), na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 1067738, Terceira Turma, Relª Minª. Nancy Andrighi, DJ de 25.6.2009).

O risco que enseja a obrigação de indenizar o dano é o risco específico, criado pelas condições do lugar, modo e tempo em que o trabalho é prestado, é o risco que decorre da natureza da atividade desenvolvida.

A empresa recorrente atua na colheita de cana-de-açúcar. A função da vítima era realizar o desatrelamento da carga de caminhões carregados com cana-de-açúcar, o que envolvia posicionar-se entre o caminhão e a carga para desconectar as "julietas".

O risco da atividade é notório. Para evitar esmagamentos, como o do presente caso, o serviço deveria ser executado em local certo e por duplas de funcionários, sendo que um deles faria a comunicação com o motorista do caminhão e o outro procederia ao desengate.

Atendo ao disposto no art. 157 da Consolidação das Leis do Trabalho, a empresa deveria:

> I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
>
> II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
>
> [...]

Pela leitura do primeiro inciso depreende-se que cabia à empresa recorrente fiscalizar o cumprimento dos procedimentos de segurança por parte de seus funcionários.

Embora oferecesse treinamento aos trabalhadores, a empresa não procedia a fiscalização do cumprimento das normas de segurança.

Pelo depoimento de testemunhas, afere-se que o desatrelamento era realizado, muitas vezes, fora do local pré-determinado, em total desconformidade com as normas de segurança e sem a devida fiscalização por parte da empresa.

A testemunha José Ricardo Tozato, motorista do caminhão envolvido no acidente trabalhista, em seu depoimento de f. 150-1 afirmou:

> [...] O local para o desatrelamento é o lugar onde se encontra os funcionários ou onde se encontra um trator. Onde eu parei o caminhão não era o local do desatrelamento. Parei 30 metros antes do abrigo.[...]

No mesmo sentido o depoimento do Sr. Edmilson Rodrigues Ferreira:

> [...] o depoente foi fiscal de campo da ré e em razão dessa função acompanhava o atrelamento e desatrelamento de caminhões. A empresa não fixava locais de desatrelamento, sendo que tal procedimento ocorria onde estavam as julietas […] tanto o motorista quanto o desatrelador sabem que o caminhão tem que parar e ser desatrelado, logo não é necessário avisar se vai haver o desatrelamento [...] (f. 99).

Confirmando o total descaso da empresa com as normas de segurança, o Sr. Robson Rodrigues Ferreira de Araújo afirmou em seu depoimento de f. 100: "*A empresa não fixa locais para desatrelamento das carretas, sendo que tais locais são indicados aos funcionários pelos fiscais*".

A costumeira realização do desatrelamento em local diverso do fixado foi confirmada pelo Sr. Josias da Silva Rodrigues, outrora companheiro de trabalho da vítima, que afirmou em seu depoimento de f. 101:

> [...] na ocasião a usina estava em época de safra. O caminhão sabe onde deve parar para fazer o desatrelamento, mas às vezes segue para onde tem alguém, se não tiver ninguém no local.

Resta evidente que a empresa recorrente não fiscalizava rigorosamente o atendimento às normas de segurança para o desatrelamento dos caminhões.

A empresa era, por força de lei, obrigada a fazer cumprir as normas de segurança por parte de seus funcionários, na inteligência do inciso I do art. 157 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Contudo, os depoimentos das testemunhas noticiam que, embora a atividade desenvolvida no canavial fosse de risco, a empresa não procedia à rigorosa fiscalização do cumprimento das normas de segurança.

É clara a aplicação da Teoria do Risco Causado no presente caso, devendo a empresa ser responsabilizada objetivamente pelos danos causados à vítima, cabendo-lhe indenizar a família do funcionário.

Da alegada excessividade dos danos materiais e morais.

A magistrada a quo, entendendo pela culpa concorrente da vítima, condenou a empresa apelante ao pagamento de indenização por danos materiais à família do ex-funcionário, fixada em 1/3 do rendimento mensal da vítima, desde a ocorrência do óbito até a data em que essa completaria 65 anos de idade, acrescida da devida correção monetária e de juros moratórios.

Poder-se-ia limitar o prazo da indenização, conforme pretende a apelante, se os autores fossem somente filhos e capazes. Contudo, o pagamento do montante indenizatório não é restrito aos filhos, mas também à viúva da vítima, não havendo que se falar em cessação do pagamento antes da data em que o funcionário completaria 65 anos de idade.

Dentre os filhos do falecido constata-se que dois são incapazes.

Ângela Maria Ferreira, embora nascida em 21.1.1980, é maior incapaz, portadora de necessidades especiais como atestam os documentos de f. 72-5 e o menor Marcos Galdino Ferreira, nascido em 10.12.1996, que conforme certidão de nascimento acostada às f. 12, estará com 23 anos em 23.3.2020, data em que seu pai completaria 65 anos de idade.

Por outro lado, afasta-se a alegação de excessividade do quantum indenizatório a título de danos morais.

A família apelante, em decorrência do acidente trabalhista, foi prematuramente privada da convivência de esposo e genitor. A vida humana é um bem precioso e inestimável. Embora a compensação financeira nem de longe aplaque a dor da perda de um ente querido, o pagamento de indenização almeja suavizar o sofrimento causado pela situação, assim sendo a quantia de R$ 45.000,00 destinada à esposa e sete filhos não se afigura exorbitante.

Com referência ao prequestionamento, destaca-se que os dispositivos mencionados pelo embargante estão devidamente prequestionados, porém, após analisados, foram aplicadas ao caso, apenas as disposições que o julgador entendeu coerentes aos autos.

Ademais, basta o exame das alegações pelo Colegiado, até porque não se está vinculado a fundamento invocado pelas partes para se prestar a jurisdição, tanto é que, mencionados os fatos pela parte, cabe ao magistrado a aplicação do direito com a utilização da legislação que entende pertinente ao caso concreto.

Do recurso adesivo interposto por Benedita Galdino Ferreira e outros.

Da pretensão ao afastamento da culpa concorrente.

Argumentam os recorrentes que restou comprovada a culpa exclusiva da recorrida pela ação imprudente dos dois funcionários da empresa que não esperaram o sinal para que pudesse por as julietas em movimento.

Contudo, entendo que a sentença não merece reparado nesse ponto.

Conforme argumentado no voto do recurso de apelação, cuja fundamentação faço aqui as minhas razões de decidir, no tocante ao procedimento de atrelamento e desatrelamento dos caminhões, restou comprovado que o serviço organizacional da empresa era falho, porém, restou também clara a imprudência da vítima, conforme provas a seguir:

> [...] eu estava trabalhando como companheiro da vítima no dia dos fatos. No momento em que a usina deu uma parada, o depoente e a vítima procuraram um local para descansar e dormir, sendo que a vítima foi deitar em meio as canas para se proteger do frio. Depois o depoente escutou o caminhão parando e levantou-se, sendo que o motorista do caminhão o viu, momento em que escutou gritos, mas já não dava para fazer mais nada, porque a julieta havia passado em cima da vítima. A julieta passou por sobre a vítima quando ele saía do canavial, sendo que a vítima não estava no local do desatrelamento, onde o depoente se encontrava. A vítima estava cerca de 30 metros do local de desatrelamento. […] A vítima foi atropelada no carreador. […] O depoente escutou os gritos quando o caminhão que estava parado retomou a movimentação, razão pela qual o depoente crê que a vítima deveria estar passando por baixo do caminhão para providenciar o desatrelamento[...] (Josias da Silva Rodrigues, f. 101).

> [...] Quando o depoente chegou a parte que tinha sangue, a cana já havia sido cortada, mas o sangue estava no carreador[...] (Robson Rodrigues Ferreira de Araújo, f. 100).

> Era por volta das 3h da manhã, estava bastante frio, fui ao local do carregamento com o caminhão, atrelado com seu reboque, antes do cruzamento, no canavial, onde deveria parar, freei o caminhão, até porque, seria difícil manobrar para fazer o retorno com o caminhão. Não havia no local pessoas para ajudar no desengate. Quando cheguei no ponto para o desengate, não havia ninguém no local, mas depois percebi que saiu alguém de um abrigo, calçando suas luvas e aí percebi que haveria o desatrelamento, no local um pouco a frente de onde estava. Fiquei sabendo, depois do acontecido, que o SR. ALOÍSIO estava dormindo no meio do canavial. Ele entrou pelo lado direito do caminhão, quando procedimento é pelo lado esquerdo. Essa a razão pela qual não viu o Sr. Aloisio. Ele ficou entre a carreta e o reboque. Acredito que ele tenha passado por baixo do cabeçalho do reboque. Foi nesse momento que pus o caminhão em movimento e que aconteceu o acidente.[...] (José Ricardo Tozato, motorista do caminhão, f. 150-1).

Não restam dúvidas de que a vítima também se descuidou da necessidade de avisar ao motorista do caminhão que iria proceder ao desengate, até porque, conforme todas as testemunhas afirmaram, estava escuro, pois era madrugada (3h) e, portanto, o momento era de difícil visibilidade.

Dessa forma, há que se manter a culpa concorrente, aliás, o Departamento de Segurança da CIPA, em parecer técnico assim concluiu: "Verificamos que houve falhas das pessoas envolvidas com o serviço de atrelamento/desatrelamento de julietas" (f. 65).

Também não merece acolhida a pretensão de majoração da indenização por danos morais.

Como é sabido, não há norma legal que regule a fixação dos danos morais. Assim sendo, o magistrado, quando da condenação ao pagamento de verba indenizatória, deve pautar-se pelo equilíbrio, observando que o montante não deve causar enriquecimento ilícito à parte ofendida, nem ser absurdamente oneroso à parte ofensora.

O quantum indenizatório deve ser proporcional à capacidade econômica da empresa responsável pelo dano causado à família. Não deve ser deveras oneroso, causando grande comoção à sua estabilidade financeira, nem de valor irrisório, que não afete em nada sua atividade, o que estimularia a reincidência desses atos.

A condenação ao pagamento de indenização por danos morais deve cumprir satisfatoriamente sua dupla finalidade compensatória e inibitória.

Há que se levar em conta não apenas a compensação pela dor e sofrimento causados à família da vítima, mas também punir a empresa para que futuramente cumpra sua fiscalização de obediência às normas de segurança por parte de seus funcionários, evitando possíveis acidentes trabalhistas.

Assim sendo, tenho como justa a condenação da empresa ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 45.000,00.

Melhor sorte não é reservada aos recorrentes no tocante aos honorários advocatícios.

Observa-se que para fixação dos honorários, o juiz usando de seu poder discricionário e nos termos e dentro dos parâmetros do art. 20, § 4º, do CPC, entendeu que o percentual de 10% sobre o valor da condenação era o suficiente para remunerar condignamente o profissional do direito, cuja quantia de modo algum se apresenta irrisória.

À vista de toda a fundamentação, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Pelo exposto, nega-se provimento aos recursos de apelação e adesivo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, POR IGUAL VOTAÇÃO, NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS, EM PARTE COM O PARECER.

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

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, 15 de junho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.014965-3 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – INDENIZAÇÃO – ALUNO LESIONADO EM ESCOLA PÚBLICA DURANTE RECREIO – PERDA VISUAL COMPLETA DE UM DOS OLHOS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ENTE MUNICIPAL.

É objetiva a responsabilidade do ente municipal pelo ato ilícito ocorrido com aluno sob sua responsabilidade.

EMENTA - INCAPACIDADE PARCIAL PERMANENTE – DANOS MORAIS E MATERIAIS DEVIDOS – PENSIONAMENTO A CONTAR DA DATA EM QUE O MENOR COMPLETOU 16 ANOS, EXTENSIVO ATÉ 65 ANOS DE IDADE.

Existente o nexo de causalidade entre o dano e o ato lesivo é direito do lesionado ao recebimento de danos moral e material, estendendo-se este, da data em que o menor completou 16 e até os 65 anos de idade, caso não venha a óbito antes de completar a idade limite, no valor de um salário-mínimo, mesmo que não haja comprovação nos autos de que o menor exercia qualquer atividade lucrativa, por ser presumível na família de baixa renda o ingresso no mercado de trabalho desde então.

EMENTA - DANOS MORAIS – REDUÇÃO – FIXAÇÃO EM PATAMAR EXCESSIVO FRENTE AO QUE VEM SENDO ARBITRADO EM CASO DE FALECIMENTO DA VÍTIMA.

O valor fixado pelo dano moral há de corresponder quantia suficiente para reparar a dor moral da vítima e penalizar o ofensor, sob pena de enriquecimento sem causa.

EMENTA - CORREÇÃO MONETÁRIA – DEVIDA A PARTIR DO ARBITRAMENTO – JUROS DE MORA INCIDENTES A PARTIR DO EVENTO DANOSO.

"A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento" (Súmula STJ/362), enquanto os juros de mora incidem[...] a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual (Súm.54 do STJ).

ÍNDICE DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – LEI N. 11.960/09.

A incidência dos juros de mora dar-se-á em 0,5% (meio por cento) ao mês, do evento até janeiro de 2003, data de vigência do novo CC; daí até 29.6.2009, de 1% (um por cento) ao mês; doravante e até efetivo pagamento, quer a correção monetária quer os juros, pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (Lei n. 11.960/2009 – art. 5º).

HONORÁRIOS – MAJORAÇÃO – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Majoram-se os honorários quando os fixados não relevam a condenação do dano moral mais o dano material, tomando-se estes apenas em relação às parcelas vencidas.

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 aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 13 de maio de 2010.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Júlio César Arcanjo da Costa, Município de Campo Grande e o sentenciante por dever de ofício, interpõem recursos de apelação objetivando reformar a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na ação indenizatória que o primeiro promoveu em face do segundo, condenando este ao pagamento de danos morais no importe de R$ 41.500,00 (quarenta e um mil e quinhentos reais), corrigido pelo IGPM e incidência de juros de mora a partir da prolação da sentença; pensão mensal de um salário-mínimo a contar da data que o autor completou 16 anos no valor do vigente à epoca, até completar 72 anos de idade, corrigida pelo IGPM e juros de mora da data em que a pensão deveria ter sido paga; e honorários de R$ 4.000,00 (quatro mil reais).

A pretensão do autor-apelante é de majorar a verba fixada pelos danos morais para R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), alegando que a fixada não tem desiderato de compensar a dor e punir o autor do ato ilícito; termo inicial dos juros de mora a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ) e da correção monetária da data do efetivo prejuízo (Súmula 43 do STJ); majoração dos honorários por não representar remuneração digna ao patrocinador da demanda.

O recurso do réu-apelante busca a extirpação das condenações arrimando-se nas dificuldades que o poder público enfrenta na orquestração educacional e disciplinar no interior da escola sem obter, muitas vezes, cooperação do aluno e da família, ainda que conte com agentes de educação imbuídos de espírito altruísta. Caso persista a condenação, a redução do montante atribuído aos danos morais por apresentar divorciado da realidade e propiciador enriquecimento sem causa ao autor-apelante; a extinção da pensão porque o autor-apelado não exercia atividade remunerada ou a redução do *dies ad quem* para 65 anos.

As contrarrazões foram acolhidas às f. 231-234 e 237-245.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Na peça inicial o autor narrou que no dia 3.9.1999, à época com 14 anos de idade, nas dependências da escola Municipal Professor Plínio Mendes dos Santos, onde estudava, durante o recreio,[...] um objeto que lhe foi atirado atingiu e perfurou seu olho esquerdo[...]culminando com a perda total da visão (f. 3).

Requereu a condenação do Município de Campo Grande em 500 salários-mínimos como compensador da dor moral e pensão vitalícia de dois salários mínimos pela diminuição da capacidade laborativa, retroativa a 24.4.2001 quando completou 16 anos.

Entendeu o juiz a quo que a responsabilidade do ente municipal decorre da denominada teoria do risco administrativo, que tem forte na responsabilidade objetiva, por isso, a ação desta natureza impõe apenas a comprovação da existência do nexo causal entre o fato lesivo, representado pela lesão ocular sofrida pelo autor e o ato omissivo do agente público, consubstanciado em sua conduta negligente (f. 198), fixando a importância de R$ 41.500,00 (quarenta e um mil e quinhentos reais), correspondendo a 100 salários- mínimos de danos morais e um salário-mínimo como pensão, em razão da diminuição da capacidade laborativa, a contar da data em que completou 16 anos, valores corrigíveis pelo IGPM e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar da data da prolação da sentença, 19.2.2009.

As partes irresignaram-se com a sentença. O autor-apelante quanto aos danos morais, requerendo majoração para R$ 80.000,00 (oitenta mil reais); incidência dos juros de mora e da correção monetária a partir do evento danoso, 3.9.1999; e majoração dos honorários. O réu-apelante pela improcedência dos pedidos ou redução dos valores fixados, bem como redução da pensão para o limite de 65 anos.

Devido o antagonismo dos pedidos recursais, analiso-os segundo a ordem de prejudicialidade.

Exclusão da responsabilidade

Diz o réu-apelante não ser factível que [...] devolva ao Requerido/instituição a obrigação de educar e corrigir o desvio de comportamento de alguns alunos que freqüentam a escola municipal não obstante o custo de manter a segurança geral, já que sua responsabilidade é limitada na educação social tanto que sobre restrições advindas do ECA no sentido de expulsar da escola elementos nocivos e perigosos (f. 223).

À luz do ECA às crianças e adolescentes é assegurada "proteção integral" e indica ações conjunta entre família, comunidade, sociedade em geral e poder público para[...]assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Não passa despercebido que em muitos lares as tarefas que são pertinentes aos pais, como a educação, respeito e responsabilidades, passam ao largo e deles saem crianças e adolescentes rebeldes, impetuosos e desprovido de respeito de toda ordem a si e ao próximo. No entanto, estas situações não são suficientes para retirar do poder público a responsabilidade civil quando há ações ou mesmo omissões que causam dano e haja relação de causalidade entre eles.

Em casos tais é retirada a questão da culpa por força legal e a responsabilidade vem atrelada à teoria do risco nos termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica[1].

Aguiar Dias, citado por Carlos Roberto Gonçalves, ao indicar a responsabilidade dos educadores pondera: "O mesmo ocorre nas escolas públicas de ensino gratuito. O Estado responde pelos danos sofridos pelo aluno em consequência de ato ilícito de outro (Carvalho Santos, ob. cit. Vol. 20, pág. 240).[2]

Citado autor faz alusão a julgado que se encaixa ao caso versando: Estabelecimento oficial de ensino – Responsabilidade civil do Estado + Dano material – Aluno alvejado por colega, ficando paraplégico – Pensão vitalícia e custeio de tratamento psicoterápico – Verba devida (JTJ, Lex, 230:83 e 101).

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo,**.23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 596.

2 **Responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2006. p. 158.

E prossegue:

> A responsabilidade, quanto às escolas públicas, cabe ao Estado (Carvalho Santos, Código Civil, cot., p. 240; De Page, Traité, cit., n. 982), vigorando as regras da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público (Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade, cit., p. 107)[...][3].

É dever da escola a vigilância e a preservação da incolumidade dos educandos no âmbito de seu recinto e durante o período em que estão sob sua guarda.

Inarredável, assim, a responsabilidade do réu-apelante.

2. Valor dos Danos morais

2.1. recurso do réu-apelante

Nesse ponto os recursos são antagônicos. O do autor-apelante visa majorá-lo, obtusamente ao do réu-apelante.

É sabido que inexiste em nosso ordenamento jurídico um critério de fixação para os danos morais, sendo que a doutrina e jurisprudência têm aplicado reiteradamente o binômio compensação-punição. Sob esta ótica, ao mesmo tempo em que serve de lenitivo para o lesado, serve de desestímulo para o ofensor, evitando que atos dessa natureza voltem a ser praticados.

Aliado a essas condições deve-se verificar também, segundo o prudente arbítrio do magistrado, as condições sócio-econômicas das partes, de modo que a indenização não seja pequena a ponto de levar o ofendido a se sentir injustiçado, nem tão grande a ponto de gerar o seu locupletamento ilícito.

Dentro desta visão, não se pode olvidar de que o sofrimento suportado pelo autor-apelado, com a perda parcial da visão, tenha sido elevada. No entanto, o autor-apelado não trouxe aos autos documentação informando sobre sua condição financeira enquanto que a do réu-apelante, a par de poder público, implica impor a todos os munícipes o dever indenizatório, impondo-se, assim, considerar-se o princípio da razoabilidade.

Nesse diapasão, tenho que o valor de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) apresenta-se revestido deste propósito, compensador da dor moral e desestimulante ao ofensor.

Dito isso, reputo justo o valor da indenização de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), suficiente para que o autor-apelado possa ser amenizado na dor causada em decorrência da perda da visão do olho esquerdo e ao mesmo tempo serve de punição ao município para que este mantenha maior poder de vigilância nos recintos escolares para que não volte à prática de atos negligentes, passando a adotar cuidados e procedimentos necessários para coibir atitudes como a do caso em reexame.

2.2. Recurso do autor-apelante

Com o acolhimento do recurso do réu-apelante, reduzindo o valor do dano moral, evidentemente que o recurso do autor-apelante neste particular resta prejudicado.

3 Autor e obra citados. p. 162.

3. Pensão

O réu-apelante pretende ver retirada da condenação o pensionamento em razão de o autor-apelado não exercer remuneração à época dos fatos e se exercente não há nos autos a prova respectiva.

Desnecessária tal prova.

Como se vê dos autos na época da ocorrência do dano o autor-apelante contava com idade incompatível com o exercício de atividade laborativa, daí por que ser desnecessária comprovação desta.

Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Firmou-se entendimento neste Superior Tribunal de Justiça, de que, nas famílias de baixa renda, se presume a contribuição do filho menor para o sustento do lar, sendo devido o pagamento de danos materiais, provenientes do ato ilícito, independentemente do exercício efetivo de atividade remunerada pela vítima. (STJ**,** REsp n. 309.659/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 3.5.2007).

3.1. Idade limite

Insurge-se o município no dies ad quem à pensão, pugnando pela extensão até 65 anos, diverso ao fixado na sentença, até 72 anos.

Nesse particular razão é de ser dado ao réu-apelante, por assente na jurisprudência o limite de 65 anos de idade. Veja-se precedente:

> Em se tratando de família de baixa renda, é devido o pensionamento pela morte de filho menor em acidente causado por coletivo da empresa ré, equivalente a 2/3 do salário-mínimo dos 14 anos até 25 anos de idade da vítima, reduzido para 1/3 até a data em que o *de cujus* completaria 65 anos. II. Manutenção do valor fixado a título de danos morais, por não se verificar excesso, na espécie. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ**,** REsp n, 514384/CE, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 10.5.2004).

Nesse sentido:

> A morte de menor, mesmo que à data do óbito ainda não exercesse atividade laboral remunerada, autoriza os pais, quando de baixa renda, a pedir ao responsável pelo sinistro a indenização por danos materiais, aqueles resultantes do auxílio que futuramente o filho poderia prestar-lhes[...]. Admite-se o pensionamento até a idade em que a vítima completaria 65 anos de idade, em casos como o presente, sendo a família de baixa renda, embora em menor proporção a partir dos 25 anos. (AC n. 2005.016087-5, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 28.3.2006)

4. Incidência dos juros e correção monetária

Pretende o autor-apelante a reforma da sentença no que diz respeito à incidência dos juros de mora e correção monetária a partir do evento danoso.

Razão assiste ao autor-apelante em relação aos juros de mora, a rigor da Súmula 54 do STJ: "*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.*"

O mesmo não pode ser dito em relação à correção monetária por força da Súmula 362, do STJ que traz o seguinte enunciado: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento."

No mesmo norte a contemporânea jurisprudência do STJ:

> O termo inicial de incidência da correção monetária é a data do arbitramento da compensação por danos morais. (STJ, EDcl no REsp n. 1054856/RJ, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 2.2.2010).

> A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento (Súmula STJ/362). (STJ, EDcl no AgRg nos EDcl no REsp n. 1096560/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 17.11.2009).

5. Índice dos juros de mora e correção monetária

Em razão do reexame necessário julgo ser necessário reportar aos percentuais dos juros de mora.

Fora fixado na sentença o índice de 1% ao mês e o uso do IGPM como fator de correção.

No entanto, o índice para fins de estabilização do poder de compra da moeda a ser utilizado é o INPC e não o IGPM/FGV, por ser o que se mostra mais adequado, inclusive por se tratar de índice oficial, nos termos do art. 395 do CC.

Nesse sentido, confira-se o julgado abaixo: "*[...] O índice adotado para correção monetária é o INPC (índice oficial).*" (TJMS, AC n. 2007.031098-8, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 12.11.2007).

Quanto aos juros de mora, é ele devido à base de 0,5% ao mês, ex vi artigo 1.052 do CC/1916 até a entrada em vigor do novo Código Civil, quando então passa a ser de 1% ao mês, *ex vi* artigo 406 cc art. 161, § 1º do CTN.

A respeito vejam-se julgados do STJ:

> Os juros hão de ser calculados, a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ) à base de 0.5% ao mês, ex vi artigo 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2001). (STJ, AgRg no Resp n. 905.603, Primeira Turma, Rel Min. Luiz Fux, julgado em 9.9.2008).

> Os juros relativos ao período da mora anterior à data de vigência do novo Código Civil (10.1.2003) têm taxa de 0,5% ao mês (art. 1062 do CC/1916) e, no que se refere ao período posterior, aplica-se o disposto no art. 406 da Lei n. 10.406, de 10.1.2002. (STJ, REsp n. 1069996, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 18.6.2009).

Inaplicável, na espécie, e sem ofensa ao dispositivo, o contido no art. 1º-F com a redação dada pela Lei n. 9.494/97 (juros de mora de 6%), por não se tratar de condenação da Fazenda Pública de verbas remuneratórias a servidor e empregado público, mas a particular.

Sobre o tema, veja-se decisão do STJ:

> [...] A norma jurídica contida no artigo 406 do novo Código Civil, predominantemente de natureza dispositiva, é, por inteiro, estranha às hipóteses tais como a dos autos, de juros de mora devidos pela Fazenda Pública nas condenações ao pagamento de verbas remuneratórias

> aos servidores e empregados públicos, tendo incidência própria nas relações jurídicas disciplinadas pelo Código Civil e funções meramente subsidiária e supletiva, em razão das quais determina que se observe a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (STJ, AgRg no AgRg no REsp n. 1011163, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 25.8.2008).

No entanto, este panorama modificou-se drasticamente a partir da vigência da Lei n. 11.960/09 ao dar nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, quando passou a alcançar indistintamente a todas as condenações contra a Fazenda Pública, não só em relação aos juros de mora, como também em relação à correção monetária, veja-se:

> Art. 1º F: Nas condenações impostas à Fazenda Pública, **independentemente de sua natureza** e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

O que até então era aplicável às condenações de natureza remuneratória devida a servidores e empregados públicos passou a ser uniformizado, a ser devido indistintamente a todas as condenações da fazenda pública.

Daí porque, a partir de 29.6.2009, em qualquer condenação imposta à Fazenda Pública, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

6. Honorários

O autor-apelante impugna a sentença no quesito honorários. Diz que o arbitrado, em R$ 4.000,00 (quatro mil reais) não remunera dignamente.

Embora não haja súmula relativa a honorários no que diz respeito a ações do jaez da que ora é apreciada, a despeito das ações previdenciárias (Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença - Sum. 111), nas ações de responsabilidade civil em que haja a condenação de prestações sucessivas e a vencer, penso que não poderá fazer vistas grossas e ampliar os honorários como pretende o autor-apelante.

Nessa ordem, com a redução do valor fixado a títulos de danos morais para R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e as parcelas dos danos materiais à data da prolação, giravam em torno de R$ 39.840,00 (trinta e nove mil, oitocentos e quarenta reais), tenho que os honorários na ordem de R$ 8.000,00 (oito mil reais) apresentam-se razoáveis, mormente pelo local em que os serviços foram prestados, o tempo de duração do feito, e a simplicidade da matéria que os envolve, preenchendo, assim, o disposto no § 4º c/c as alíneas 'a' a 'c' do § 3º do art. 20, CPC.

7. Conclusão

Com base no que foi exposto dá-se provimento parcial a ambos os recursos.

Do autor-apelante para:

1) determinar que os juros incidam desde o evento danoso;

2) majorar os honorários para R$ 8.000,00 (oito mil reais)

Do réu-apelante:

1) reduzir os danos morais para R$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Nos termos da tendência do STJ, este valor deverá ser corrigido a partir da publicação deste acórdão[4], atento ao disposto na Lei n. 11.960/2009.

2) pensionamento da data em que o autor-apelante completou 16 anos (24.4.2001) e dies ad quem até 65 anos, caso antes não venha a óbito.

Do reexame necessário:

1) para determinar incidência de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês do evento até a janeiro de 2003, data de vigência do novo CC; daí até 29.6.2009, de 1% (um por cento) ao mês; doravante e até efetivo pagamento, quer a correção monetária quer os juros pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (Lei n. 11.960/2009 – art. 5º).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 13 de maio de 2010.

***

4 Vide, a respeito, REsp n. 704.987-MS, decisão de 24.3.2010, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro.

Apelação Cível n. 2009.016602-0 - Dourados
Quinta Turma Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – CANCELAMENTO DE *SHOW* – QUEBRA DE CONTRATO POR PARTE DO PROMOTOR DO EVENTO – VENDA ANTECIPADA DE INGRESSO – PROVAS COESAS – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFASTADA – EXERCÍCIO DE DIREITO – RECURSO IMPROVIDO.

O cancelamento de evento em razão de quebra de contrato por parte do promotor do evento com os artistas contratados implica ressarcir prejuízos causados a terceiros, compradores de elevado número de ingressos, pagos de forma antecipada.

Afasta-se a pena de litigância de má-fé quando a avaliação subjetiva do magistrado não as visualiza no recurso, senão o exercício regular de direito.

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 abril de 2010.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Sidnei Adriano Marafiga Correa inconformado com a sentença que o condenou a pagar em favor de Ricardo Alessandro Severino Nascimento e outro, a título de danos materiais, a quantia de R$ 9.754,87 (nove mil, setecentos e cinquenta e quatro reais), interpõe o presente recurso.

Sustenta que a sentença contraria o art. 131 do Código de Processo Civil, isto por que, indicou o cancelamento do *show* por sua culpa, em não honrar o pagamento do remanescente contratado, ao passo que o empresário da dupla 'Milionário & José Rico' evidenciou ter sido deste... **em razão do dia chuvoso e frio em Dourados**, *e caso tivesse sido decidido da dupla vir até Dourados a diferença faltante deveria ser paga antecipadamente, antes da realização do show, no hotel em Dourados, onde a dupla ficaria; f. 339* (f. 388), situação muito comum.

Quanto ao local do evento, de igual forma, nenhuma resistência havia dos administradores como pode ser extraído do testemunho de Eunice Marques Gregório.

Alega que a obrigação assumida com os apelados foi apenas de entregar 2.567 convites; e dos apelados para si de pagar R$ 21.036,05 (vinte e um mil, trinta e seis reais e seis centavos), sem

qualquer vinculação à realização do evento, tanto que nenhuma conta prestou para dar guarida à indenização de qualquer ordem. Aliás, noticiam a venda antecipada de 1.176 ingressos a R$ 12,00 (doze reais) cada, pelos quais perceberam R$ 14.112,00 (catorze mil, cento e doze reais), e mesmo assim pedem devolução de R$ 9.754,87 (nove mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e sete centavos), embora o prejuízo suportado seja do recorrente que deve que devolver aos consumidores o valor dos ingressos vendidos antecipadamente, conforme documentos de f. 57 a 307 não sopesados adequadamente pelo julgador.

A resposta ao recurso está acolhida às f. 402-416.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de apelação com desiderato de reformar a sentença que condenou Sidnei Adriano Marafiga Correa ao pagamento, a título de danos materiais, à quantia de R$ 9.754,87 (nove mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e sete centavos), corrigida pelo INPC a partir de 4.8.2007 e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação (8.2.2008).

Não há de se acolher os argumentos do apelante. Registro que a avaliação das provas, como reconheceu com espeque no art. 131 do CPC, concede ao magistrado a livre apreciação das que forem coligidas aos autos, tanto que assim procedeu ao magistrado singular.

Estas não refletem, tampouco fazem concluir, que os apelados tenham buscado tutelar-se desprovidos de motivação, já que o próprio apelante reconhece que os apelados adquiriram 2.567 ingressos para o evento que este deveria promover no dia 4 de agosto de 2008, mas que foi cancelado, gerando prejuízos aos apelados, que tiverem que pagar R$ 9.754,87 (nove mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e sete centavos) dos R$ 21.036,00 (vinte e um mil, trinta e seis reais) contratados.

Os documentos de f. 57 a 307 não têm o condão de indicar que o apelante fizera a devolução de numerário aos consumidores que adquiriram ingresso dos que foram postos a venda pelos apelados.

Para assim concluir veja o que disse o apelante-réu ao juiz: *"A previsão era de comparecer de 4.000 a 6.000 pessoas no referido evento*;[...] *A partir de 2.500 ingressos, a venda ficaria a cargo do depoente;[..].*" (f. 333).

Se assim era, evidentemente que os ingressos juntados aos autos não podem ser recepcionados como os que foram vendidos pelos apelados e que o apelante teria restituído aos consumidores, como alegado, na tentativa de indicar que os prejuízos arcados foram exclusivamente do próprio.

Tivesse no contrato o número de série dos convites disponibilizados aos apelantes e estes estivessem nos autos com a anotação de devolução dos valores aos adquirentes do contrato, aí sim poderia dar razão ao apelante, porque comprovado seus argumentos. No entanto, como a prova desconstitutiva do direito dos apelados não foi feita, não há como dar guarida à pretensão do apelante.

Tivesse o *show* sido cancelado apenas e tão-somente em decorrência de caso fortuito ou força maior, evidentemente que outro teria sido marcado e nenhum prejuízo teria sido imposto a qualquer dos contratantes. Aliás, o documento de f. 51 juntado pelo apelado bem demonstra esta

situação, tanto que a garantia do contrato com a dupla sertaneja teria validade para o ano de 2008: O contratante Sidney Adriano Marafiga Correia. Tem o direito de marcar uma nova data do show ainda esse ano de 2008. (f.51).

Conclui-se que, assim como bem interpretou o sentenciante ante a prova coligida aos autos, *"Que o show que trata a inicial não se realizou por culpa do réu, que deixou de pagar os artistas,*[...]*"* (f. 373).

Corrobora com a assertiva do magistrado o contido no depoimento de Raimundo Alves Bezerra, o responsável pela contratação da atração do evento, ao consignar que:

> A carta de f. 20 foi feita e assinada pelo depoente; foi feito um contrato entre o depoente, a dupla acima mencionada e o réu e que para que comparecesse a dupla no dia 4.8.2008, no parque de exposições de Dourados, deveria haver um pagamento prévio de 50%, que equivaleria a R$ 17.500,00; A referida dupla não compareceu ao local porque o combinado não foi cumprido, pois houve pagamento de tão somente 20%, equivalente a R$ 7.000,00. (f. 338).

Em que pese mais adiante ter esta testemunha procurado amenizar a culpa do apelante dizendo que...*O depoente decidiu que a dupla não se dirigiria para Dourados em razão do dia chuvoso e frio em Dourados* [...] *(f. 339),* é ela desmistificada com a alusão ao profissionalismo empreendido pela dupla sertaneja "Milionário & José Rico":

> [...] Em Bonito estava o dia chuvoso, era em praça pública e foi promovido por uma emissora de rádio, Cidade FM, e naquele evento não houve cobrança de ingresso ao público e tudo foi pago por aquela rádio, na inauguração da mesma; apesar da garoa fina o evento ocorreu em Bonito (f. 339).

Sem nenhum relevo o fato do local em que seria realizado o evento estar disponibilizado ao apelante, mesmo sem ter sido pago o aluguel. Isto porque, o cancelamento não teve como causa esta situação, mas o descumprimento do contrato por parte do apelante com a atração máxima do evento. O lucro do evento girava em torno da dupla sertaneja, tanto que a quebra do contrato com esta é que gerou os prejuízos vivenciados pelos apelados.

A alegação do apelante de que a venda dos ingressos aos apelados não estava atrelada à realização do show chega às raias da frivolidade. Ninguém irá adquirir elevado número de convites para pôr à venda no mercado sem ter visão de lucro.

Obviamente que os apelados só efetuaram a negociação porque tinham como certo o lucro. Para assim concluir veja-se o que disse Eunice Marques Gregório:

> [...] A depoente trocou 4 cheques pra o réu, em dinheiro;[...] No ano anterior, 2006, o réu efetuou um evento semelhante o parque de exposições lotou e em razão disso a depoente e seus sócios acreditaram que no dia 4 de agosto de 2007 ocorreria o mesmo[...]. (f. 335).

Vê-se que o apelante foi merecedor de crédito por ter realizado outro evento do qual resultou em sucesso, ou seja, em lucro certo. Ninguém entra num negócio desse gênero que não seja para obter lucro; quando muito para nada perder.

Litigância de má-fé

Os apelados pugnam pela condenação do recorrente à litigância de má-fé.

Não me parece ser o caso de aplicá-la.

Apesar das razões de recurso estarem desprovidas de razão, não servem elas para indicar a má-fé por parte do apelante.

A citação de partes de depoimentos como forma de demonstrar nelas residir sua defesa é interpretação pessoal, o exercício da ampla defesa assegurado pela Constituição Federal.

De mais a mais a boa-fé goza sempre de presunção; a eventual deslealdade processual deve estar comprovada de forma indiscutível, o que não é o caso dos autos.

É imprescindível que esteja caracterizado o dolo processual. No presente caso, não se mostra indene de dúvidas, apesar, reforça-se, estar o apelante fazendo uso de trechos dos depoimentos, não o faz com o propósito desleal, mas interpretação própria de que estes trechos possam vir de encontro à tese de defesa.

Conclusão

Por essas razões, 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. 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, Sideni Soncini Pimentel e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 22 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.019451-7 - Dourados
Quinta Turma Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – HABILITAÇÃO DE CRÉDITO EM INVENTÁRIO – IMPUGNAÇÃO FORMULADA POR ALGUNS DOS HERDEIROS – HABILITAÇÃO VEDADA – SENTENÇA QUE DECLAROU HABILITADO O CRÉDITO, REFORMADA – REMESSA DA DISCUSSÃO À VIA ORDINÁRIA COM A RESERVA DE BENS MENCIONADA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1018 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO PROVIDO.

A habilitação do crédito decorrente de pagamento de IPTU de imóveis deixados pelo de cujus, por se tratar de forma simplificada de obtenção do cumprimento da obrigação, somente é possível mediante prova literal da dívida e concordância de todos os herdeiros.

Desse modo, havendo a impugnação de alguns dos herdeiros, que alegam não ter a herdeira que pretende habilitar o crédito prova de que tenha quitado o tributo em nome do de cujus, sendo parte desse pagamento referente a tributos vencidos antes da morte do autor da herança, deve-se remeter a pretensão do recebimento do crédito às vias ordinárias, cabendo, tão-somente, no âmbito do inventário, a reserva de bens suficientes a garantir o pagamento.

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, 27 de maio de 2010.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Janes Luiza Mendonça Rodrigues ingressou com pedido de habilitação de crédito em face do Espólio de Jonas Rodrigues dos Anjos, tendo obtido sentença em cuja parte dispositiva contém os seguintes dizeres:

> Ante o exposto, julgo procedente o pedido para declarar habilitado o crédito de Janes Luiza Mendonça Rodrigues dos Anjos, no valor de R$ 20.773,27 (vinte mil setecentos e setenta e três reais e vinte e sete centavos), de cujo valor deverá ser deduzida a cota-parte de responsabilidade da requerente na dívida relativa ao IPTU, na condição de herdeira do espólio de Jonas Rodrigues dos Anjos, como requerida pela inventariante à f. 282. O Espólio pagará as custas deste incidente. Aos cálculos, a seguir traslade cópia desta decisão, bem como dos cálculos para os autos do inventário (f. 284).

Inconformados, os herdeiros Luceia Rodrigues Pinto, Zenir Rodrigues dos Anjos, Joanir Rodrigues dos Anjos, Sandro dos Anjos Azambuja, Robson dos Santos Azambuja, Emiliana dos Anjos Azambuja, Emiliana dos Santos Azambuja e Vivian dos Anjos Azambuja, interpõem recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que a sentença deve ser reformada porque afrontou o preceito contido no artigo 1018 do Código de Processo Civil, haja vista a existência de robusta discordância de alguns dos herdeiros em relação ao pedido de habilitação de crédito.

Dizem que discordam da habilitação de crédito *"por inexistir elemento probatório mínimo a indicar ser a apelada a legitima credora, por ter suportado tais despesas"* (f. 292), pois, a apelada "dispõe, somente, de recibos de quitação e carnês de IPTU em nome do 'de cujus' " (f. 292).

Alegam que a apelada *"não teria lastro financeiro suficiente para suportar as despesas que se alega terem atingido R$ 20.773,27"* (f. 292), concluindo que *"não cabe prosperar a habilitação do pretenso crédito, sendo, até possível discussão na via ordinária por quem seja o real credor, ou comprove tal qualidade"*. (f. 292).

Pedem, ao final, a reforma da sentença, *"rejeitando a habilitação de crédito, restando a via ordinária para discussão ao legítimo credor, seja quem for"* (f. 293).

O recurso foi respondido às f. 309-313.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Compulsando os autos, verifico que Janes Luiza Mendonça Rodrigues é filha de Jonas Rodrigues dos Santos, pessoa que faleceu em 06 de setembro de 2006, tendo ela formulado pedido de habilitação de crédito em inventário, alegando ser credora da quantia de R$ 20.773,27 (vinte mil, setecentos e setenta e três reais e vinte e sete centavos).

Segundo a petição inicial, o mencionado crédito é referente aos pagamentos dos IPTUS dos imóveis relacionados no inventário, que foram realizados pela apelada desde o ano de 2002, "ante a impossibilidade do autor da herança e seu cônjuge hoje inventariante" (f. 3).

O julgador de primeiro grau acolheu o pedido de habilitação de crédito em inventário em razão dos seguintes fundamentos, *in verbis*:

> A preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pelos herdeiros às f. 276-279 não procede, haja vista que a requerente por ser herdeira do espólio de Jonas Rodrigues dos Anjos possui interesse em saldar as dívidas que oneram os imóveis inventariados, não sendo o caso de tê-la como terceira não interessada, mesmo porque, como afirmado pelos próprios impugnantes, a requerente também responde por parte do débito proporcionalmente ao quinhão que lhe compete. Além disso, em nenhum momento os impugnantes afirmaram que os pagamentos foram realizados por outra pessoa, sendo, portanto, crível ser a requerente a pessoa quem adimpliu as dívidas de IPTU porquanto tinha sob o seu poder os respectivos carnês e recibos de quitação.
>
> Superada a preliminar, passo a análise do mérito.
>
> A impugnação ofertada pelos herdeiros Luceia Rodrigues Pinto, Zenir Rodrigues dos

> Anjos e Joanir Rodrigues dos Anjos e a estirpe de Zenira dos Anjos Azambuja é insubsistente, pois o pagamento dos tributos incidentes sobre os imóveis inventariados é de responsabilidade do espólio, de modo que em sendo suportado por uma das herdeiras, nada mais lógico e coerente que seja feita a habilitação do valor adimplido por ela, desde que descontada a parte que lhe cabe na referida dívida.
>
> Além disso, por se tratar de dívida tributária, o pagamento tem preferência sobre as demais obrigações, de modo que não resta dúvida da responsabilidade do espólio sobre o pagamento dos referidos débitos.
>
> Oportuno ainda ressaltar que a inventariante Ângela Mendonça dos Anjos e os herdeiros Jones Luis Mendonça Rodrigues dos Anjos e Vera Emilia Rodrigues dos Anjos Caldo concordaram com a habilitação por reconhecer que os pagamentos realmente foram efetuados pela requerente, devendo, no entanto, deduzir dos créditos a parte que cabe a ela na condição de herdeira do espólio.
>
> Frise-se ainda que o não reconhecimento do direito da requerente, aí sim, implicaria em locupletamento ilícito, pois repise-se, a responsabilidade pelo pagamento dos impostos dos imóveis compete ao espólio.
>
> Ante o exposto, julgo procedente o pedido para declarar habilitado o crédito de Janes Luisa Mendonça Rodrigues dos Anjos, no valor de R$ 20.773,27 (vinte mil setecentos e setenta e três reais e vinte e sete centavos), de cujo valor deverá ser deduzida a cota-parte de responsabilidade da requerente na dívida relativa ao IPTU, na condição de herdeira do espólio de Jonas Rodrigues dos Anjos, como requerido pela inventariante às f. 282. O Espólio pagará as custas deste incidente. Aos cálculos, a seguir traslade cópia desta decisão, bem como dos cálculos para os autos de inventário. (f. 283-284).

Inconformados, os herdeiros Luceia Rodrigues Pinto, Zenir Rodrigues dos Anjos, Joanir Rodrigues dos Anjos, Sandro dos Anjos Azambuja, Robson dos Santos Azambuja, Emiliana dos Anjos Azambuja, Emiliana dos Santos Azambuja e Vivian dos Anjos Azambuja, interpõem recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que a sentença deve ser reformada porque afrontou o preceito contido no artigo 1018 do Código de Processo Civil, haja vista a existência de discordância de alguns dos herdeiros em relação ao pedido de habilitação de crédito.

Dizem que discordam da habilitação de crédito "*por inexistir elemento probatório mínimo a indicar ser a apelada a legitima credora, por ter suportado tais despesas"* (f. 292), pois, a apelada "dispõe, somente, de recibos de quitação e carnês de IPTU em nome do de cujus " (f. 292).

Alegam que a apelada "*não teria lastro financeiro suficiente para suportar as despesas que se alega terem atingido R$ 20.773,27"* (sic, f. 292), concluindo que "não cabe prosperar a habilitação do pretenso crédito, sendo, até possível discussão na via ordinária por quem seja o real credor, ou comprove tal qualidade". (f. 292).

Pedem, ao final, a reforma da sentença, "rejeitando a habilitação de crédito, restando a via ordinária para discussão ao legítimo credor, seja quem for" (f. 293).

Razão assiste aos apelantes.

Com efeito, o artigo 1.018 e parágrafo único, do Código de Processo Civil, dispõem, *in verbis:*

> Art. 1.018. Não havendo concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será ele remetido para os meios ordinários.
>
> Parágrafo único. O juiz mandará, porém, reservar em poder do inventariante bens suficientes para pagar o credor, quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação.

Ao comentar o citado dispositivo, Hamilton de Moraes e Barros leciona[1]:

> Subordinou o Código o pagamento das dívidas do morto no seu inventário à prova literal de sua existência e à expressa e unânime e à expressa e unânime concordância das partes. Basta uma só impugnação ou não concordância das partes. Basta uma só impugnação, ou não concordância, para que esse pedido administrativo não seja atendido. A concordância como a impugnação não são nem fundamentadas, nem comprovadas. Basta a simples manifestação de vontade, nem sentido ou no outro.
>
> Desatendido em seu pedido de pagamento na via administrativa do inventário, nem por isso perdeu o credor o seu direito. Permanecem abertas, como sempre estiverem, as vias contenciosas da ação de cobrança, se houver necessidade de prova que complemente ou substitua os escritos.
>
> A cobrança administrativa no inventário é um atalho que a todos beneficia: ao credor, porque recebe logo, sem mais delongas; ao espólio, porque facilita sua liquidação e a marcha do inventário, lembrando-se, ainda, que uma não concordância infundada, caprichosa, irá redundar na demora da conclusão do inventário, no pagamento das custas e dos honorários do advogado do credor, se tiver este, para receber o que lhe é devido, litigar contra o espólio. Terá, também, o espólio de pagar, possivelmente, os honorários do advogado que o defende, eis que o advogado é, normalmente, contratado para o procedimento especial do inventário e não para as ações em que o espólio litiga. Sendo a defesa na ação de cobrança outro feito em que tenha de intervir, por mais esse trabalho legitimam-se os seus herdeiros.
>
> Em resumo, a discordância com o pagamento deve ser séria e fundada e não, como costuma acontecer, leviana, caprichosa, aventureira. A recusa gratuita, imotivada, ou ilegítima, longe de defender o espólio e os herdeiros, agrava a situação deles.
>
> Não havendo concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento, não poderá o juiz declarar habilitado o credor e o remeterá as vias contenciosas. Nesse caso, é de rigor que o juiz tome, e de ofício, providência cautelar, a de reservar, em poder do inventariante, os bens suficientes para pagar o credor, desde que a dívida conste de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação.
>
> Omissis[...]
>
> A cobrança de dívidas em inventário ou em arrolamento e o seu pagamento são atos amigáveis, consentidos em procedimento administrativo.
>
> Porque são amigáveis essas cobranças e quitações, é que se exige a concordância de todos os herdeiros com o pagamento pretendido. A discordância de um só impede o pagamento. Não se vai abrir uma contenda incidente e contemporânea ao inventário dentro dos autos do inventário. É por isso que o credor desatendido tem de ir às vias ordinárias.

1 **Comentários ao código de processo civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 299-301. v. 9.

Nos termos da lição acima citada, tem-se que a simples discordância de um dos herdeiros, ainda que não fundamentada, impede o pagamento e, via de consequência, o deferimento do pedido de habilitação de crédito.

A orientação jurisprudencial também é no sentido de que somente a concordância de todos os herdeiros é que possibilita o deferimento do pedido de habilitação de crédito em inventário, *in verbis:*

> DÍVIDA PASSIVA DO ESPÓLIO - PEDIDO DE PAGAMENTO - CONCORDÂNCIA DAS PARTES – INOCORRÊNCIA - HABILITAÇÃO VEDADA - REMESSA ÀS VIAS ORDINÁRIAS - COMEÇO DE PROVA LITERAL - RESERVA DE BENS - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.018, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC - A discordância das partes sobre o pedido de pagamento formulado pelo credor nos autos do inventário veda, por si só, a habilitação do crédito, sendo, no entanto, de rigor, a determinação da reserva de bens em poder do inventariante, se a dívida consta de documento que comprove a obrigação e a impugnação não se funda em quitação do débito. Inteligência do art. 1.018, caput e parágrafo único, do CPC Recurso a que se dá parcial provimento. (TJMG, AC n. 000221557200, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Kildare Carvalho, julgado em 8.11.2001).
>
> HABILITAÇÃO DE CRÉDITO EM INVENTÁRIO. IMPUGNAÇÃO PROCEDENTE. REMESSA DA DISCUSSÃO À VIA ORDINÁRIA. RECURSO PROVIDO. - É CERTO QUE A HERANÇA RESPONDE PELO PAGAMENTO DAS DÍVIDAS DO FALECIDO, RESPEITANDO O LIMITE DA FORÇA DA HERANÇA, PORÉM EM SEDE DE HABILITAÇÃO PODERÃO OU NÃO OS HERDEIROS INVENTARIANTES, E, EM CERTOS CASOS, LEGATÁRIOS OPOR-SE AO PAGAMENTO DAQUELAS. É O QUE SE CONCLUI DOS PRINCÍPIOS DE HERMENÊUTICA AOS ARTS. 1.017, PARÁGRAFO 2º E 1.018, TODOS DA LEI DE RITOS - TODAVIA, AO REMETER O PEDIDO ÀS VIAS REGULARES, MANDARÁ O MAGISTRADO RESERVAR EM PODER DO INVENTARIANTE BENS SUFICIENTES PARA ATENDER AO CRÉDITO, DESDE QUE COMPROVADA SUFICIENTEMENTE A OBRIGAÇÃO, ATRAVÉS DE DOCUMENTO COMPETENTE, A IMPUGNAÇÃO NÃO SE FUNDE EM QUITAÇÃO E QUE O CRÉDITO SEJA SUSCETÍVEL DE COBRANÇA DO ESPÓLIO - CONCORRENDO ESTES TRÊS REQUISITOS, COMO NA HIPÓTESE SUB EXAMINE, O JUIZ DEVERÁ, EM CARÁTER CAUTELAR, MANDAR RESERVAR BENS SUFICIENTES PARA QUITAÇÃO DA DÍVIDA, DEVENDO O CREDOR PROMOVER A COMPETENTE AÇÃO NO PRAZO DE TRINTA DIAS, SOB PENA DE CADUCIDADE DA MEDIDA CAUTELAR. (TJBA, AC n. 14.257-2/99, Segunda Câmara Cível, Relª. Desª. Maria Eleonora Cajahyba, julgado em 29.8.2000).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. DESPESAS HOSPITALARES NÃO COBERTAS PELO PLANO DE SAÚDE. A habilitação do crédito decorrente de despesas hospitalares não cobertas pelo plano de saúde da de cujus, por se tratar de forma simplificada de obtenção do cumprimento da obrigação, somente é possível mediante prova literal da dívida e concordância de todos os herdeiros. A impugnação à habilitação remete a pretensão às vias ordinárias, cabendo, tão-somente, no âmbito do inventário, a reserva de bens suficientes a garantir o débito, devendo o credor promover a ação cabível no prazo de trinta dias, pena de tornar-se sem efeito a providência. Exegese dos arts. 1.018 do CPC e 1.997 do Código Civil. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (TJRS, AC n. 70023199284, Sétima Câmara Cível, Rel. André Luiz Planella Villarinho, DJ 18.8.2008).

No caso dos autos, é fato incontroverso que não houve a concordância de todos os herdeiros em relação ao pedido de habilitação de crédito, haja vista que somente alguns deles, quais sejam, Jones Luíz Mendonça Rodrigues dos Anjos e Vera Emília dos Anjos Caldo, bem como a inventariante Ângela Mendonça dos Anjos, é que concordaram com o pedido de habilitação.

Deveras, a manifestação exarada às f. 271-282, informa que as pessoas acima nominadas concordaram com o pedido de habilitação, desde que *"o crédito habilitado seja pago por ocasião da partilha, acrescendo sua quota parte de herdeira e descontado proporcionalmente dos demais herdeiros e meeira segundo o quinhão que lhes aprouver"* (f. 282).

Entretanto, os herdeiros Luceia Rodrigues Pinto, Zenir Rodrigues dos Anjos, Joanir Rodrigues dos Anjos e os herdeiros por representação de Zenira dos Anjos Azambuja discordaram do pedido de habilitação, aduzindo, dentre outras alegações, que "*A priori, não é possível constatar isso na habilitação apresentada (QUEM é o Legítimo Habilitante) pois os instrumentos de quitação estão em nome do de cujus, logo temerária e inviabilizada a ação proposta cabendo ser remetida às vias ordinárias"* (f. 277).

Em outras palavras: alguns herdeiros entenderam que não existe prova de que a herdeira habilitante tivesse pago o imposto em nome do autor da herança, pois, caso isto tivesse acontecido, estaria discriminado no recibo de quitação, sendo importante lembrar que parte do crédito habilitado refere-se a pagamento de IPTU ocorrido antes da morte do autor da herança.

Nessas circunstâncias, havendo a discordância de alguns dos herdeiros sobre o pagamento pleiteado na via de habilitação de crédito, discordância que não se fundamenta em pagamento da dívida, outro caminho não há senão o de indeferir tal pedido, com a remessa da discussão à via ordinária, nos termos dos precedentes jurisprudenciais acima citados, observando, ainda, o preceito contido no parágrafo único do artigo 1018 do CPC, isto, é, com a reserva de bens suficientes para pagar o credor.

Conclusão

Ante o exposto dou provimento ao recurso interposto pelos apelantes para julgar improcedente o pedido de habilitação de crédito formulado por Janes Luiza Mendonça Rodrigues, devendo ela buscar receber o seu crédito na via ordinária, por meio de ação de cobrança, com a reserva em poder do inventariante dos bens suficientes para pagar o crédito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 27 de maio de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.033711-4 - Naviraí
Terceira Turma Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – EXAME PSICOTÉCNICO – CRITÉRIOS SUBJETIVOS – ILEGALIDADE – TRANSPARÊNCIA – PREVISÃO EM LEI – SEGURANÇA CONCEDIDA – CONDENAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AFASTADA – CUSTAS MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. É constitucional o exame psicotécnico, desde que sejam observados os requisitos legais, dentre eles a adoção de critérios objetivos, que possibilitem análise do resultado com transparência.

II. Imprescindível a existência de lei que autorize o exame psicotécnico nos concursos públicos, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 686 do Supremo Tribunal Federal.

III. É vedada a condenação em honorários advocatícios no rito especial de mandado de segurança, entretanto deve a parte vencida reembolsar as custas adiantadas pelo impetrante.

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

Campo Grande, 5 de abril de 2010.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Município de Naviraí e o Presidente da Comissão Especial de Concurso Público de Provas e Títulos 2008, inconformados com a sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Jovelina Ferreira de Souza dos Anjos, em trâmite perante 1ª Vara de Naviraí, MS, que concedeu definitivamente a segurança reclamada, suspendendo os efeitos do Edital n. 20/2008, da Prefeitura Municipal de Naviraí, determinando que a impetrante permaneça no certame, além de condená-los ao pagamento de custas e honorários advocatícios, interpõem o presente recurso de apelação.

Argumentam que de acordo com exame psicológico a impetrante-apelada não apresentou aptidão para o exercício profissional e que os problemas enfrentados por professores estão cada vez maiores, pugnando pela reforma da sentença.

Sustentam a constitucionalidade do exame psicotécnico e que, muito mais do que a capacidade técnica, mostra-se necessária a avaliação psicológica do candidato a professor, bem como que o fato de a impetrante-apelante ter laborado desde 1988 para o Município apelante, não

confere respaldo de que a mesma automaticamente deve passar no exame psicotécnico e que os servidores públicos na qualidade de professor, estão mais aptos a ter problemas psicológicos que os demais.

Pleiteiam, ainda, a reforma da sentença no que se refere à condenação em custas e honorários advocatícios.

Requerem o conhecimento e provimento do recurso, pugnando pela reforma total da sentença.

A impetrante-apelada apresentou contrarrazões às f. 167-170.

A Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer às f. 194-201, opinando pela exclusão da condenação do Município de Naviraí em custas e honorários advocatícios.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator)

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta por Município de Naviraí e o Presidente da Comissão Especial de Concurso Público de Provas e Títulos 2008, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Jovelina Ferreira de Souza dos Anjos, em trâmite perante 1ª Vara de Naviraí, MS, que concedeu definitivamente a segurança reclamada, para suspender os efeitos do Edital n. 20/2008, da Prefeitura Municipal de Naviraí, e determinar que a impetrante permaneça no certame, além de condená-los ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

A controvérsia surgiu em razão da inabilitação da impetrante-apelada reconhecida em avaliação psicológica, etapa de caráter eliminatório, de concurso público de provas e títulos da Prefeitura Municipal de Naviraí, MS, para provimento de cargo de professor, que, conforme edital publicado em 2.4.2008, consistiu no resultado "Não indicado" (f. 25).

Restou demonstrado nos autos que a impetrante-apelada exerce desde o ano de 1998 a função de professora no Município apelante (f. 29-31), tendo a autoridade coatora se limitado a argumentar sobre a legalidade do exame psicológico, deixando de trazer aos autos qualquer prova de que nestes anos de exercício da profissão como servidora pública municipal esta tenha praticado qualquer atitude que demonstrasse comprometimento de sua higidez psicológica, a justificar sua reprovação nesta etapa concursal.

Incontroversa é a constitucionalidade do exame psicotécnico, desde que, entretanto, sejam observados os requisitos legais, dentre eles a adoção de critérios objetivos, que possibilitem análise do resultado com transparência, conforme reiteradamente posiciona-se o STJ, confira-se:

> RECURSOEMMANDADODESEGURANÇA.ADMINISTRATIVO.CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DA PARAÍBA. EXAME PSICOTÉCNICO. AUSÊNCIA DE CARÁTER OBJETIVO NA CORREÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DAS RAZÕES QUE LEVARAM À REPROVAÇÃO DA RECORRENTE. NULIDADE DO EXAME. CONTROLE DE LEGALIDADE E RAZOABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO. ADOÇÃO DE PERFIL PROFISSIOGRÁFICO EM QUE SE DEVAM ENCAIXAR OS CANDIDATOS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS. PEDIDO PARA RECONHECER A APROVAÇÃO DA RECORRENTE. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVO

EXAME. PRECEDENTE.

1. A exigência do exame psicotécnico é legítima, autorizada que se acha na própria Constituição da República, ao preceituar que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. (art. 37, inciso I, da Constituição Federal).

2. O exame psicotécnico, cuja principal característica é a objetividade de seus critérios, indispensável à garantia de sua legalidade, deve ter resultado que garanta a publicidade, bem assim a sua revisibilidade. Inadmissível, portanto, o caráter sigiloso e irrecorrível do referido exame.

3. O critério fixado no "perfil profissiográfico", previsto no item 11.3 do edital, é elemento secreto, desconhecido dos próprios candidatos, e, portanto, incontrastável perante o Poder Judiciário, o que o fulmina de insanável nulidade, excedendo, assim, a autorização legal.

4. O fato de ser reconhecida a ilegalidade da correção do exame psicotécnico não exime a candidata de se submeter a novo exame, não podendo prosperar sua pretensão de ser diretamente nomeada ao cargo.

Precedente.

5. Recurso parcialmente provido para reconhecer a nulidade do teste psicotécnico da Recorrente, devendo ela ser submetida a novo exame. (MS n. 19.339/PB, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 19.11.2009, DJ de 15.12.2009).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. LEGALIDADE. PREVISÃO LEGAL. CRITÉRIOS OBJETIVOS. PODER DE REVISÃO. PRECEDENTES.

1. Este Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência assente no sentido de que o exame psicotécnico, para que seja legítimo, deve estar previsto em lei e pautado em critérios objetivos, a fim de possibilitar o conhecimento da fundamentação do resultado e assegurar ao candidato a interposição de eventual recurso.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 1144030/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 27.10.2009, DJ de 16.11.2009).

Conclui-se, portanto, ser indispensável, a fim de ser considerada válida a avaliação psicológica, que a verificação se funde em critérios objetivos, relacionados ao exercício do cargo, a ser demonstrada em laudo fundamentado

Não é outro o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da possibilidade da exigência do exame psicotécnico quando previsto em lei e com a adoção de critérios objetivos para realizá-lo. Precedentes. (STF, Ag 745942 - Distrito Federal, Relª. Minª. Carmem Lúcia, julgado em 26.5.2009).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO DE AGENTE PENITENCIÁRIO DE SEGUNDA CLASSE DA

> CARREIRA POLICIAL CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. AUSÊNCIA DE AMPLA RECORRIBILIDADE. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. OFENSA ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. Os atos administrativos praticados na condução de concurso para provimento de cargos públicos devem-se pautar em critérios objetivos. Isto para permitir ao candidato a compreensão e eventual impugnação da nota que lhe foi atribuída em determinado exame. Precedentes: Ag n. 265.933-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; Ag n. 467.616-AgR, da relatoria do ministro Celso de Mello; e REsp n. 326.349-AgR, da relatoria do ministro Gilmar Mendes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, Ag n. 680650 AgR/DF, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 16.12.2008).

Ocorre que, no caso dos autos, a avaliação de f. 73-74 não demonstrou qualquer objetividade, demonstrando, ao revés, subjetivismo dos critérios apresentados.

Isso porque, como bem enfatizado pela sentença recorrida:

> Há um dado bem interessante que merece ser anotado. Data do parecer técnico de f. 73/74 de 11 (onze) de abril de 2008, ou seja, foi elaborado e subscrito posteriormente à divulgação do resultado de não habilitação da impetrante no exame psicotécnico, o que basta verificar as irresignação administrativa e documentos que a acompanharam de f. 67-71. Por incrível que possa parecer, foi confeccionado somente após a impetrante ter manejado recurso administrativo, o que obrigou o promovente da seleção a dar-lhe resposta, evidenciando, infelizmente, o caráter amador na condução do concurso e sua não integral transparência, o que é vedado pelo ordenamento jurídico-constitucional" (f. 112).

Não fosse isso, imprescindível a existência de lei que autorize o exame psicotécnico nos concursos públicos, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 686 do Supremo Tribunal Federal[1].

No caso em exame, é insuficiente para a realização do exame psicotécnico a previsão constante do Estatuto dos Servidores Públicos Municipais que remete ao respectivo edital as condições de cada certame, conforme reiterados posicionamentos da Suprema Corte:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXAME PSICOTÉCNICO. NECESSIDADE DE LEI. PRECEDENTES. 1. É irrelevante para o desate da questão o objeto da investidura, quando em debate a violação direta do art. 37, I, da Constituição Federal. 2. A exigência de exame psicotécnico prevista apenas em edital importa em ofensa constitucional. Precedentes. 3. A CLT carece dos critérios objetivos para ser tida como lei formal a regular exame psicotécnico. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. (STF, RExtra n. 559069 AgR/DF, Relª. Minª. Ellen Gracie, julgado em 26.5.2009.)

Logo, a concessão da segurança reclamada é medida que se impõe.

Condenação em Custas e Honorários advocatícios

Neste ponto merece parcial reforma a sentença proferida em primeira instância, uma vez que, além de entendimento jurisprudencial consolidado pelas Súmulas 512 do STF e 105 do STJ, a atual lei que regula o mandado de segurança (n. 12.016/2009[2]), vedou expressamente a condenação em honorários advocatícios neste rito especial, *in verbis*:

1 Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.

2 Em vigor desde 7.8.2009.

> Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

Entretanto, no que tange às custas processuais melhor sorte não assiste à autoridade coatora, ora apelante, posto que de acordo com o sistema processual brasileiro, cabe à parte vencida o pagamento das custas, sendo que a essa regra não foge o rito especial do mandado de segurança, as quais deverão ser suportadas pela pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.

Nesse sentido, confira-se os seguintes julgados:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INEP. EXAME NACIONAL DE CURSOS-ENC. AUSÊNCIA DE CADASTRAMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURANÇA CONCEDIDA. CUSTAS PROCESSUAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. PRECEDENTES.
>
> 1. Concedida a segurança para garantir a participação dos alunos no Exame Nacional de Cursos-ENC e cabendo ao INEP deferir ou não as inscrições submetidas, impõe-se sua condenação ao pagamento das custas processuais, uma vez que deu causa ao surgimento da lide.
>
> 2. "Compete ao INEP o deferimento das inscrições dos alunos a serem submetidos ao ENC, consoante estabelece o inciso III do art. 4º da Portaria n. 963/97, do Ministério da Educação e Desporto. Dessarte, incumbe-lhe arcar com os ônus sucumbenciais, porquanto foi a responsável pela demanda. Aplicação do Princípio da Causalidade.Precedentes" (REsp n. 541.147/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 22.3.2004).
>
> 3. Recurso especial improvido. (REsp n. 541.081/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 7.2.2006, DJ 6.3.2006, p. 296).
>
> PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO MUNICÍPIO – EFEITOS INFRINGENTES – OMISSÃO DO ACÓRDÃO QUANTO AO RESSARCIMENTO DAS CUSTAS – ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DOS IMPETRANTES.
>
> 1. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado quanto ao mérito.
>
> 2. Em sede de mandado de segurança não há condenação em honorários de advogado (Súmulas 105/STJ e 512/STF). Entretanto, deve a parte vencida reembolsar as custas adiantadas pelos impetrantes.
>
> 3. Embargos de declaração do Município de Belo Horizonte rejeitados e acolhidos, sem efeitos modificativos, os embargos declaratórios dos impetrantes. (EDcl no REsp n. 470.182/MG, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 4.10.2005, DJ de 24.10.2005. p. 235).

Ante todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento a fim de afastar da pessoa jurídica de direito público apelante a condenação relativa aos honorários advocatícios.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 5 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.004391-5 - Paranaíba
Terceira Turma Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – SENTENÇA DE ACOLHIMENTO DA PRESCRIÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CONTRATO DE MANDATO – RECURSO DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS – DESTINATÁRIA DOS PODERES – PROCURAÇÃO EXPRESSA – LEGITIMIDADE RECURSAL – PRELIMINAR REPELIDA.

O agente postulador e/ou a respectiva sociedade de advogados têm legitimidade processual para a discussão quanto aos honorários advocatícios quando o instrumento de procuração contiver previsão expressa de outorga de poderes a eles.

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA – "AÇÃO DE FAZER ENTREGA DE COISA CERTA" – INSTRUMENTO PARTICULAR DE MÚTUO E CONFISSÃO DE DÍVIDA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – SENTENÇA DE ACOLHIMENTO – CONTESTAÇÃO À RECONVENÇÃO EM OUTRA DEMANDA – DECLARAÇÃO DE QUITAÇÃO DA DÍVIDA – INEXISTÊNCIA DE INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL – RECURSO DA PARTE AUTORA NÃO PROVIDO.

O prazo prescricional referente às pretensões de exigência de obrigação líquida constante de instrumento público ou particular é quinquenal, nos termos da norma contida no artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil de 2002. Qualquer ato inequívoco da parte, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento quanto à existência da obrigação, gera a interrupção do prazo prescricional correlato. Todavia, a argumentação de defesa judicial consistente em pagamento não gera efeito interruptivo do prazo prescricional, uma vez que o mero reconhecimento da dívida desprovido de reconhecimento quanto à exigência da obrigação não tem o condão de interromper a prescrição, segundo Pontes de Miranda. A extinção da reconvenção sem resolução do mérito impede a interrupção de eventual prazo prescricional.

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ARBITRAMENTO IRRAZOÁVEL – MAJORAÇÃO CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

O valor arbitrado a título de honorários advocatícios deve ser consentâneo com o postulado da razoabilidade e subserviente à inteligência da norma do artigo 20 do Código de Processo Civil.

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, afastar a preliminar, negar provimento ao recurso de Manoel Roberto Ovídio e dar parcial provimento ao interposto por Raghiant & Medeiros Advogados Associados S/C, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de abril de 2010.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Nos autos da ação cominatória (feito n. 018.09.101067-2, da 2ª Vara Cível de Paranaíba-MS) que Manoel Roberto Ovídio move em face de Marcelo Miranda Soares e outra, a parte autora e os Advogados das partes demandadas interpuseram apelo quanto à sentença de acolhimento da tese de prescrição.

Nas suas razões, a Raghiant & Medeiros Advogados Associados, "associação" representativa dos causídicos das partes demandadas, afirmou que o valor fixado a título de honorários advocatícios (R$ 5.000,00) é irrisório em relação ao valor atribuído à causa (R$ 1.584.852,37), motivo pelo qual pediu a majoração da verba.

Nas suas razões, a parte autora anotou que a respeitável sentença deve ser reformada por esta excelsa Terceira Turma Cível, visto que o prazo prescricional referente à pretensão em questão é de 10 anos à luz da norma contida no artigo 205 do Código Civil. Ainda, aduziu que tal prazo restou interrompido pela reconvenção.

Nas suas contrarrazões (f. 174), os réus pugnaram pelo não-provimento.

Nas contrarrazões (f. 196), o autor arguiu a ilegitimidade ativa recursal.

No mérito pugnou pelo não-provimento do recurso da Associação.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator)

Manoel Roberto Ovídio, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer (feito de n. 018.09.101067-2, da 2ª Vara Cível de Paranaíba, MS) que move em face de Marcelo Miranda Soares e de Maria Antonina Cançado Soares, inconformado com a sentença de acolhimento da prescrição da sua pretensão, interpôs esta Apelação Cível.

Nos termos da inicial, Manoel Roberto Ovídio ajuizou ação de obrigação de fazer entrega de coisa certa (feito de n. 018.09.101067-2) em face de Marcelo Miranda Soares e de Maria Antonina Cançado Soares, com a alegação de que possui um crédito oriundo de contrato de mútuo firmado em 10.9.2000.

O ilustríssimo magistrado da causa proferiu sentença (f. 134):

> Tratando-se de obrigação líquida constante de instrumento particular, com ou sem força de título executivo, o prazo prescricional é aquele indicado no art. 206, § 5º, inc. I, do Código Civil... Vencida a obrigação na vigência do Código Civil de 1916, é de se observar a regra de direito intertemporal prevista no art. 2.028 do CC, que determina a aplicação do

> prazo previsto no novo codex sempre que não houver transcorrido mais da metade do prazo estipulado pelo código anterior. No caso presente, como não havia transcorrido metade do prazo prescricional estipulado pelo art. 177 do Código Civil anterior, deve-se contar o prazo quinquenal a partir da vigência do novo Código Civil, consoante entendimento consolidado no âmbito dos tribunais pátrios... Já sob a ótica do Código de 2002, ante a incorporação de novas hipóteses de prescrição ao Diploma, a prescrição passa a ser qüinqüenal e regulada pelo inciso I do §5º do art. 206. De acordo com a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/02, se não transcorrido metade do prazo prescricional, contado na fórmula do Código derrogado, conta-se a prescrição pelas disposições do novo Digesto Civil, com termo ad quo no início de sua vigência (11/01/2003). Tratando-se de ação de cobrança de parcelas de compromisso de compra e venda, o prazo prescricional previsto na legislação anterior para a propositura de ação de natureza pessoal era de 20 anos e, com a vigência do novo código cível, o prazo de prescrição foi reduzido para 5 anos, consoante art. 206, § 5º, I, devendo ser contado da entrada em vigor do novo Código Civil, em janeiro de 2003... Dito isso, observo que não merece acolhimento a tese do autor, no sentido de que a reconvenção manejada nos autos n. 018.07.002514-0 tenha tido o condão de interromper o curso do prazo prescricional. Isso porque a lide reconvencional foi inadmitida por este juízo, como se vê na cópia da sentença acostada pelo próprio autor às f. 22/32... Ante o exposto, DECLARO A PRESCRIÇÃO da pretensão de cobrança da dívida consubstanciada no instrumento de f. 18/20, com o que resolvo o mérito desta ação, nos termos do art. 269, inc. IV, do CPC. Por conseguinte, condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, tendo em vista a reduzida complexidade da causa e a desnecessidade de dilação probatória. Com o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo. Sentença publicada em audiência. Registre-se. Saem os presentes intimados.

Nas suas razões, a Raghiant & Medeiros Advogados Associados, "associação" representativa dos causídicos das partes demandadas, afirmou que o valor fixado a título de honorários advocatícios (R$ 5.000,00) é irrisório em relação ao valor atribuído à causa (R$ 1.584.852,37), motivo pelo qual pediu a majoração da verba.

Nas suas razões, a parte autora anotou que a respeitável sentença deve ser reformada por esta excelsa Terceira Turma Cível, visto que o prazo prescricional referente à pretensão em questão é de 10 anos à luz da norma contida no artigo 205 do Código Civil. Ainda, aduziu que tal prazo restou interrompido pela reconvenção.

Da legitimidade recursal da sociedade de advogados

Nas suas contrarrazões, a parte autora arguiu a ilegitimidade ativa recursal da Raghiant & Medeiros Advogados Associados, sob o argumento de que a procuração de f. 88 contém previsão de outorga de poderes apenas às pessoas físicas dos advogados, e não à pessoa jurídica relativa à sociedade de advogados em questão.

A arguição deve ser rejeitada por esta excelsa Terceira Turma Cível, visto que os instrumentos de procuração de f. 88 e de f. 89 contêm previsão de outorga de poderes pelas partes demandadas mandantes, tanto para as pessoas físicas dos advogados, quanto para a respectiva sociedade de advogados. Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 15, § 3º, DA LEI N. 8.906/94. PROCURAÇÃO QUE NÃO TRAZ O NOME DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS. LEVANTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por maioria, no julgamento do AgRg no Precatório 769, firmou posicionamento no sentido de que, para que a sociedade de advogados tenha legitimidade para levantar ou executar honorários advocatícios, é necessário que a procuração outorgada faça menção à sociedade e não apenas aos advogados pertencentes aos seus quadros. 2. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp n. 918.642. SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura. julgado em 13.8.2009).

Destarte, a preliminar fica repelida.

Do recurso da parte autora

É incontroverso que os réus Marcelo Miranda Soares e Maria Antonina Cançado Soares obrigaram-se a entregar várias "cabeças de gado" ao autor Manoel Roberto Ovídio, momento em que as partes estabeleceram como data de vencimento da obrigação o dia 30.4.2001, como consta do instrumento contratual de f. 18.

A leitura da inicial leva à conclusão de que a parte autora propôs esta ação de obrigação de fazer, com o objetivo de que os réus sejam compelidos a entregar o objeto de um contrato de mútuo: 2.923 bois gordos com média de 18 arrobas cada, com a respectiva evolução das eras consistente em 815 bezerros machos anelorados (f. 2 a f. 14).

Alternativamente, a parte autora pediu a condenação dos réus ao pagamento do valor relativo ao objeto do contrato de mútuo em questão: R$ 3.754.535,00 (três milhões, setecentos e cinquenta e quatro mil e quinhentos e trinta e cinco reais). Ainda, de forma alternativa, pediu a reparação por perdas e danos em R$ 1.584.852,37.

Na realidade, por via oblíqua, a parte autora exige o cumprimento da obrigação contemplada no instrumento do contrato de mútuo, cuja pretensão está mesmo sujeita ao prazo prescricional previsto na norma do artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil, já que se trata de dívida líquida constante de instrumento particular.

Dessa forma, é importante observar que, em tese, o prazo prescricional de vinte anos (prescrição vintenária) disposto no Código Civil de 1916 seria aplicável ao caso, já que a pretensão de exigência da obrigação oriunda do contrato de mútuo surgiu com o vencimento em 30.4.2001, sob a égide daquele diploma civil.

Porém, é de se constatar que esse prazo prescricional relativo à pretensão em discussão, que era vintenário segundo o Código Civil de 1916, foi reduzido para cinco anos, nos termos da norma contida no artigo 206, §5º, inciso I, do Código Civil de 2002, de maneira que as regras de direito intertemporal devem ser consultadas.

A leitura do artigo 2.028 do novel diploma é essencial, in verbis: *"Art. 2.028: Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.*"

Nesse raciocínio, a análise dos autos gera a convicção inarredável de que, na data da inauguração da vigência do novo *codex* (10.1.2003), o lapso prescricional de vinte anos previsto no revogado Código Civil de 1916 não havia transcorrido em mais da metade, sobretudo se se considerar a data do vencimento da dívida em 30.4.2001.

Ou seja, o prazo prescricional de cinco anos, novidade do novo Código Civil de 2002, deve ser adotado neste caso, de modo que a data inaugural da vigência desse novo codex (10.1.2003) passa a ser o termo inicial para a contagem do referido prazo prescricional de cinco anos, o que atende aos ditames do Direito Intertemporal.

Wilson de Souza Campos Batalha, inspirado na civilística alemã, ensina:

> I – Se a lei nova aumenta o prazo de prescrição ou decadência, aplica-se o novo prazo, computando-se o tempo decorrido na vigência da lei antiga. II – Se a lei nova reduz o prazo de prescrição ou decadência, há que se distinguir: a) se o prazo maior da lei antiga se escoar antes de findar o prazo menor estabelecido pela lei nova, adota-se o prazo da lei anterior; b) se o prazo menor da lei nova se consumar antes de terminado o prazo maior previsto pela lei anterior, aplica-se o prazo da lei nova, contando-se o prazo a partir da vigência desta. ("*Apud*" GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 8. Ed. Rev. e At. São Paulo - SP: Editora Saraiva, 2006, p. 485 e p. 486).

No caso, é imperioso reconhecer que a prescrição já se aperfeiçoou, pois o prazo de cinco anos previsto na norma do artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil de 2002 iniciou seu curso em 11.1.2003 e findou em 11.1.2008, sendo que a ação foi ajuizada somente em 8.5.2009, com a observação de que a alegada interrupção não aconteceu ante a inadmissibilidade da reconvenção.

Aliás, essa questão referente à interrupção do prazo prescricional merece melhor estudo. Em 2007, Marcelo Miranda Soares e esposa propuseram uma ação declaratória (processo de n. 018.07.002514-0) em face de Manoel Roberto Ovídio que, por sua vez, apresentou pedido reconvencional, conforme consta do relatório de f. 23.

Na petição de reconvenção, o reconvinte Manoel Roberto Ovídio sustentou que Marcelo Miranda Soares e Maria Antonina Soares omitiram o fato de que lhe deviam R$ 200.000,00 em virtude de uma obrigação estipulada em instrumento de contrato de mútuo e confissão de dívida com vencimento em 30.4.2001 (f. 23).

O magistrado da causa (nos autos da ação declaratória de n. 018.07.002514-0) relatou que os reconvindos Marcelo Miranda Soares e esposa alegaram a inexistência da obrigação ante o pagamento da dívida (f. 23). Após isso, o juiz singular proferiu sentença e não admitiu o pleito reconvencional por versar sobre fato diferente.

A despeito dos argumentos cadentes da parte autora Manoel Roberto Ovídio, é razoável entender que a mera alegação de pagamento da dívida em sede de reconvenção não tem o condão de interromper o prazo prescricional, mesmo porque o pleito reconvencional não teve seu mérito analisado – extinção sem resolução do mérito.

Quanto ao tema, o professor Sílvio de Salvo Venosa leciona:

> Quando há a extinção do processo sem julgamento do mérito, quer-nos parecer que esse processo não teve a força de interromper a prescrição, não deve surtir efeito algum. De qualquer forma, ao lado dessa aparente exceção, a prescrição só se interromperá no processo com sentença de mérito... Finalmente, diz a lei que interrompe a prescrição "qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor" (inciso VI). Em todo o caso, a atitude do devedor não pode ser presumida, mas há de ser patente, inequívoca, como quer a lei. (**Código Civil Interpretado.** São Paulo – SP: Editora Atlas, 2010, p. 224 e p. 225).

Ademais, aceitar a idéia de que a mera alegação de pagamento – de forma despropositada – pode significar reconhecimento quanto à existência da obrigação e consequente interrupção da prescrição inibiria o direito de argumentação da parte interessada, o que, por certo, feriria os ditames do devido processo legal.

Em relação ao assunto, o professor Antônio Luiz Câmara Leal aponta:

> A lei não individualizou ou singularizou o ato cognitivo do direito do titular, pelo prescribente, mas, pelo contrário, deu eficácia interruptiva a qualquer ato, judicial ou extrajudicial, emanado ou praticado pelo sujeito passivo, contanto que esse ato contenha ou importe, de modo inequívoco, em reconhecimento expresso ou tácito do direito do sujeito ativo... Comentando o Código alemão, diz Planck: "É preciso que o prescribente tenha consciência de fazer uma declaração da qual o credor possa prevalecer-se, para lhe opor a existência da dívida; não é necessário que ele tenha tido a vontade de praticar um ato jurídico, um ato que tenha em vista realizar um efeito de direito. Este efeito de direito, a lei o liga à sua declaração, embora essa não o tenha tido em vista; é neste sentido que esse reconhecimento é reputado um puro fato de manifestação da vontade, não uma declaração de vontade, que tenha em vista um ato jurídico. (CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. Da Prescrição e da Decadência. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 190 e p. 191).

Em suma, observe-se que somente o reconhecimento inequívoco do direito do sujeito ativo é que pode gerar a interrupção da prescrição. A propósito, o inesquecível Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda vaticinou que o reconhecimento da dívida, sem reconhecimento da obrigação, não tem efeito interruptivo, "*in litteris*":

> Natureza do reconhecimento pelo devedor... interrompe a prescrição qualquer ato do devedor, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento... mas o reconhecimento da dívida, sem reconhecimento da obrigação, não interrompe. (**Tratado de Direito Privado.** Parte Geral. Volume VI. Rio de Janeiro RJ: Editor Borsoi, 1955, página 220 e página 221).

Na realidade, no caso, Marcelo Miranda e a esposa reconheceram a dívida, mas não reconheceram a obrigação, pois sua argumentação de defesa estribou-se fortemente na tese de pagamento. Assim, a declaração dos reconvindos não gerou efeito interruptivo da prescrição, já que sustentaram não estar mais obrigados quanto à dívida.

Logo, a técnica é que a respeitável sentença de extinção do processo com resolução do mérito por conta da prescrição, proferida pelo nobre magistrado singular, restou escorreita, de maneira que a norma esculpida no artigo 202, inciso VI, do Código Civil de 2002 não é aplicável ao caso, como já alinhavado anteriormente.

Do apelo da sociedade de advogados

Nas suas razões, a Raghiant & Medeiros Advogados Associados, associação representativa dos causídicos das partes demandadas, insiste que o valor fixado a título de honorários advocatícios (R$ 5.000,00) é irrisório em relação ao valor atribuído à causa (R$ 1.584.852,37), motivo pelo qual pediu a majoração da verba.

A súplica da sociedade de advogados procede, porquanto os autos desta ação de obrigação de fazer denotam que os advogados das partes demandas corresponderam ao intenso debate travado na causa, destacadas a apresentação de contestação, a natureza e o valor da causa, participação em audiência, e a oferta de contrarrazões ao recurso da parte autora.

Portanto, a pretensão recursal da "associação" deve ser provida em parte, com o fim de que o valor arbitrado a título de honorários advocatícios seja majorado para R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), dadas as peculiaridades do caso concreto, nos termos da norma insculpida no artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil.

Posto isso, conheço dos recursos. Nego provimento ao apelo da parte autora, mas dou provimento parcial ao recurso da "Raghiant & Medeiros Advogados Associados", com o fim de elevar a verba honorária para R$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE MANOEL ROBERTO OVÍDIO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO INTERPOSTO POR RAGHIANT & MEDEIROS ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C., NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 19 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.006054-0 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – PATRÃO QUE DENUNCIA EMPREGADO POR FURTO – ABSOLVIÇÃO NO PROCESSO PENAL – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – AÇÃO PENAL – SENTENÇA DEFINITIVA – TRÂNSITO EM JULGADO – SENTENÇA REFORMADA.

Embora independentes as esferas penal e cível, o acusado absolvido na ação penal, com a certeza da imprudência de seu patrão ao denunciá-lo na polícia, está apto ao exercício da reparação de danos na esfera cível, sendo que a prescrição conta-se da data do inquérito até a denúncia, interrompendo-se a partir daí e só recomeçando a contagem após o trânsito em julgado da sentença penal absolutória.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de abril de 2010.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Gleyson Farias Barreto, inconformado com a sentença (f. 222-224) que, com supedâneo no disposto no artigo 269, IV, do CPC, reconheceu a prescrição do seu direito de mover ação de reparação civil de reparação danos em face de Walter José Mendes, interpõe recurso de apelação.

Alinha, em suas razões (f. 232-243), que houve equívoco do julgador de primeiro grau, porquanto não é a partir da data do registro do boletim de ocorrência junto à autoridade policial, mas sim a partir da data do ajuizamento da ação penal respectiva, que na hipótese suspendeu o prazo prescricional, que somente começou a fluir a partir da prolação da sentença absolutória, que transitou em julgado no dia 29.1.2008 (f. 172), de modo que, em tendo sido a ação aforada em 15.9.2008 (v. protocolo de f. 2), o prazo de prescrição de três anos ainda estava em curso (CC, art. 206, § 3º, inciso V).

Requer, por tais razões, a reforma da sentença, a fim de que outra seja proferida com exame do mérito.

Contrarrazões às f. 252-260 em que o apelado combate os fundamentos do apelo e conclui pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator)

Cuidam os presentes autos de ação de indenização por danos morais, promovida pelo apelante Gleyson Farias Barreto em face de Walter José Mendes. Colhe-se da inicial, que o apelado, na condição de empregador do apelante, registrou um boletim de ocorrência onde narrou que seu funcionário teria praticado ilícito penal.

Concluído o respectivo inquérito, com encaminhamento do relatório da autoridade policial, o representante do Ministério Público denunciou o apelante como incurso nas penas dos artigos 171, caput e 168, § 1º c/c/artigo 70, todos do Código Penal Brasileiro (estelionato, apropriação indébita qualificada, ambos em concurso formal).

O referido Boletim de Ocorrência foi lavrado em 6.9.2003 (cf. f. 20); a denúncia oferecida (f. 15-17) em 28.5.2004 e recebida em 4.6.2004 (cf. f. 47) e a sentença que absolveu o apelante com fundamento no artigo 386, II, proferida em 7.1.2008 e transitada em julgado para as partes em 29.1.2008 (cf. f. 172).

Na inicial o apelante é claro ao atribuir a culpa pelos danos que reclama à pessoa de Walter José Mendes, em face de ter ele procurado a Delegacia de Polícia e registrado um boletim de ocorrência.

Respaldado nessa narrativa do apelante, o magistrado a quo assim se pronunciou:

> Pela simples leitura da inicial percebe-se que o ato reclamado pelo demandante que teria sido praticado pelo réu foi exatamente a lavratura do Boletim de Ocorrência.
>
> De efeito, o autor na inicial assevera que 'o requerido[...] procurou a delegacia de polícia, comunicando e lavrando em atropelo e apressadamente um B.O – Boletim de Ocorrência Policial junto ao Plantão Geral Integrado –O PGI, isso no dia 6.9.2003, alegando na qualidade de comunicante, que tomou conhecimento que no dia 3.9.2003 o autor requerente realizou uma grande venda de artigos da loja e o cliente não teria passado pelo Caixa para efetuar o devido pagamento. (f. 223).

Depois de transcrever outra passagem da inicial em que o apelante volta a insistir na culpa do apelado pela lavratura do boletim de ocorrência, o magistrado conclui acolhendo a preliminar de prescrição, *verbis*:

> De efeito, diz o artigo 206, § 3º, V do CC que prescreve em três anos o prazo para autor promover a ação de reparação civil.
>
> Ora, anoto que os feitos penais são independentes dos cíveis.
>
> [...[
>
> Portanto, o fato de o autor ter sido absolvido no feito penal não significa interrupção da prescrição.
>
> Posto isso, acolho a alegação de prescrição do réu e julgo extinto o feito forte no art. 269, IV do CPC. (f. 224).

Na ótica do prolator da sentença, o prazo prescricional começou a fluir a partir do registro do boletim de ocorrência – 6.9.2003, consoante declinado na inicial.

A prescrição, no caso concreto, encerra certa complexidade na apuração de sua ocorrência, sendo que a sentença recorrida decidiu de forma sintética e simplista o assunto em pauta..

Assim, primeiramente, é importante registrar que o artigo 202 do CC/02 contempla o elenco de causas interruptivas da prescrição, situando, dentre elas, a do inciso I, segundo o qual a prescrição se interrompe "*por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual*". Vejo que no caso presente não se pode admitir essa tese, uma vez que o caso sob exame traz como causa de pedir exatamente os fatos que deram origem ao início da fase inquisitorial, de modo que, iniciando a ação penal por denúncia Ministerial, não se pode falar em interrupção da contagem do prazo prescricional. Aliás, a citação, na hipótese, serve de marco para contagem de prazo de prescrição para a própria persecução penal, e não para efeito de indenização no plano civil.

Tem-se então que, contrariamente ao decidido em primeiro grau, o dispositivo legal a ser aplicado ao caso é o artigo 200 do CC/02, segundo o qual "*Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva*".

Segundo entendimento do TJSP, em referência ao citado dispositivo legal,

> A lei não diz que o prazo não corre apenas se a sentença for condenatória, de modo que o que a lei confere como causa de suspensão é que o fato seja suscetível de apuração no juízo criminal, logo, se houver absolvição ou qualquer outro modo de encerramento do processo penal que não impeça a ação indenizatória, ainda assim o prazo prescricional estará suspenso" *(In* **Código Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial**, Cristiano Imhof, Ed. Conceito, 2. Ed., p. 298, 2. coluna).

Nesse passo, impõe-se anotar que o apelante tomou conhecimento do B.O, no dia 23.9.2003, iniciando aí o prazo prescricional, que foi suspenso no dia 23.1.2004, com a instauração do inquérito policial, dando-se então a retomada da contagem à meia-noite do dia seguinte à data da sentença.

Sobre esse tema, o doutor Vilson Rodrigues Alves, em sua obra **Da prescrição e da decadência no novo código civil**, Editora Bookseller, 2. ed., p. 569-71, discorre acerca do alcance da regra preconizada no artigo 200 do Código Civil vigente, acentuando o seguinte:

> Na doutrina brasileira há o entendimento de que se trata de causa de suspensão do prazo prescricional, embora com a afirmação de que, 'obtida a condenação penal, o prazo prescricional começa a correr por inteiro', o que não deixa de ser efeito de causa de interrupção.
>
> A bem da verdade, se há ato ilícito, e.g., ato de quem, 'por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar da no a outrem, ainda que exclusivamente moral' (art. 186 do Código Civil), nasce ao titular desse direito violado pretensão, por exemplo, a pretensão de reparação civil prescritível no prazo de três anos, em conformidade com o Código Civil, art. 206, § 3º, V.
>
> Iniciado o curso do prazo prescricional, dá-se sua suspensão com a instauração do inquérito policial (Código de Processo Penal, arts. 4º-23 [...]
>
> Enquanto não sobrevier a 'sentença definitiva' não fluirá o prazo prescricional, o que, *mutatis mutandis*, significa que o prazo de duração dessa suspensão não se computa no prazo de prescrição [...]

> A retomada do curso do prazo prescricional dar-se-á à meia noite do dia seguinte à data da sentença definitiva proferida no juízo criminal.
>
> [...]
>
> Todo esse período de tempo, desde a instauração do inquérito policial até a sentença penal irrecorrível, não se inclui no prazo de prescrição, que se conta, após ele, pelo remanescente, detraindo-se do prazo legal de prescrição, o que fluíra antes da instauração do inquérito policial, de modo a contar-se a contar-se após a sentença penal irrecorrível o restante.

Anote-se que por sentença definitiva, entende-se aquela que não mais está sujeita a recurso, ou seja, transitou em julgado.

Em tais condições, o prazo prescricional para aforamento da ação civil só poderia ser contado a partir da meia-noite do dia seguinte ao trânsito em julgado da sentença penal absolutória, como o seria se o Estado fosse o demandado, quando então o denunciado, vendo-se absolvido da acusação que lhe fora imputada, estaria autorizado a pedir eventual reparação de danos.

No caso presente, assiste razão ao apelante, posto que somente com o trânsito em julgado da sentença é que veio a certeza de que a iniciativa do apelado de fato foi negligente e imprudente, em ordem a imputar-lhe a prática de um ato ilícito posteriormente reconhecido como inexistente pela justiça.

Considerando, nessa linha de raciocínio, que a sentença absolutória em questão teve seu trânsito em julgado no dia 29 de janeiro de 2008, tem-se que a ação de reparação de danos, proposta em 15.9.2008, não está prescrita, mesmo porque entre o conhecimento dos fatos pelo apelante (23.9.2003) e a instauração do inquérito (28.1.2004), transcorreu quatro meses e cinco dias, de forma que, somando-se os prazos, eles não chegam aos três anos previstos no art. 206 do Código Civil, eis que totalizam cerca de 11 meses e 19 dias.

Em razão do exposto, conheço do recurso e o dou-lhe provimento para afastar a alentada prescrição do direito de ação do apelante.

Finalmente, impende registrar que, nada obstante a possibilidade de julgamento do mérito nesta instância, a teor do disposto no artigo 515, § 3º, do CPC, conforme vem admitindo a jurisprudência, ainda que se trate de extinção fundada no artigo 269, IV, do mesmo diploma, no caso destes autos, examinando-se tanto a inicial como a resposta, vê-se que ambas as partes protestaram pela produção de provas sobre suas alegações.

Essa dilação instrutória, tendo em vista o conteúdo dos autos, se faz necessária, eis que as provas existentes não se mostram suficientes para o julgamento conforme o estado do processo.

Nessas condições, tendo em vista a preservação do amplo direito de defesa e do devido processo legal, sob pena de o julgamento nesta instância configurar cerceamento de defesa, os autos devem ser devolvidos ao juiz de primeiro grau, para que neles prossiga na forma de direito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, TORNANDO INSUBSISTENTE A SENTENÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 5 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.016202-2 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – MULHER AGREDIDA FÍSICA E MORALMENTE PELO MARIDO – CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A COMPROVAR AS AGRESSÕES – DEVER DE REPARAR DANOS MORAIS – EVIDENTE OFENSA A DIREITOS DA PERSONALIDADE – QUANTUM INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – A PARTIR DA FIXAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Quando o conjunto probatório dos autos (boletins de ocorrência, laudos médicos, fotografias, depoimentos, contratação de segurança particular, prisão preventiva do réu, etc.) revelar que as alegadas agressões físicas praticadas pelo marido contra a mulher, de fato existiram, exsurge o dever de reparar o dano moral.

Na quantificação dos danos morais, devem-se considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores, bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Se o valor da indenização a título de danos morais foi fixado em quantia certa, o termo inicial para a incidência dos consectários legais (correção monetária e juros de mora) é o da prolação da decisão, porquanto somente daí o devedor passou a incidir em mora e o credor a sofrer perda inflacionária.

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

Campo Grande, 22 de abril de 2010.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Walquiria Menezes Moraes Barroso, irresignada com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial da ação de reparação por danos materiais e morais por ela movida em desfavor de Murilo de Souza Barroso, interpõe recurso de apelação objetivando a sua reforma.

Em suas razões recursais, f. 289-292, a apelante sustenta que, ao contrário do que entendeu o douto juízo sentenciante, há nos autos elementos probatórios suficientes a amparar o seu pedido de reparação pelos danos morais, sofridos em virtude de diversas condutas ilícitas praticadas pelo réu/apelado.

Afirma, nessa extensão, que vinte e quatro dias após ter se casado com o apelado, em 28.5.2002, o mesmo a agrediu física e moralmente, desferindo-lhe golpes com um cinto de couro e fivela de metal, conforme registrado no boletim de ocorrência de f. 17.

Segue alegando que, em outubro daquele mesmo ano, o apelado, após a ter agredido com socos e ter tentado asfixiá-la, ameaçando-a de morte, apontou uma arma contra sua cabeça por aproximadamente 20 minutos.

Aduz que, mesmo tendo de se manter afastado, por força de liminar, o apelado chegou a agredi-la duramente no dia de seu aniversário, episódio que lhe resultou sangramentos e diversos hematomas, deixando-a totalmente desfigurada.

Defende, ainda, com respaldo em jurisprudência do STJ, que o fato de ter sido traída durante o casamento também gera dever de indenizar para o apelado, eis que a sua honra e imagem restaram abaladas por conta disso.

Por fim, requer seja conhecido e provido o presente recurso para, reformando a sentença impugnada, ser acolhido o pedido indenizatório, com a fixação do quantum em valor não inferior a R$ 100.000,00 (cem mil reais), invertendo-se, por conseguinte, o ônus da sucumbência.

Regularmente intimado, o apelado deixou transcorrer in albis o prazo para apresentar contra-razões, conforme certidão de f. 310.

O órgão ministerial de primeiro grau manifestou-se às f. 313-318 pelo conhecimento e não provimento do recurso. A Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer às f. 327-333 opinando, igualmente, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Walquiria Menezes Moraes Barroso, irresignada com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial da ação de reparação por danos materiais e morais por ela movida em desfavor de Murilo de Souza Barroso, interpõe recurso de apelação objetivando a sua reforma.

Em suas razões recursais, f. 289-292, a apelante sustenta que, ao contrário do que entendeu o douto juízo sentenciante, há nos autos elementos probatórios suficientes a amparem o seu pedido de reparação pelos danos morais, sofridos em virtude de diversas condutas ilícitas praticadas pelo réu/apelado.

Afirma, nessa extensão, que vinte e quatro dias após ter se casado com o apelado, em 28.5.2002, o mesmo a agrediu física e moralmente, desferindo-lhe golpes com um cinto de couro e fivela de metal, conforme registrado no boletim de ocorrência de f. 17.

Segue alegando que, em outubro daquele mesmo ano, o apelado, após a ter agredido com socos e ter tentado asfixiá-la, ameaçando-a de morte, apontou uma arma contra sua cabeça por aproximadamente 20 minutos.

Aduz que, mesmo tendo de se manter afastado, por força de liminar, o apelado chegou a agredi-la duramente no dia de seu aniversário, episódio que lhe resultou sangramentos e diversos hematomas, deixando-a totalmente desfigurada.

Defende, ainda, com respaldo em jurisprudência do STJ, que o fato de ter sido traída durante o casamento também gera dever de indenizar para o apelado, eis que a sua honra e imagem restaram abaladas por conta disso.

Por fim, requer seja conhecido e provido o presente recurso para, reformando a sentença impugnada, ser acolhido o pedido indenizatório, com a fixação do *quantum* em valor não inferior a R$ 100.000,00 (cem mil reais), invertendo-se, por conseguinte, o ônus da sucumbência.

Para um bom deslinde da causa, necessária uma breve digressão fática e processual.

A demanda foi proposta pela ora apelante, sob a alegação de que o apelado, seu ex-cônjuge, durante o período do matrimônio, praticou diversos atos que lhe causaram imensurável sentimento de dor e sofrimento, imprimindo grave lesão à sua integridade moral.

Em resumo, a autora, ora apelante, sustenta que o réu, ora apelado, manteve vários relacionamentos extraconjugais, sendo que um deles resultou no nascimento de uma filha. Assevera, ademais, que o demandado, por inúmeras vezes, a agrediu fisicamente, bem como a ameaçou de morte.

Alicerçada sobre tais alegações, ingressou em juízo com a presente ação, objetivando ser ressarcida pelos danos morais que sofreu, mediante o pagamento de indenização, no valor sugerido de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Requereu, outrossim, a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos materiais, tendo em conta os gastos despendidos com segurança privada e conserto de bens por ele danificados.

O magistrado *a quo*, a par do fundamento de ausência de substrato probatório hábil a comprovar as alegações da requerente, houve por bem julgar totalmente improcedentes os pedidos iniciais.

Daí o manejo da presente apelação cível perante este E. Tribunal de Justiça.

Conforme relatado, a autora/apelante sustenta que, ao contrário do que entendeu o douto juízo sentenciante, há nos autos elementos probatórios suficientes a amparar o seu pedido de reparação pelos danos morais, sofridos em virtude de diversas condutas ilícitas praticadas pelo réu/apelado.

Afirma, nessa extensão, que vinte e quatro dias após ter se casado com o apelado, em 28.5.2002, o mesmo a agrediu desferindo-lhe golpes com um cinto de couro e fivela de metal, conforme consta registrado no boletim de ocorrência de f. 17.

Segue alegando que, em outubro daquele mesmo ano, o apelado, após a ter agredido com socos e ter tentado asfixiá-la, ameaçando-a de morte, apontou uma arma contra sua cabeça por aproximadamente 20 minutos.

Aduz que, mesmo tendo de se manter afastado, por força de liminar, o apelado chegou a agredi-la duramente no dia de seu aniversário, episódio que lhe resultou sangramentos e diversos hematomas, deixando-a totalmente desfigurada.

Defende, ainda, com respaldo em jurisprudência do STJ, que o fato de ter sido traída durante o casamento também gera dever de indenizar para o apelado, eis que a sua honra e imagem restaram abaladas por conta disso.

Por fim, requer seja conhecido e provido o presente recurso para, reformando a sentença impugnada, ser acolhido o pedido indenizatório, com a fixação do *quantum* em valor não inferior a R$ 100.000,00 (cem mil reais), invertendo-se, por conseguinte, o ônus da sucumbência.

Da leitura das razões de recurso apresentadas pela apelante, é de se ver que a insurgência ali veiculada circunscreve-se tão somente ao pedido de indenização por danos morais, não constituindo o pedido de indenização por danos materiais assunto devolvido ao órgão ad quem, razão por que o tema não será objeto de apreciação por este Colegiado.

Pois bem, após analisar com acuidade as particularidades que permeiam o caso concreto, tenho que a súplica encontra amparo nesta Corte, pelos fundamentos que passo a expor.

Por primeiro, de bom alvitre tecer algumas considerações a respeito de se admitir a presunção como prova a embasar a decisão judicial.

Isso acontece quando o juiz, em determinado caso concreto, utiliza-se das máximas de experiência para chegar à conclusão da ocorrência de um fato, a partir da prova da existência de outro. Noutras palavras, equivale dizer que, através de raciocínio de dedução, o juiz desloca-se do fato provado, conhecido por indício, para o fato objeto da ação propriamente dito, segundo as regras da experiência comum.

Sobre o tema, eis a seguinte lição:

A presunção representa o resultado de um processo mental que, partindo de um fato demonstrado como ocorrido, permite a conclusão de que um outro fato, ainda que não provado, seja também considerado como existente ou ocorrido. Há uma relação entre fato indiciário (provado) e fato presumido (não provado), decorrente da constatação lógica de que, se o primeiro ocorreu, muito provavelmente o segundo também terá ocorrido. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 2. ed. Editora Método, 2010. p. 385-386).

Transpondo a espécie para o caso dos autos, é de ser ver, conforme adiante será demonstrado, que o conjunto probatório dos autos (boletins de ocorrência, laudos médicos, fotografias, depoimentos, etc.) revela que as alegadas agressões físicas praticadas pelo apelado contra a apelante, de fato, existiram.

Isto é, os comprovados indícios fartamente existentes nos autos permitem que o juiz chegue ao convencimento acerca da grande probabilidade, para não dizer exatidão, do contexto fático exposto pela autora ao longo do processo.

Ao sopesar com prudência as informações que se extrai dos documentos acostados, resta evidenciado que a autora/apelante, de fato, foi vítima de violência cometida pelo réu/apelado, emergindo daí a necessidade de punição ao ofensor e compensação à ofendida, em reverência aos escopos da responsabilidade civil.

Do Boletim de Ocorrência n. 7268/2002 (f. 17), verifica-se o relato de uma agressão física sofrida pela apelante em decorrência de ato praticado pelo apelado na data de 28.5.2002, ou seja, dias após terem contraído matrimônio (4.5.2002 - f. 65). Confira-se:

> [...] Na data de ontem a vítima encontrou registrado no aparelho celular do autor uma ligação recebida de uma antiga namorada de nome TâNIA ALBERNAZ. Ao indagá-lo sobre o telefonema, houve discussão e o autor pegou seu cinto de

> couro, com fivela de metal, passando a lhe desferir golpes contra suas pernas e costas. [...]. (f. 17)
>
> Às f. 18 dos autos, um novo indício da prática de violência física pelo ora apelado em face da sua ex-esposa, ora apelante, consoante novo registro de ocorrência, sob n. 7388/02:
>
> > [...] em meio a uma discussão, o autor mais uma vez agrediu a vítima com socos e apertões no pescoço, com o intuito de asfixiá-la, momento em que a vítima o empurrou, tendo ele em seguida pegado um revólver e apontado para vítima, ficando assim cerca de 20 minutos, afirmando que iria matá-la. [...] instantes em que o irmão da vítima chegou, tendo o autor tirado a arma da sua cabeça. [...] conseguiu se desvencilhar e fugir. O autor foi em perseguição à vítima com o revólver na mão, sendo impedido pelo irmão da mesma. Que o autor ainda ameaçou dizendo 'vou contratar um pessoal e simular um assalto e você vai morrer. Que a agressão deixou lesões na cabeça, rosto, pescoço e perna direita.- (f. 18).

Mais adiante, às f. 19 dos autos, mais um registro, sob o n. 1596/03, datado de 24.8.2003, noticiando que, após uma briga do casal em local público, da qual Walquiria saiu ferida, a polícia militar foi acionada, conduzindo ambos até a delegacia para as providências cabíveis.

Com relação a essa ocorrência (f. 19), foi lavrado o laudo de exame de corpo de delito n. 109.637/03 (f. 26), que atesta os ferimentos observados no rosto (lábio inferior) e no tornozelo esquerdo da vítima, em conformidade com o que foi dito por ela à autoridade policial na ocasião, ou seja: que, ao flagrar o seu esposo conversando com uma mulher no local, começaram a discutir, até ele a agredir com socos no rosto, deixando-lhe uma lesão na boca, e ainda a ter derrubado no chão, o que causou a escoriação em seu tornozelo.

Da redação do boletim de ocorrência n. 1596/03 (f. 19), observo ainda que nele consta a afirmação do delegado de polícia responsável declarando que: *"os seguranças do local acionaram a polícia militar, que foi até lá e trouxe autor e vítima até esta delegacia"*. Ou seja, a própria autoridade policial deixou expressamente consignado que o fato existiu, tanto que, em razão dele, o casal foi encaminhado àquela delegacia.

Nesse ponto, cabe advertir que o boletim de ocorrência é documento dotado de fé pública, eis que lavrado por agente da Administração Pública (autoridade policial), conferindo-lhe presunção iuris tantum de veracidade, que somente poderá ser afastada mediante prova inequívoca do contrário, o que, todavia, não aconteceu no caso.

Pelo o exposto até aqui, não é difícil vislumbrar que o apelado levou a efeito ações que geraram danos à integridade física da apelante, desferindo-lhe, em mais de uma oportunidade, golpes violentos, o que, de *per si*, já propiciaria infligir ao ofensor a sanção pecuniária em favor da vítima.

Contudo, dos elementos probatórios que compõem os autos, outro fato em específico chama a atenção, por existir em torno dele sólidos indícios acerca da sua veracidade.

É a agressão física ocorrida no dia **10.9.2005**, cuja constatação repousa no minucioso exame e cotejo dos documentos anexados às f. 23, f. 24, f. 27-28, 31-33 e 38-39, que correspondem, respectivamente, ao: II- boletim de ocorrência n. 1403/2005; I- boletim de ocorrência n. 1497-05; III- laudo de exame de corpo de delito n. 123.380; IV- fotografias e **V-** decisão judicial de decretação da prisão preventiva de Murilo de Souza Barroso.

Pois bem.

No Boletim de Ocorrência n. 1403/2005 (f. 23), confeccionado pela Polícia Civil na data de **10.09.2005**, foi registrado pela apelante o seguinte:

> [...] Que foi casada com o autor por três anos e que está separada há seis meses; que está em processo litigioso; que desde a separação ele a vem ameaçando; que na data e local acima descrito o autor foi até a residência da vítima, por ser sábado o dia da visita; que ele havia ido de madrugada, por volta das duas horas da manhã e embriagado; que queria que a vítima abrisse o portão, mas como ela não atendeu ao pedido ele voltou mais tarde; que a vítima, ao retornar do mercado na hora citada acima, não percebeu que o autor a estava seguindo; que quando ela abriu o portão ele já desceu do carro a agredindo, tirando ela do carro pelos cabelos; que a derrubou no chão e a jogou na parede; que a vítima apresenta lesões no braço esquerdo e direito; que em seu rosto há lesões também; que sempre o autor a ameaça dizendo que vai matá-la; que a vítima conseguiu ir para a casa da testemunha que a socorreu; que o autor tentou arrombar o portão da testemunha. [...]. (f. 23) - grifei.

Corroborando a narração acima, eis a versão dos fatos prestada por Luiz Antônio Cristaldo Coimbra, o mencionado **vizinho** da apelante na época dos fatos, que indiciou o apelado na 4ª Delegacia de Polícia de Campo Grande, pela danificação no portão de sua residência:

> [...] na data, local e hora supracitada, o autor foi até a casa de sua ex-esposa, que fica perto desse endereço, e começou a espancá-la. A senhora Walquiria, desesperada, correu até a casa da vítima, entrou e fechou o portão. O autor começou a chutar o portão e a dizer 'abre que vou te matar'. Danificou e amassou o portão. A vítima relata ainda que na sua casa estavam suas duas filhas, Lydiane Marques Coimbra, de 10 anos, e Rafaela Marques Coimbra, de 04 anos, que ficaram muito assustadas. O dano foi estimado em R$ 500,00. Nada mais. (Boletim de ocorrência n. 1497-05 - f. 24).

Não só isso, o laudo de exame de corpo de delito n. 123.380 (f. 27) – laudo diverso do acima mencionado -, produzido em conexão com o Boletim de Ocorrência n. 1403/2005 (f. 23), certifica a ocorrência de lesões nos braços e rosto da apelante, oriundas de ação contundente e, portanto, compatíveis com o histórico relatado.

Fundamental ainda destacar que, em razão desse episódio, Murilo de Souza Barroso, réu/apelado, teve, na data mencionada (10.9.2005), a sua prisão preventiva decretada, por ordem judicial (f. 38-39) assim prolatada:

> Recebo a representação, onde Walquiria Menezes Moraes Barroso, após sofrer lesões corporais e ameaças de morte do indiciado, pede a prisão preventiva deste, como medida de urgência e acautelatória de sua integridade física e da comunidade, tendo em vista que o indiciado é pessoa violenta, tanto que responde por tentativa de homicídio e outras lesões corporais.
>
> Em análise aos autos, verifico que estão presentes os requisitos da conveniência da instrução criminal e da necessidade de se assegurar a aplicação da lei, na medida em que o indiciado agrediu violentamente a vítima, causando-lhe diversas lesões corporais e vem ameaçando-a de morte, delito cuja materialidade está devidamente comprovada através dos boletins de ocorrência e diversas fotografias acostadas na inicial. Além disso, o réu evadiu-se do local, inclusive, abandonando o seu veículo, estando foragido.
>
> [...]

> Assim sendo, para assegurar a aplicação da lei e por conveniência da instrução criminal, com fulcro no art. 312 do CPP, decreta-se a prisão preventiva de Murilo de Souza Barroso, qualificado nos autos. - grifei

Para arremate, observo que as imagens das fotografias de f. 31 e 32 refletem exatamente todas as escoriações no rosto da autora descritas pelo médico no laudo de f. 27, quais sejam: a) escoriações de fundo avermelhados, localizadas em região zigomática direita (fotografia f. 31), e b) sulco nasal (fotografia f. 32). Afora ainda ao que se vê da fotografia de f. 33, que retrata claramente a fuga do ofensor, nos termos da decisão judicial supra transcrita – "[...] *o réu evadiu-se do local, inclusive, abandonando o seu veículo, estando foragido".*

Ora, o confronto dos dados extraídos dos referidos documentos mostra que os mesmos se encontram coligados por um mesmo acontecimento, conectados uns aos outros por idênticas circunstâncias fáticas (dia, local, envolvidos, etc.). E isso faz tornar irrefutável a conclusão de que é verdade que o réu/apelado agrediu impetuosamente a autora/apelante no dia 10.9.2005, data, inclusive, em que esta aniversariava (f. 65), como fielmente declinado na peça recursal, e por isso deve ser responsabilizado.

Avançando no exame dos elementos probatórios dos autos, transparece dali mais uma evidência a dar amparo à irresignação recursal: trata-se da contratação pela apelante de um segurança particular, Sr. Elias das Costa Soares, que, ouvido em juízo, assim se pronunciou (f. 237):

> [...] que passou a trabalhar para a requerente depois que ela se separou do requerido; que nunca presenciou uma agressão física do requerido, mas atendeu a diversas chamadas telefônicas de Murilo [apelado] afirmando: 'minha mulher está andando com segurança. Eu vou matar ela e quem estiver com ela também vai'; que o requerido se referia à mulher, nas chamadas telefônicas, com palavrões, como 'safada'; [...] que a requerente o contratou, porque estava sendo ameaçada pelo marido; que o comportamento de Walquiria quando saía de casa era de assustada.

Do depoimento supra reproduzido, é de fácil percepção o imoderado comportamento agressivo que o apelado Murilo de Souza Barroso mantinha perante a sua ex-esposa, eis que se toma nota que ele a ameaçava de morte constantemente ("atendeu a diversas chamada de Murilo afirmando (...) 'eu vou matar ela'"), bem como a insultava com xingamentos ("o requerido se referia à mulher, nas chamadas telefônicas, com palavrões, como 'safada').

Nesse passo, cumpre observar que o fato de a testemunha ter afirmado que não chegou a presenciar nenhuma agressão física em nada socorre o réu/apelado. Afinal, por óbvio que a figura de um segurança zelando pela integridade física de Walquiria representou um obstáculo para Murilo, sendo até mesmo coerente que no período não tenha sucedido qualquer ato de agressão por parte deste.

Ademais, neste ponto, é de se questionar o porquê de a apelante ter chegado ao ponto de investir na contratação de um segurança particular. A meu ver, tal atitude exprime uma medida de prevenção, por ela tomada em meio às ameaças e violências que vinha sofrendo; ciente do grau de risco a que estava exposta, viu a necessidade de contratar um segurança para a sua proteção, providência esta que permite bem visualizar a real consistência dos alegados ataques investidos pelo réu/apelado contra a sua pessoa.

Ao manusear o processo, colhem-se ainda outras informações que reforçam a idéia de que o apelado é pessoa propensa a cometer comportamentos reprováveis no meio social. É o que se infere das declarações prestadas por Eva Teodoro de Souza, avó de Maria Rita de Souza, cuja paternidade é atribuída a Murilo de Souza Barroso.

Veja-se alguns trechos retirados do termo de inquirição de f. 215-216:

> Que sua filha manteve relacionamento com Murilo por dois anos; que quando sua filha estava no quinto mês de gravidez Murilo terminou o relacionamento e desapareceu. Que Murilo nunca ajudou no sustento de Maria Rita e nem reconheceu a paternidade; que por isso sua filha entrou com ação de investigação de paternidade nesta comarca.
>
> Que o réu não presta qualquer auxílio; que quem dá auxílio é a mãe de Murilo, Sra. Marlene de Souza Barroso, que envia brinquedos e calçados. Que Murilo não deu qualquer satisfação à sua filha ao terminar o relacionamento; que simplesmente desaparece.
>
> Que certa vez o irmão de Murilo disse à depoente: vocês são muito corajosas por entrar com processo de investigação de paternidade contra Murilo.

Portanto, mercê do teor dos documentos analisados, é de rigor atribuir foro de verdade e credibilidade aos fatos afirmados pela autora/apelante, eis que respaldados em idôneo e farto lastro probatório contido nos autos, suficiente para gerar o convencimento quanto ao dever de indenizar por parte do apelado.

Por oportuno, assinalo que para que haja o dever de indenizar, por responsabilidade civil, necessário se faz o preenchimento de determinados requisitos. São estes: **I-** conduta dolosa ou culposa do agente, **II-** dano e **III-** nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

É o que dispõe o artigo 186 do Código Civil: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Portanto, o direito à reparação do dano depende da concorrência de três requisitos, que estão bem delineados no supracitado artigo, quais sejam: **(a)** fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, dolosa ou culposa (negligência, imperícia ou imprudência); **(b)** ocorrência de um dano patrimonial ou moral; **(c)** nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

No caso em apreço, conforme amplamente demonstrado, o réu, ora apelado, empregou contra autora, ora apelante, meios de violência (conduta), dando conta de lhe causar indubitável dor, sofrimento, aflição, etc., em genuíno ato de ofensa moral (dano e nexo de causalidade).

No ponto, cabível assinar que é até intuitivo que a mulher agredida pelo marido no seio da entidade familiar sofra danos morais em razão dessas agressões. Assim, nem se diga que uma vez comprovada a agressão, caberia a prova do abalo moral suportado ou, ainda, que a hipótese seria de "mero aborrecimento", alegação última, que seria esdrúxula, *data venia*.

A jurisprudência deste Tribunal tem sido firme nesse sentido, reconhecendo o abalo moral suportado pelo indivíduo que tenha sido agredido fisicamente, senão vejamos:

> EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – AGRAVO RETIDO – DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA – PROVAS QUE INFIRMAM O ESTADO DE HIPOSSUFICIÊNCIA – AGRAVO IMPROVIDO – AGRESSÃO FÍSICA – HUMILHAÇÃO E CONSTRANGIMENTO SUPORTADO PELA VÍTIMA – BOLETIM DE OCORRÊNCIA

POLICIAL – PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE – AUSÊNCIA DE PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO – DEVER DE INDENIZAR – QUANTUM INDENIZATÓRIO – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO PRINCIPAL PROVIDO PARCIALMENTE – RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

[...]

Restando devidamente comprovada a agressão física, é incontroverso o dever de reparação ao dano extrapatrimonial, tendo em vista que foram atingidos direitos inerentes a personalidade da vítima.

[...] (TJMS, AC n. 2010.001697-0, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 18.3.2010) – grifei.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AGRESSÃO FÍSICA COMPROVADA – DANO MORAL CONFIGURADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

A violação à integridade física da vítima, não obstante não apresente consequências graves, gera ofensa ao direito da personalidade e configura dano moral puro, in re ipsa, prescindindo de comprovação. A humilhação e a dor sofrida por uma pessoa, ao ser física e injustamente agredida na frente de outras, por si só caracterizam dano moral.

O valor do dano moral deve ser mantido quando fixado de forma a compensar o dano e desencorajar o ofensor, sem locupletar ilicitamente a vítima, levando-se em consideração as condições financeiras das partes, o grau de culpabilidade do réu e as consequências do ato danoso (TJMS, AC n. 2007.022326-9, Dourados, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 15.10.2009)

EMENTA–APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – AGRESSÃO RECÍPROCA DO CASAL DIVORCIADO COM MAIOR VIOLÊNCIA POR PARTE DO EX-MARIDO – DANOS MORAIS DEVIDOS – REDUÇÃO DO VALOR FIXADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Comprovada a agressão desnecessária impõe-se a condenação do agressor por danos morais.

2. A conduta violenta recíproca autoriza reduzir o valor da indenização por danos morais decorrentes de agressão mútua. (TJMS, AC n. 2005.012299-2, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, julgado em 10.1.2006)

Destarte, mostrando-se indiscutível a presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil - ato ilícito, dano e do nexo de causalidade, passo à avaliação do valor da indenização.

Como cediço, o nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se, pois, de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

A respeito do tema, Arnaldo Rizzardo, citando Carlos Roberto Gonçalves, faz o seguinte balizamento:

Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios: 'a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade

> do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva (Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270)

No particular, em virtude dos diversos atos de violência perpetrados pelo apelado, a apelante experimentou imensurável dor e sofrimento, tendo de suportar toda a humilhação e o constrangimento de ser agredida pelo seu então cônjuge, de ter de contratar segurança particular para garantir sua integridade. O recorrido, no uso da força física, obviamente superior, a intimidou, ameaçou e lhe causou ferimentos, com conseqüências evidentemente aptas a gerar imensurável abalo emocional, em patente configuração de um dano moral grave.

Assim, em atenção aos parâmetros acima delineados, aliado às circunstâncias do caso concreto, entendo que a importância R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais) apresenta-se em quantia razoável para reparar os danos morais sofridos pela apelante.

Cumpre ressaltar que medidas repreensivas em casos como ao dos autos estão a prestigiar o atual cenário político, legislativo e jurídico, nacional e internacional, de proteção, não só à mulher, mas aos direitos humanos em geral, sob a perspectiva de prevenção, punição e extirpação de todas as formas de violência a mitigar a sua fruição.

No que diz respeito especificamente à violência doméstica, com fundamento no § 8º do art. 226 da CF (*"O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações"*), o legislador brasileiro, recentemente, editou a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como "Lei Maria da Penha", cujo texto traz a previsão de diversas medidas de repreensão da prática de atos violentos contra a mulher no âmbito familiar.

Concluindo, cumpre dizer que, numa ordem em que o mais supremo valor constitucional é a dignidade da pessoa humana, não se pode admitir que o abuso de força, seja ela física ou de outra natureza, a opressão e a violência passem imunes ao Poder Judiciário, sendo dever deste coibir veementemente tais atos, dando máxima efetividade aos mecanismos criados para tanto.

Agora, resta esclarece o termo inicial da correção monetária e juros de mora.

A correção monetária é devida nos cálculos da atualização de débitos, não se constituindo em um plus, mas tão-somente uma reposição do valor real da moeda. Logo, trata-se a correção monetária de simples fator de atualização da moeda, cujo poder aquisitivo foi desgastado pela inflação.

Como o valor da indenização devido a título de dano moral foi fixado em quantia certa, o termo inicial para a sua incidência é o da prolação do acórdão, porquanto somente daí passou a incidir e sofrer perda inflacionária.

Nesse particular, note-se que o artigo 389 e 395, ambos do Código Civil, somando-se ao que dispõe o artigo 4.º da Lei n. 8.177, de 1.3.91, deixa claro que o índice a ser utilizado na correção não deverá ser outro que não o oficial, razão pela qual adota-se o INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor), calculado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

Então, a o montante devido a título de danos morais deverá ser corrigido monetariamente pelo índice INPC, a partir da prolação do acórdão, uma vez que, como o valor da indenização devido a título de dano moral foi fixado em quantia certa apenas nesta data, tem-se que somente a partir daí passou a incidir a perda inflacionária. Nesse sentido, colhem-se julgados:

> Esta Corte consolidou o entendimento segundo o qual, nas indenizações por dano moral, o termo a quo para a incidência da correção monetária é a data em que foi arbitrado o valor. (STJ, REsp n. 826491/CE; REsp n. 2006/0050226-5, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 5.6.2006 p. 295).
>
> Nos casos de danos morais, o termo a quo para a incidência da correção monetária é a data em que foi arbitrado o valor definitivo da indenização, ou seja, in casu, a partir da decisão proferida pelo Tribunal de origem (STJ, REsp n. 773075/RJ, REsp n. 2005/0134134-2, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 17.10.2005 p. 315).

A propósito, a jurisprudência do STJ ,pacificou o tema ao editar o enunciado Sumular n. 362, cuja redação tem o seguinte teor*: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento."*

No mesmo sentido, como os **juros de mora** incidem a partir de quando o devedor ficou em mora, entendo que os efeitos da mora apenas ocorrerão após a fixação do valor devido, ou seja, a partir da fixação do montante indenizatório, no caso, da prolação do acórdão.

Nesse sentido colho, na parte que interessa, precedente de minha relatoria, *in verbis:*

> [...]
>
> Se o valor da indenização a título de danos morais foi fixado em quantia certa, o termo inicial para a incidência dos consectários legais (correção monetária e juros de mora) é o da prolação da sentença, porquanto somente daí o devedor passou a incidir em mora e o credor a sofrer perda inflacionária. (TJMS, AC n. 2010.000698-6, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 24.2.2010)

Frise-se que deve ser observado o percentual de 1% (um por cento) ao mês, o que se mostra em consonância com o ordenamento jurídico vigente, sobretudo o Código Civil. A respeito do tema, tem-se o Enunciado n. 20 da Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, *in verbis: "A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês"*

Por último, com relação aos ônus sucumbenciais, entendo que estão a merecer reforma.

Por se tratar de uma ação puramente condenatória, o certo é que a demanda revela um acentuado conteúdo econômico, elemento este que também deve ser levado em conta para fins sucumbenciais.

Destarte, sendo os ônus sucumbenciais aqueles que a parte vencida deve pagar à parte vencedora e tendo sido vencido o apelado, deve arcar com as custas do processo e honorários advocatícios do patrono da parte ex adversa integralmente. Mesmo porque, da leitura da exordial, vê-se que o principal pedido da autora/apelante diz respeito aos danos morais, tanto que sequer devolveu ao Tribunal a matéria referente aos danos materiais, os quais, representavam parte mínima de seu pedido.

Em consonância com o exposto, o parágrafo único do art. 21 do CPC dispõe que *"Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários."*

Nesse contexto, em outras palavras, tem-se que a autora venceu na sua pretensão, razão pela qual os ônus sucumbenciais devem ser suportados pelo recorrido em sua integralidade.

Ante o exposto, conheço do recurso e, contra o parecer, dou-lhe provimento para, reformando a sentença combatida, julgar parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais formulado por Walquiria Menezes Moraes Barroso, condenando o réu/apelado Murilo de Souza Barroso a lhe pagar o montante equivalente a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigido monetariamente pelo INPC, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, ambos a partir da prolação do decisum.

Por consequência, inverto o ônus da sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 22 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.028178-6 - Bataguaçu
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – CESSÃO HEREDITÁRIA – NÃO PREENCHIMENTO DE FORMALIDADE LEGAL – ESCRITURA PÚBLICA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A cessão de direitos hereditários exige formalidade especial, já que a sucessão aberta é considerado bem imóvel por dicção legal (art. 80, II, Código Civil), sendo certo que o art. 108 prevê a obrigatoriedade da escritura publica nos negócios que envolvem direitos reais sobre imóveis.

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – PRELIMINAR – NULIDADE DE SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – REQUISITOS PARA USUCAPIÃO – ÔNUS DA PROVA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O juiz tem o poder de ponderar sobre a necessidade da dilação probatória. Entendendo ele que os documentos constantes nos autos não são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá conceder às partes a oportunidade para que especifiquem as provas a serem produzidas. Caso contrário, ou seja, se o juiz já tiver formado seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade dar provimento ao recurso de Lucyalda Moura Britez (ré reconvinte), nos termos do voto do relator e, quanto ao interposto por Maria Aparecida Vilela Dalavale, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 29 de março de 2010.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Maria Aparecida Vilela Dalavalle**,** irresignada com sentença que julgou improcedente o pedido formulado na exordial referente à Ação de Usucapião que propusera contra CIA**.** Viação São Paulo - Mato

Grosso e improcedente a reconvenção formulada por Lucyalda Moura Brites em face de Maria Aparecida Vilela Dalavalle**,** interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 229-234, a recorrente enfatiza que houve cerceamento de defesa, já que a sentença foi prolatada com base no art. 330, CPC, não tendo sido possibilitada a oitiva da autora e das testemunhas arroladas, nem tampouco laudo de constatação da existência de plantações e construção na área em discussão.

Destaca que "a Apelada aproveitou-se desta oportunidade, e talvez tendo se arrependido do negócio feito, e já tendo gasto os valores recebidos, e vendo as benfeitorias edificadas no terreno (muro divisório, salão etc), que o tornava mais valorizado, e que a Apelante exercia a posse com animus de proprietária, externando o intuito de ali permanecer pelas obras acima mencionadas, que seriam facilmente comprovadas se houvesse o nobre magistrado de 1º grau, determinado se fizesse via Oficial de Justiça, uma vistoria e elaborado um Laudo de Constatação, como tem procedido em outros casos o Judiciário Local[...]" (f. 231).

Assevera que "o não acolhimento à pretensão da Apelante, sob a alegação que a mesma não preenchia os requisitos exigidos por lei; é totalmente descabido, tendo a mesma adquirido a posse da filha da possuidora Eleonora, que estava na posse do terreno há mais de 20 anos, somando a de sua filha e a da Apelante, foram para mais de 25 anos; com relação ao ser a posse mansa e pacífica, quando foi transmitida era, só deixou de ser quando a vendedora por má-fé veio a juízo, contestando até seu próprio ato. O fato é que Apelada recebeu a importância correspondente ao negócio, e transferiu a posse do terreno à Apelante" (f. 232).

Diz que "se houve alguém que usando o judiciário, com intuito de levar alguma vantagem, foi a Apelada (Lucyala), que depois de alienar a posse que detinha por falecimento de sua mãe, e após as benfeitorias inseridas no terreno, agora usando a via Judicial, quer locupletar-se do montante paga e dos investimentos realizados pela Apelante" (f. 232).

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença recorrida, reconhecendo-se a soma das posses e concedendo à autora o direito de obtenção do título de domínio sobre o imóvel, através da prescrição aquisitiva.

Intimada, a ré CIA. Viação São Paulo - Mato Grosso apresentou contra-razões (f. 255-258), pedindo o não provimento do recurso. Oportunamente, a requerida Lucyalda Moura Brites também ofertou contra-razões (f. 266-268) no mesmo sentido.

A ré Lucyalda Moura Brites (f. 289-295), também apela, dizendo que em um primeiro momento alugou o imóvel objeto da presente ação à autora da ação e seu marido. Posteriormente, vendeu o imóvel para eles por R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), no entanto, a requerida assinou, sem perceber, um compromisso de transmissão de posse por valor aquém da proposta de venda. Em virtude disso propôs reconvenção visando a anular o contrato de transmissão de posse, uma vez que a posse do bem pertence ao espólio de sua genitora, no entanto o pedido foi julgado improcedente.

Salienta que "restou evidenciado o vício constante do negócio jurídico em questão, de forma que além dá má-fé da Apelada, a posse legítima do imóvel objeto da ação de Usucapião é do espólio de Eleonora de Mora Gonçalves como já dito anteriormente. Portanto, não poderia dessa forma, sua posse ser transmitida sem que houvesse autorização judicial nesse sentido, conforme nos ensina o artigo 992 inciso I do CPC" (f. 292-293).

Destaca o fato de que uma das herdeiras do espólio era incapaz, sendo que seus direitos não foram resguardados.

Enfatiza que "o negócio jurídico é nulo de pleno direito, pois não foram obedecidos os ditames legais, de modo que, o que se espera dessa tão destacada Corte é que determine a invalidade do contrato de transmissão de posse celebrado, restituindo-se ao espólio de Eleonora, mãe da Apelante" (f. 293).

Ao final, pede seja conhecido e provido o presente recurso, reformando a sentença vergastada para que seja declarada a nulidade do contrato de transmissão de posse do imóvel objeto da ação de usucapião.

Intimada, a autora, em contra-razões (f. 303-308), objetivando o não-provimento da apelação interposta por Lucyalda.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso de apelação interposto por Lucyalda Moura Britez, e pelo não provimento do apelo manejado por Maria Aparecida Vilela Dalavale.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria Aparecida Vilela Dalavalle**,** irresignada com sentença que julgou improcedente o pedido formulado na exordial referente à Ação de Usucapião que propusera contra Cia. Viação São Paulo - Mato Grosso e improcedente a reconvenção formulada por Lucyalda Moura Brites em face de Maria Aparecida Vilela Dalavalle**.**

No apelo de f. 229-234, a recorrente enfatiza que houve cerceamento de defesa, já que a sentença foi prolatada com base no art. 330, CPC, não tendo sido possibilitada a oitiva da autora e das testemunhas arroladas, nem tampouco laudo de constatação da existência de plantações e construção na área em discussão.

Destaca que "a Apelada aproveitou-se desta oportunidade, e talvez tendo se arrependido do negócio feito, e já tendo gasto os valores recebidos, e vendo as benfeitorias edificadas no terreno (muro divisório, salão etc), que o tornava mais valorizado, e que a Apelante exercia a posse com animus de proprietária, externando o intuito de ali permanecer pelas obras acima mencionadas, que seriam facilmente comprovadas se houvesse o nobre magistrado de 1º grau, determinado se fizesse via Oficial de Justiça, uma vistoria e elaborado um Laudo de Constatação, como tem procedido em outros casos o Judiciário Local [...]" (f. 231).

Assevera que "o não acolhimento à pretensão da Apelante, sob a alegação que a mesma não preenchia os requisitos exigidos por lei; é totalmente descabido, tendo a mesma adquirido a posse da filha da possuidora Eleonora, quem estava na posse do terreno há mais de 20,00 anos, somando a de sua filha e a da Apelante, foram para mais de 25 anos; com relação ao ser a posse mansa e pacífica, quando foi transmitida era, só deixou de ser quando a vendedora por má-fé veio a juízo, contestando até seu próprio ato. O fato é que Apelada recebeu a importância correspondente ao negócio, e transferiu a posse do terreno à Apelante" (f. 232).

Diz que *"se houve alguém que usando o judiciário, com intuito de levar alguma vantagem, foi a Apelada (Lucyala), que depois de alienar a posse que detinha por falecimento de sua mãe, e após as benfeitorias inseridas no terreno, agora usando a via Judicial, quer locupletar-se do montante paga e dos investimentos realizados pela Apelante*" (f. 232).

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida, reconhecendo-se a soma das posses e concedendo à autora o direito de obtenção do título de domínio sobre o imóvel, através da prescrição aquisitiva.

Intimada, a ré Cia. Viação São Paulo - Mato Grosso apresentou contra-razões (f. 255-258), pedindo o não provimento do recurso. Oportunamente, a requerida Lucyalda Moura Brites também ofertou contra-razões (f. 266-268) no mesmo sentido.

A ré Lucyalda Moura Brites (f. 289-295), também apela, dizendo que em um primeiro momento alugou o imóvel objeto da presente ação à autora da ação e seu marido. Posteriormente, vendeu o imóvel para eles por R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), no entanto, a requerida assinou, sem perceber, um compromisso de transmissão de posse por valor aquém da proposta de venda. Em virtude disso propôs reconvenção visando a anular o contrato de transmissão de posse, uma vez que a posse do bem pertence ao espólio de sua genitora, no entanto o pedido foi julgado improcedente.

Salienta que "restou evidenciado o vício constante do negócio jurídico em questão, de forma que além dá má-fé da Apelada, a posse legítima do imóvel objeto da ação de Usucapião é do espólio de Eleonora de Mora Gonçalves como já dito anteriormente. Portanto, não poderia dessa forma, sua posse ser transmitida sem que houvesse autorização judicial nesse sentido, conforme nos ensina o artigo 992 inciso I do CPC" (f. 292-293).

Destaca o fato de que uma das herdeiras do espólio era incapaz, sendo que seus direitos não foram resguardados.

Enfatiza que *"o negócio jurídico é nulo de pleno direito, pois não foram obedecidos os ditames legais, de modo que, o que se espera dessa tão destacada Corte é que determine a invalidade do contrato de transmissão de posse celebrado, restituindo-se ao espólio de Eleonora, mãe da Apelante"* (f. 293).

Ao final, pede seja conhecido e provido o presente recurso, reformando a sentença vergastada para que seja declarada a nulidade do contrato de transmissão de posse do imóvel objeto da ação de usucapião.

Intimada, a autora, em contrarrazões (f. 303-308), objetivando o não provimento da apelação interposta por Lucyalda.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso de apelação interposto por Lucyalda Moura Britez, e pelo não provimento do apelo manejado por Maria Aparecida Vilela Dalavale.

DO RECURSO DA PARTE RÉ/RECONVINTE.

Tem-se que a reconvinte interpôs o presente recurso objetivando o reconhecimento da nulidade do negócio jurídico de transmissão do imóvel usucapiendo, sob o argumento de que o bem não poderia ter sido vendido sem alvará judicial, uma vez que pertencente ao espólio de sua genitora, salientando, ainda, que um dos herdeiros da primitiva possuidora (Eleonora), é incapaz, o que geraria a nulidade do negócio jurídico existente entre as partes.

Em parecer, o membro da Procuradoria-Geral de Justiça suscitou, de ofício, vício consistente na falta de formalidade substancial ao negócio jurídico de transmissão do imóvel, o que geraria a nulidade do referido pacto.

A meu ver, a razão está com o órgão ministerial. Insta salientar que, com a morte de Eleonora, genitora da reconvinte, foi aberto processo de inventário (autos n. 026.02.000196-2). Contudo, como bem frisou o *parquet*, referidos autos encontram-se suspensos desde o ano de 2007, vale dizer, ainda não houve, sequer, a partilha (individualização) dos bens da extinta.

Como à época da assinatura, pelas partes, do contrato de f. 12-13, ainda não havia a partilha dos bens da genitora da reconvinte, somente era possível a cessão da herança (universalidade de direitos ou conjunto de bens que integra a massa), uma vez que a alienação de bens individualmente determinados dos herdeiros somente seria possível após a partilha.

Concluindo, o negócio entabulado entre as partes (f. 12-13), tratou-se de uma cessão de direitos hereditários, diante da inexistência da partilha, e não compromisso particular de alienação de posse de bem imóvel, como constou no instrumento contratual (f. 12).

Decorrência lógica é importante frisar que tal negociação (cessão de direitos hereditários) exige formalidade especial, já que a sucessão aberta é considerada bem imóvel por dicção legal (art. 80, II, Código Civil), sendo certo que o art. 108 do diploma civil prevê a obrigatoriedade da escritura publica nos negócios que envolvem direitos reais sobre imóveis.

Neste sentido, tem-se, ainda, o texto do *caput* do art. 1.793 do Código Civil, de onde se extrai, incisivamente, a imposição da escritura pública no caso de cessão de direito à sucessão aberta bem como do direito ao quinhão de que dispõe o herdeiro, vejamos:

> Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.
>
> § 1º Os direitos, conferidos ao herdeiro em conseqüência de substituição ou de direito de acrescer, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente.
>
> § 2º É ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.
>
> § 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.

Veja que é exigência da lei que a cessão se faça por escritura pública. A ausência dessa formalidade, via de conseqüência, implicará nulidade do ato, de acordo com o art. 166, IV, do Código Civil.

Transportando tais orientações para o caso em epígrafe, observa-se que o contrato firmado entre as partes não contou com a formalidade da elaboração via instrumento público, o que era substancial para validar o ato, razão pela qual, diferentemente do entendimento do juiz singular, tenho que o negócio deve ser declarado nulo, diante da preterição de formalidade legal.

Aliás, por oportuno, como bem frisou o *parquet* "*a alegação da apelada-reconvinda de que não pode ser anulado o negócio jurídico porque o bem não foi incluído no processo do inventário não merece guarida, haja vista que o bem sonegado ou não conhecido pelos herdeiros pode, após o encerramento do inventário, ser objeto de sobrepartilha, permanecendo, ainda, em relação a este, aberta a sucessão*".

Pelo exposto, conheço do recurso interposto por Lucyalda Moura Brites e, dou-lhe provimento para, mesmo que por outros fundamentos, declarar nulo o contrato entabulado pelas partes (f. 12-13), por conta da ausência do preenchimento de formalidade legal (escritura pública). Por oportuno, invertam-se as verbas sucumbenciais. Com o parecer.

DO RECURSO DA PARTE AUTORA.

Da preliminar

Nulidade de sentença por cerceamento de defesa

A autora da demanda pede seja declarada nula a sentença proferida pelo magistrado a quo em virtude da ocorrência de cerceamento de defesa, porque não foi possibilitada a oitiva da autora e das testemunhas arroladas, nem tampouco laudo de constatação da existência de plantações e construção na área em discussão.

A meu ver, não está presente a nulidade afirmada.

Frise-se que o juiz tem o poder de ponderar sobre a necessidade da dilação probatória. Entendendo ele que os documentos constantes nos autos não são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá conceder às partes a oportunidade para que especifiquem as provas a serem produzidas. Caso contrário, ou seja, se o juiz já tiver formado seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão.

Nos termos do Código de Processo Civil, temos que:

> Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
>
> I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

Ainda, pode o juiz entender que as provas requeridas não serão úteis ao processo. Nesse sentido leciona Antonio Carlos Marcato:

> Constatado ser o caso de julgamento do pedido (art. 269, I), o juiz avaliará a necessidade, ou não, de produção de provas tendentes à formação de seu convencimento sobre a pertinência da pretensão deduzida em juízo, provas essas respeitantes, exclusivamente, às questões de fato (*da mihi facto, dabo tibi ius*). Concluindo pela negativa, conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença de mérito, dispensada, assim, a fase instrutória, sem dúvida alguma a mais demorada e onerosa de todas as demais fases processuais.[1]

No mesmo sentido é o ensinamento de Vicente Greco Filho:

1 MARCATO, Antonio Carlos. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas. 2004, p. 983.

> O julgamento antecipado da lide, para Calmon de Passos, não é mais do que julgamento feito após a fase postulatória, por motivo de se haver colhido, nessa fase, todo o material necessário para formar a convicção do magistrado (art. 330, I), ocorrendo a revelia (art. 330, II).[1]

E continua dizendo:

> O objeto da prova é sempre o fato controvertido, pertinente e relevante. Se for incontroverso, não há necessidade de prova; tampouco se for irrelevante ou impertinente, pois então não alterará em nada o resultado da causa".[2]

Compulsando-se os autos, vê-se que o magistrado já formou seu convencimento com as provas produzidas nos autos, o que torna dispensável qualquer prática tendente a ampliar a instrução. Ademais, se realmente houvesse o interesse da requerente em demonstrar eventuais benfeitorias realizadas no imóvel, era seu o ônus o de trazer fotos ou qualquer outro documento que comprovasse sua alegação, e não do juiz de determinar a vistoria no imóvel.

Portanto, afasto a preliminar de cerceamento de defesa agitada pela requerente.

Superada tal questão, passo ao mérito da demanda.

DO MÉRITO:

Pois bem, analisando os requisitos da usucapião extraordinário bem como os elementos contidos nos autos, constata-se que a sentença recorrida não merece reparos, já que restou evidenciado nos autos que a recorrente não comprovou o preenchimento dos requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico para a aquisição da propriedade por usucapião.

Como é cediço, a usucapião pode ser apresentada como meio de aquisição do domínio da coisa pela sua posse continuada durante certo lapso temporal e com concurso dos requisitos que a lei estabelece para este fim. É a prescrição aquisitiva da propriedade pela posse ininterrupta durante determinado prazo sob as condições legais que lhe são inerentes.

Conforme ressalta Arnaldo Rizzardo:

> Cuida-se de um modo originário de aquisição, pelo qual a pessoa que exerce a posse em um imóvel, por certo prazo previsto em lei, adquire-lhe o domínio, desde que sua posse tenha satisfeito certos requisitos, ou seja, revele que sempre foi pacífica, mansa e ininterrupta, sem oposição alguma do titular do domínio e com o animus domini.[3]

A possibilidade de a posse continuada gerar a propriedade justifica-se pelo sentido social e axiológico da coisa, premiando-se aquele que se utiliza utilmente do bem, em detrimento daquele que deixa escoar o tempo sem dele utilizar-se ou não se insurgindo que outro o faça, como se dono fosse. Destarte, não haveria justiça em suprimir-se o uso e gozo do bem (imóvel ou móvel) de quem dele cuidou, produziu ou residiu por longo espaço de tempo, sem oposição. Observa Miguel Maria de Serpa Lopes a esse respeito que, encarado sob este aspecto, o usucapião pode ser admitido na lei sem vulneração aos princípios de justiça e equidade.[4]

1 GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 169. v. 2.
2 *Op. Cit.* p. 170.
3 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 248.
4 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 1985. p. 544. v. 6.

O usucapião extraordinário está devidamente disciplinado no art. 1.238 do Código Civil:

> Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
>
> Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Dessa forma, analisando o supracitado dispositivo legal, constata-se que a lei dispensou a exigência de justo título, razão pela qual somente mediante provas fáticas poder-se-á analisar se a posse exercida pelo autor preenche ou não os requisitos esculpidos pela lei, quais sejam, (a) posse exercida com *animus domini*, mansa, pacífica e ininterrupta e (b) decurso de lapso temporal de 15 (quinze) anos.

Vale ressaltar que para o cálculo da posse é possível a soma daquelas anteriores, praticada pelos possuidores antecessores:

> Art. 1.243. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.

Pois bem, no ordenamento jurídico brasileiro existe uma regra geral 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[5]

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

5 La carga de la prueba. Buenos Aires: Ejea *Apud* Ovídio A. Batista da Silva. **Curso de processo civil.** 5 ed. São Paulo: RT, 2001.p. 345.. v. 1.

> ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [6]

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.

In casu, tem-se que a requerente não se descurou do ônus que lhe competia, qual seja, o de comprovar o preenchimento dos requisitos autorizadores da usucapião extraordinário, mais especificadamente, a sua posse, sozinha ou somada a de seus antecessores.

Veja que o único documento carreado aos autos - f. 12-13 - que comprovaria a soma das posses é nulo de pleno direito, uma vez que a cessão de direito hereditário não contou com o preenchimento de formalidade legal, qual seja, a confecção de escritura pública.

Por oportuno, vale trazer à colação trecho do parecer ministerial:

> [...] conforme exposto no tópico anterior, a apelada Lucyalda transferiu à apelante Maria Aparecida a posse do bem imóvel através de um negócio jurídico nulo de pleno direito, tendo em vista que foi celebrado por instrumento particular, quando devia ser realizado por escritura pública para a validade do ato, não se afigurando possível a soma das posses prevista no art. 1.207 do Código Civil, já que é inválida a transmissão.

Sendo assim, se a requerente manteve-se inerte, não trazendo qualquer outra prova que demonstrasse o preenchimento dos requisitos legais para o usucapião, incide sobre ela o princípio "o que não está nos autos não está no mundo" *quod non est in actis non est in mundo*, razão pela qual seu pleito merece realmente o decreto de improcedência.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida. Com o parecer.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Revisor)

Ação de Usucapião - Acompanho o eminente relator.

Trata-se de duas apelações cíveis interpostas por Maria Aparecida Vilela Dalavale e Lucyalda Moura Britez em face da decisão de primeiro grau que julgou improcedente a ação de usucapião extraordinária proposta pela primeira e o pedido de reconvenção de anulação de negócio jurídico proposta pela segunda, e condenou ambas ao pagamento de honorários advocatícios e custas.

Maria Aparecida Vilela Dalavale pugna pela reforma da decisão, para que seja declarado nulo o contrato de transmissão de posse do imóvel, objeto da ação de usucapião, pelos seguintes fundamentos:

1. A posse do imóvel foi lhe transmitida pela apelada e exercida há mais de 20 anos de forma mansa, pacífica, ininterrupta e sem oposição;

2. Não há vícios ou irregularidade no negócio jurídico celebrado;

6 DINAMARCO, Cândo Rangel. **Teoria geral do processo**. 7 ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312.

3. Houve cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado, que impossibilitou a oitiva de testemunhas;

4. O *animus domini* revela-se nas melhorias que a apelante fez.

Lucyalda Moura Britez pugna pela reforma da decisão, para que seja declarado nulo o contrato de transmissão de posse do imóvel, pelos seguintes fundamentos:

1. Tal imóvel não integrou o inventário de Eleonora de Moura Gonçalves, mãe da apelante;

2. Não houve autorização judicial para transferência da posse do imóvel usucapiendo;

3. O negócio jurídico foi realizado por engano da apelada.

O Parecer da PGJ foi no sentido de dar provimento ao recurso interposto por Lucyalda Moura Britez e negar provimento ao recurso interposto por Maria Aparecida Vilela Dalavale.

RECURSO DE APELAÇÃO DA PARTE RÉ/RECONVINTE - Lucyalda Moura Britez.

Com a morte de Eleonora, genitora da reconvinte, foi aberto processo de inventário (autos n. 026.02.000196-2) o qual ainda não houve partilha dos bens, restando suspenso desde o ano de 2007, e por consequência lógica, na data da assinatura do contrato somente seria possível a cessão de direito hereditários (herança), mas jamais compromisso particular de alienação de posse de bem imóvel.

Ademais, os negócios jurídicos de cessão de herança só podem ser realizados por meio de escritura pública, conforme o art. 1.793 do CPC, o que não ocorreu *in casu*, o que torna nulo o instrumento contratual, objeto da lide (f. 12).

Ex positis, acompanho o voto do e. relator para dar provimento ao recurso interposto por Lucyalda Moura Britez para declarar nulo o contrato efetuado pelas partes, conforme o parecer da PGJ.

RECURSO DE APELAÇÃO DA PARTE AUTORA - Maria Aparecida Vilela Dalavale

Rejeito a preliminar de Cerceamento de Defesa.

Se o processo está maduro para o julgamento, acertada a aplicação do instituto do julgamento antecipado da lide em obediência ao princípio da celeridade processual (inciso II do artigo 125 do Código de Processo Civil).

Mérito

De acordo com o Código Civil, no art. 1.238, para aquisição da propriedade de bem imóvel por usucapião extraordinário é necessário preencher os seguintes requisitos: posse por 15 anos ininterrupta; ausência de oposição e *animus domini.*

Ademais, quanto a soma de período, por antecessores, para cálculo da posse, disposto no art. 1.243 do CC, não restou comprovado pela autora, pois o documento que comprova suas alegações é nulo em razão de ter sido feito por contrato particular e não por escritura pública, como determina a lei.

Ex positis, acompanho o relator para negar provimento ao recurso de interposto por Maria Aparecida Vilela Dalavale, de acordo com o parecer.

CONCLUSÃO:

Ex positis, acompanho o ilustre relator para dar provimento ao recurso interposto por Lucyalda Moura Britez a fim de declarar nulo o contrato efetuado pelas partes e para negar provimento ao recurso de interposto por Maria Aparecida Vilela Dalavale, de acordo com o parecer.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Vogal)

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE LUCYALDA MOURA BRITEZ (RÉ RECONVINTE), NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR E, QUANTO AO INTERPOSTO POR MARIA APARECIDA VILELA DALAVALE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO. DECISÃO COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Fernando Mauro Moreira Marinho e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 29 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.002460-9 - Dourados
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – AGRAVO RETIDO – LEGITIMIDADE PASSIVA – RECURSO IMPROVIDO – CONSTITUIÇÃO FRAUDULENTA DE SOCIEDADE CIVIL LIMITADA – PROVAS DA NÃO PARTICIPAÇÃO DA AUTORA – INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA ESTADUAL – INDEVIDA – INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA – CANCELAMENTO DO REGISTRO NA JUCEMS – POSSIBILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – REDUÇÃO – ART. 20, § 4°, CPC – PREQUESTIONAMENTO – MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DEBATIDA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Para que ocorra a legitimidade ad causam, deve haver um 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 afirmado em juízo, enquanto ao réu é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor.

2. Havendo prova nos autos de que a autora não participa e nunca participou da constituição da microempresa inscrita na dívida ativa estadual, tem-se que não há qualquer relação jurídica tributária da mesma com o Estado de Mato Grosso do Sul, razão pela qual há de ser cancelada a inscrição do seu nome na dívida ativa.

3. Tendo em vista que a autora não participou da constituição fraudulenta da microempresa deve seu nome ser excluído do registro realizado na JUCEMS.

4. 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.

5. Se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais.

6. Recurso conhecido e 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, negar provimento ao agravo retido e dar parcial provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de abril de 2010.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Fazenda Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, irresignado com a sentença que, nos autos da ação anulatória de crédito fiscal c/c obrigação de fazer que ajuizara Suely Rodrigues Dias, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 535-551, pugna, inicialmente, a necessidade de conhecimento do agravo retido interposto às f. 324-332.

Sustenta que a apelada argumentou na exordial que teve seu nome e documentos utilizados indevidamente para a abertura da Empresa Dias & Barros Ltda, o que foi acolhido pelo magistrado de instância singela.

Menciona que não é responsável pela fiscalização do registro comercial das empresas no Estado, sendo que as regras relativas ao registro são determinadas pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) para fixar as normas procedimentais de arquivamento dos atos das sociedades mercantis.

Assevera que o Decreto n. 1800/1996 especifica quais os documentos de apresentação obrigatória para o arquivamento dos atos pelas sociedades mercantis.

Ressalta que em momento algum a apelada afirmou ter perdido os seus documentos pessoais ou ter tido qualquer relação de cunho comercial com a Empresa que envolvesse o empréstimo de seus documentos de identificação.

Aduz que a inscrição do débito tributário em dívida ativa se deu de acordo com as previsões contidas no contrato social da Empresa devedora, razão pela qual as CDA´s gozam de presunção de certeza e liquidez, nos termos do art. 3º, Lei n. 6.830/80.

Afirma que não é possível a utilização do laudo grafotécnico como prova apta a concluir pela ausência da responsabilidade tributária da apelada, posto que não foram colhidas novas assinaturas, tendo sido utilizadas as padrões existentes nos autos; bem como foi utilizada como comparação tão somente a assinatura lançada no contrato social, pois nada impede que a própria apelada tenha realmente aberto fraudulentamente a empresa em seu nome.

Alega que a aplicação de multa diária, nos termos do art. 461, do CPC para a ordem de exclusão do nome da apelada do contrato social deve ser dirigida diretamente à JUCEMS, responsável pelo arquivamento dos atos das sociedades comerciais no Estado de Mato Grosso do Sul.

Argumenta que conforme o princípio da causalidade, só pode ser condenado ao pagamento de honorários a parte que deu causa a propositura da ação., razão pela qual deve ser afastada a sua condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Pede, também, a redução da verba honorária para 10% do valor atribuído à causa, levando em consideração a apreciação equitativa do juiz.

Remata pedindo o conhecimento e o provimento do presente recurso para o fim de reformar a sentença recorrida conforme os argumentos contidos nas razões recursais. Pede, ainda, o prequestionamento expresso do art. 4º, I e VI, da Lei n. 8.934/84; art. 3º, da Lei n. 6.830/80, e; arts. 20 e 461 do CPC.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Fazenda Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, irresignado com a sentença que, nos autos da ação anulatória de crédito fiscal c/c obrigação de fazer que ajuizada por Suely Rodrigues Dias, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 535-551, pugna, inicialmente, a necessidade de conhecimento do agravo retido interposto às f. 324-332.

Sustenta que a apelada argumentou na exordial que teve seu nome e documentos utilizados indevidamente para a abertura da Empresa Dias & Barros Ltda, o que foi acolhido pelo magistrado de instância singela.

Menciona que não é responsável pela fiscalização do registro comercial das empresas no Estado, sendo que as regras relativas ao registro são determinadas pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) para fixar as normas procedimentais de arquivamento dos atos das sociedades mercantis.

Assevera que o Decreto n. 1.800/1996 especifica quais os documentos de apresentação obrigatória para o arquivamento dos atos pelas sociedades mercantis.

Ressalta que em momento algum a apelada afirmou ter perdido os seus documentos pessoais ou ter tido qualquer relação de cunho comercial com a Empresa que envolvesse o empréstimo de seus documentos de identificação.

Aduz que a inscrição do débito tributário em dívida ativa se deu de acordo com as previsões contidas no contrato social da Empresa devedora, razão pela qual as CDA´s gozam de presunção de certeza e liquidez, nos termos do art. 3º, Lei n. 6.830/80.

Afirma que não é possível a utilização do laudo grafotécnico como prova apta a concluir pela ausência da responsabilidade tributária da apelada, posto que não foram colhidas novas assinaturas, tendo sido utilizadas as padrões existentes nos autos; bem como foi utilizada como comparação tão somente a assinatura lançada no contrato social, pois nada impede que a própria apelada tenha realmente aberto fraudulentamente a empresa em seu nome.

Alega que a aplicação de multa diária, nos termos do art. 461, do CPC para a ordem de exclusão do nome da apelada do contrato social deve ser dirigida diretamente à JUCEMS, responsável pelo arquivamento dos atos das sociedades comerciais no Estado de Mato Grosso do Sul.

Argumenta que conforme o princípio da causalidade, só pode ser condenado ao pagamento de honorários a parte que deu causa a propositura da ação., razão pela qual deve ser afastada a sua condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Pede, também, a redução da verba honorária para 10% do valor atribuído à causa, levando em consideração a apreciação equitativa do juiz.

Remata pedindo o conhecimento e o provimento do presente recurso para o fim de reformar a sentença recorrida conforme os argumentos contidos nas razões recursais. Pede, ainda, o prequestionamento expresso do art. 4º, I e VI, da Lei n. 8.934/84; art. 3º, da Lei n. 6.830/80, e; arts. 20 e 461 do CPC.

Do agravo retido

Na oportunidade da interposição do agravo retido de f. 324-336, a recorrente se insurgiu contra a decisão de f. 318-319 que reconheceu a legitimidade da requerida, Fazenda Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, para figurar no polo passivo da presente demanda.

A recorrente argumentou que como a autora pretende a declaração de que não é e nunca foi sócia da pessoa jurídica Dias & Barros Ltda., a exclusão do quadro societário perante a Junta Comercial e a anulação das certidões de dívida ativa em que consta como co-responsável não pode ser responsável pela alegada falsificação da assinatura da autora nos contratos registrados na Junta Comercial, assim como não cabe ao Estado excluí-la do quadro societário.

Alega que a autora deveria ter proposto a ação contra a pessoa jurídica Dias & Barros Ltda e não contra o Estado, já que pleiteia a declaração de inexistência de vínculo societário através do reconhecimento da falsidade da assinatura.

Conforme a concepção eclética, adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro, 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.

Assim, para que ocorra a legitimidade ad causam, deve haver um 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 afirmado em juízo, enquanto ao réu é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor.

Sobre o assunto, confiram-se as lições de Cândido Rangel Dinamarco:

> Legitimidade ad causam é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legitima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa.

No caso em apreço, faz-se mister observar que a recorrente é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda quanto aos pedidos formulados pela autora, quais sejam, determinar a exclusão do nome da autora do quadro societário da empresa Dias & Barros Ltda – ME (CGC n. 02.794.230/0001-03 e Inscrição Estadual n. 54200648297) inscrita na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul – JUCEMS, órgão vinculado ao Estado respectivo; cancelamento das inscrições em dívida ativa, e; anulação das CDA's de n. 1245/2001 e 1517/2001, bem como outras inscrições que existirem em nome da autora referente à empresa Dias & Barros Ltda – ME.

Ante o exposto, conheço do agravo retido interposto pela requerida e nego-lhe provimento.

Do recurso de apelação

O cerne das questões postas em discussão cinge-se em saber se deve prevalecer a sentença objurgada que julgou procedentes os pedidos da autora.

A sentença vergastada restou assim proferida (f. 542-545):

> Diante do exposto e de tudo mais que dos autos consta, julgo procedente o pedido para o fim de: a) declarar a inexistência de vínculo tributário entre a requerente e o requerido em relação à CDAs n 1245/2001T e n. 1517/2001T, ambas de 2001; b) declarar a nulidade da inscrição na dívida ativa em nome da requerente na qualidade de responsável tributária quanto às referidas CDAs; c) ordenar ao requerido o cancelamento das inscrições na dívida ativa em seus registros quanto à requerente, bem como da exclusão de seu nome dos citados títulos executivos e demais eventuais inscrições pertinentes e; d) ordenar ao requerido excluir o nome da requerente da sociedade constituída por Dias & Barros Ltda nos registros da Junta Comercial, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), até o limite máximo de 90 (noventa) dias, a qual será devida a partir do primeiro dia útil imediato ao dia do vencimento do prazo que lhe foi concedido para o cumprimento da obrigação.

Conforme se infere da vasta documentação constante nos autos, entendo que não há que se falar em reforma da sentença objurgada.

Primeiramente, é de suma importância destacar que este Tribunal de Justiça já proferiu acórdão referente à constituição fraudulenta da microempresa Dias & Barros Ltda – ME em nome da autora Suely Rodrigues Dias, referente à outras CDA's executadas pela Fazenda Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo esta sido condenada à indenizar por danos morais.

Assim, veja-se a ementa do voto da Apelação Cível n. 2006.003173-5, da relatoria do Desembargador Josué de Oliveira, da Primeira Turma Cível, julgado em 23.10.2007:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRELIMINAR REJEITADA – DOCUMENTOS JUNTADOS APÓS A APELAÇÃO – ADMISSIBILIDADE – CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE SEM A PARTICIPAÇÃO DA APELANTE – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – RECURSO PROVIDO.
>
> 1. Se, intimada para indicar as provas que pretendia produzir, a autora permanece inerte, perde o direito de requerer a realização da perícia, ainda que a tenha mencionado, genericamente, na petição inicial.
>
> 2. A lei processual admite a juntada de documentos novos a qualquer tempo, quanto destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados. Além disso, se, depois de apresentada a apelação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do recurso, incumbe ao tribunal tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir o acórdão.
>
> 3. Comprovado que a autora não participou da constituição fraudulenta da microempresa inscrita na dívida ativa estadual, conclui-se que inexiste, em virtude dessa pessoa jurídica, relação jurídico-tributária entre a autora e o Estado de Mato Grosso do Sul, motivo pelo qual deve ser cancelada a inscrição de seu nome na dívida ativa.
>
> 4. Uma vez que a autora não faz parte do contrato social da microempresa constituída fraudulentamente, seu nome deve ser excluído do respectivo registro feito na Junta Comercial de Mato Grosso do Sul.

> 5. É indiscutível a incidência da responsabilidade objetiva do apelado ao registrar a pessoa jurídica em nome da apelante e, posteriormente, ao exigir dela o pagamento de dívida tributária, inscrevendo seu nome na dívida ativa do Estado."

Pois bem. O Código de Processo Civil, em seu art. 131, dispõe que: *"O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."*

É cediço que o juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos, cabendo proferir decisão racional e motivada de acordo com as mesmas, salvo no caso de haver prova ilícita.

Cândido Rangel Dinamarco nos ensina que "[...] *prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento.*" (**Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed., 2002, Ed. Malheiros, p. 43)

In casu, está mais do que claro e provado que a autora recorrida jamais participou da microempresa Dias & Barros Ltda, inexistindo, assim, vínculo tributário entre as partes, o que torna indevida a sua inscrição em dívida ativa bem como possível a desconstituição do crédito tributário referente às CDA's n. 1245 e n. 1417, ambas de 2001.

Constata-se das f. 355-377 dos presentes autos, que foi juntada a cópia de um inquérito policial (n. 0150/2002-DPF.B/DRS/MS) realizado para apurar os crimes de falsidade documental, ideológica, sonegação fiscal e lavagem de dinheiro praticados por uma organização criminosa, que teve como uma de suas vítimas a autora, ora apelada.

Assim, há destacar os seguintes trechos da narrativa do depoimento prestado pela recorrida:

> 1. [...] Outrossim, foram tomadas as declarações de SUELY RODRIGUES DIAS (f. 592-593). Afirmou que era casada com JOSÉ DIAS até o seu falecimento em 12.11.1996. Seu marido possuíra um escritório em Ponta Porã/MS chamado Nobel Contábil. ANISIO RODAS passou a trabalhar no escritório após o falecimento de JOSÉ DIAS. Negou ter sido sócia de alguma empresa, desconhecendo a existência da Dias & Barros Ltda e da Barros & Dias Ltda. Não reconheceu como suas as assinaturas apostadas nos contratos sociais dessas empresas, afirmando ter sido vítima de uma fraude. SUELY lembrara que seu marido possuía cópia de documentos seus no escritório contábil que passou posteriormente à administração de ANISIO RODAS. Afirmou que JOSÉ DIAS não chegou a conhecer ANISIO RODAS. Negou conhecer as pessoas de GENES FERREIRA BARROS, REGINALDO FERREIRA BARROS, CARLOS ROBERTO HOLOSBACH FERNANDES, JOSÉ ROBERTO OST e nem as testemunhas dos contratos sociais. (f. 361)
>
> 2. [...] Cabe observar que JOSÉ DIAS, falecido em novembro de 1996 (certidão de óbito de f. 595) era casado com SUELY RODRIGUES DIAS, cujo nome consta como sócio da Dias & Barros Ltda. Note-se também que o contrato social constitutivo da Dias & Barros Ltda é datado de 25 de setembro de 1998 (f. 63-65, quase dois anos após o falecimento de JOSÉ DIAS. Isto reforça a tese de que os dados de SUELY RODRIGUES DIAS foram clandestinamente utilizados pelo sucessor de JOSÉ DIAS no escritório contábil em Ponta Porã/MS para as fraudes" (f. 366).

Verifica-se também que, nestes autos, houve a realização de perícia grafo técnica para constatar a veracidade das assinaturas da recorrida presentes no contrato de constituição de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, juntado às f. 15-20, oportunidade na qual o perito subscritor concluiu (f. 508):

> 01 – Diante de todo o exposto no decorrer deste relatório técnico pode-se concluir que as assinaturas atribuídas à Srª Suely Rodrigues Dias, apostas nos documentos denominados de Contrato particular de constituição de sociedade por cotas de responsabilidade limitada – registrado sob n. 54200648297 e INSTRUMENTO PARTICULAR DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL NA SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LTDA – registrado sob n. 54071688, na JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL (JUCEMS), na cidade de Campo Grande/MS são inautênticas, isto é, não são do seu punho escriturador.
>
> 02 – Trata-se de um processo de falsificação denominado de "imitação servil sem treinamento", onde o falsário de posse de uma assinatura autêntica tenta reproduzi-la sem treino prévio.

Destarte, o resultado da perícia grafotécnica é favorável a pretensão da autora e condizente com as demais provas constantes nos autos de que esta não faz e nunca fez parte da constituição da microempresa Dias & Barros Ltda.

Logo, entendo que agiu com acerto o magistrado de primeira instância ao julgar procedentes os pedidos relacionados na exordial, visto que está bem constatado e suficientemente provado que a recorrida foi vítima da constituição fraudulenta da microempresa Dias & Barros Ltda, motivo pelo qual é impossível afirmar que possui vínculo tributário com a apelante em relação às CDA's n. 1245/2001 e n. 1517/2001 ou qualquer outra dívida ativa relacionada à sociedade limitada supracitada, devendo, portanto, ser cancelado qualquer registro do seu nome referente à mesma junto à JUCEMS.

Honorários Advocatícios

Por outro lado, vejo que assiste razão à recorrente no que concerne ao pedido de redução do quantum arbitrado a título de honorários advocatícios.

Com efeito, o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) arbitrado na sentença objurgada se revela inadequado à espécie.

A fixação da verba honorária, nos termos do artigo 20, § 4.º do CPC, não se caracteriza como ato de arbítrio do magistrado, devendo ser considerados os critérios estabelecidos nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do art. 20, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, leciona Nelson Nery Júnior:

> São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não reside, os níveis de honorários na comarca onde se processo a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razoes pela quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária. (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, p. 313-314)

Soma-se ao fato, outrossim, que o § 4º do art. 20, do CPC expressa que os honorários advocatícios devem ser fixados por equidade e na consideração aos fatos referidos no § 3º, do retro artigo, tratando-se, portanto, de equidade jurídica.

Todavia, o fato de o juiz decidir sob uma visão equitativa, não significa que tenha que baratear a sucumbência, arbitrando a verba honorária em valor irrisório ou aviltante. A propósito, veja-se nota 46 ao art. 20 do Código de Processo Civil e legislação processual em vigor de Theotônio Negrão, 30. edição, p.127:

> O art. 20, § 4º do CPC, ao determinar se decida por equidade, não autoriza se fixem em valor aviltante os honorários por sucumbência" (STJ, REsp n. 18647-RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Dessa forma, a fixação de verba honorária em quantia simbólica e irrisória desatende ao preceito contido no art. 20, § 4º, pois eles devem ser fixados segundo a prudência do magistrado, levando em conta particularidades do processo, grau de zelo do profissional, a natureza e a importância da causa, valorizando, assim, o trabalho realizado pelo profissional.

Assim, sopesada a dedicação profissional do patrono da apelada ao atendimento dos interesses de seu cliente e os fatos anteriormente articulados, tenho que os honorários advocatícios devem ser reduzidos para o importe de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Prequestionamento

Por fim, quanto ao prequestionamento feito pela recorrente, faz-se mister destacar que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, cabendo-lhe a incidência do brocardo da *mihi factum dabo tibi jus*.

Nesse sentido, adverte Rui Portanova:

> No princípio em estudo está contido o brocardo narra *mihi factum, narro tibi ius*, que também demonstra bem o quanto de público se encerra no processo e na atividade jurisdicional: do fato dispõem as partes, mas do direito dispõe o Estado-juiz". (**Princípios do Processo Civil. Livraria** do Advogado, Editora Porto Alegre, 1995, p. 240)

Com isso, se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da seguinte ementa, transcrita apenas na parte que interessa:

> O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais" (EDcl n. 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 12.1998, DJ de 24.2.1999).

A propósito, eis o escólio de Nelson Nery Júnior:

> Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida. (Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: **RT**, 2001, p. 859)

Ante ao exposto, conheço do apelo e dou-lhe parcial provimento para o fim de reduzir os honorários advocatícios para o importe de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). No demais, mantenho inalterado o *decisum*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 5 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.016981-0 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – NEGATIVA DE RENOVAÇÃO DE CNH – CONDUTOR SEMI-ANALFABETO – LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO – MATÉRIA QUE DEVERIA SER ALEGADA NA CONTESTAÇÃO – RÉU REVEL – PRECLUSÃO TEMPORAL – FIXAÇÃO DE PRAZO PARA QUE O CONDUTOR SE ADAPTE AO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA PROVIDO.

É inadmissível ao réu alegar, em sede de apelação, matéria de deveria ter insurgido na peça de defesa, sob pena de preclusão temporal, logo, não deve ser conhecido o recurso nessa parte.

Deve ser limitado o prazo para que o condutor semi-analfabeto se adapte ao Código de Trânsito Brasileiro, para que tal situação não permaneça *ad eternum*.

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, conhecer parcialmente do recurso e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de maio de 2010.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – Detran-MS recorre da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente a ação ordinária ajuizada por José Martins de Oliveira Filho, sustentando, em resumo, que a carteira nacional de habilitação, bem como a sua renovação não é um direito do autor, mas sim uma licença administrativa concedida, de forma unilateral e precária, pela Administração Pública a quem preencher os requisitos legais, entre eles, saber ler e escrever.

Aduz, outrossim, que desde a primeira habilitação conferida ao recorrido, em 6.1.1966, o poder público incorreu em erro, pois nessa época já se exigia como condição para a emissão da CNH saber ler e escrever, logo, considerando que a licença para dirigir é um ato administrativo, o qual pode ser revisto a qualquer tempo, e que o apelado não preenche o requisito de saber ler e escrever (art. 140, II, CTB), nada impede que Administração Pública possa anular o ato concedido anteriormente, deixando, portanto, de renovar a carteira de habilitação do recorrido. Salienta, também, que proporcionou ao apelado a inscrição no curso denominado "MOVA", ou seja, uma espécie de curso de alfabetização de adultos para obter a CNH, sendo que ele deixou de comparecer as aulas.

Assevera, ainda, que, a sentença ao determinar que o recorrido seja submetido, nas futuras renovações, unicamente à prova de sinais até que ele venha a alfabetizar-se, conferiu-lhe um prêmio, desobrigando o apelado de buscar a alfabetização, já que deixou de estipular prazo para isso.

Ao final, requer provimento ao recurso, a fim de julgar improcedente o pedido, declarando a legalidade do ato de não renovação da CNH do recorrido, ou, que seja fixado data limite para a alfabetização do apelado a próxima renovação da CNH.

O apelado, apesar de regularmente intimado, deixou de apresentar as contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de ação ordinária ajuizada por José Martins de Oliveira Filho em desfavor do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, sob o argumento de que, no dia 6 de janeiro de 1966, obteve a sua carteira nacional de habilitação, sendo que desde o ano de 1975, passou a trabalhar em diversas empresas, exercendo sempre a função de motorista e que em 1979 tornou-se funcionário público do município de Campo Grande, onde também ocupa o cargo de motorista.

Relatou, também, que durante mais de 25 (vinte e cinco) anos renovou a sua CNH, nos termos da lei, sem qualquer problema. Afirmou que na data de 3 de agosto de 2005, ao realizar novamente o procedimento de renovação da carteira de motorista perante a autarquia requerida, foi surpreendido pela aplicação de um prova escrita, na qual foi reprovado, por ser semi-analfabeto, sendo considerado pela avaliadora como candidato com dificuldade de leitura, ocasião em que foi encaminhado ao programa "MOVA-Rotativo", o qual propicia uma espécie de alfabetização aos condutores, sendo que não pode participar desse curso, porque o horário era incompatível com o do trabalho, motivo pelo qual o processo de renovação da CNH foi indeferido e arquivado. Diante disso, pleiteou, em tutela antecipada, a imediata renovação de sua carteira de habilitação, independentemente de avaliação teórica que dependesse de interpretação e leitura e, no mérito, pugnou para que seja declarado nulo o ato jurídico que negou a renovação de sua CNH.

A magistrada de instância singela julgou procedente o pedido formulado na inicial, para: "I) declarar nulo o ato jurídico que negou a renovação da CNH do requerente, a qual tinha validade até o dia 24 de agosto de 2005; II) determinar que, até que o autor deixe de ser semi-analfabeto, nas oportunidades em que este tiver que renovar a sua Carteira Nacional de Habilitação, lhe seja aplicada, em substituição à prova escrita, uma avaliação para averiguação de sua capacidade de entendimento e discernimento dos sinais de trânsito".

Dessa decisão recorre o requerido, sustentando, em resumo, que a carteira nacional de habilitação, bem como a sua renovação não é um direito do autor, mas sim uma licença administrativa concedida, de forma unilateral e precária, pela Administração Pública a quem preencher os requisitos legais, entre eles, saber ler e escrever. Aduz, outrossim, que desde a primeira habilitação conferida ao recorrido, em 6.1.1966, o poder público incorreu em erro, pois nessa época já se exigia como condição para a emissão da CNH saber ler e escrever, logo, considerando que a licença para dirigir é um ato administrativo, o qual pode ser revisto a qualquer tempo, e que o apelado não preenche o requisito de saber ler e escrever (art. 140, II, CTB), nada impede que Administração Pública possa anular o ato concedido anteriormente, deixando, portanto, de renovar a carteira de habilitação do recorrido. Salienta, também, que proporcionou ao apelado a inscrição no curso denominado "MOVA", ou seja, uma espécie de curso de alfabetização de adultos para obter a CNH, sendo que ele deixou de comparecer as aulas. Assevera, ainda, que, a sentença ao determinar que

o recorrido seja submetido, nas futuras renovações, unicamente à prova de sinais até que ele venha a alfabetizar-se, conferiu-lhe um prêmio, desobrigando o apelado de buscar a alfabetização, já que deixou de estipular prazo para isso. Em face disso, requer que seja declarada a legalidade do ato de não renovação da CNH do recorrido, ou, que seja fixada data limite para a alfabetização do apelado a próxima renovação da CNH.

Inicialmente, cumpre frisar que no tocante ao pedido principal de legalidade do ato administrativo de não renovação da CNH do apelado, tal matéria não deve ser conhecida, porque deveria ter sido alegada em momento oportuno, qual seja, no prazo para apresentar a peça de contestação, sendo que o réu/apelante deixou de apresentá-la, sendo considerado revel.

Portanto, tenho que não é cabível ao recorrente, em sede de apelação, alegar fatos que deveria de sido debatido na peça de defesa, ocorrendo, desse modo, o fenômeno da preclusão temporal, ou seja, a perda da faculdade de o apelante realizar o referido ato processual, em razão de haver decorrido o prazo, sem que o tenha praticado.

A respeito do tema, o Professor Luiz Guilherme Marinoni, *in* Manual do Processo de Conhecimento, Editora **Revista dos Tribunais**, 5. ed., pág. 624, preleciona que:

Preclusão temporal: todos os atos processuais têm oportunidade e ocasião próprias para realização. A lei processual concebe prazos a serem obedecidos, sob pena de sanções (por exemplo, art. 183 do CPC). Esgotado o prazo de que dispunha o sujeito para a prática de determinado ato (tratando-se de prazo peremptório) ou superada a oportunidade adequada para tanto, extingue-se o direito de realizá-lo, ocorrendo, então, a preclusão temporal. Assim, por exemplo, se o réu deixa de oferecer resposta no prazo assinalado pelo Código de Processo Civil, extingue-se o direito de fazê-lo posteriormente, ficando-lhe vedado oferecer resposta ulteriormente (salvo situações especificas).

Além disso, vale ressaltar que a segunda parte do parágrafo único do art. 322 do Diploma Processual Civil é expressa ao consignar que o revel recebe o processo no estado em que se encontrar, o que significa dizer que não há possibilidade de retorno a fases anteriores.

Nesse diapasão, trago à colação os seguintes julgados deste Sodalício, *in verbis*:

> O revel não pode alegar no recurso de apelação fatos próprios da contestação para se contraporem aos suscitados pelo autor, recebendo aquele o processo no estado em que se encontra, de acordo com o artigo 322 do Código de Processo Civil. (AC n. 2007.027564-6, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 14.7.2008).
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – LUCROS CESSANTES – DANOS EMERGENTES – DANOS MORAIS – CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA – REVELIA – RECURSO DE APELAÇÃO – FATO NOVO E EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR – PRECLUSÃO – RECURSOS IMPROVIDOS.
>
> O revel não pode alegar no recurso de apelação fatos próprios da contestação, para se contraporem aos suscitados pelo autor.
>
> Não se tratando de matéria de ordem pública, o momento adequado para o réu aduzir fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor é a contestação, sob pena de preclusão. (AC n. 2006.015978-9, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 3.4.2007).

No que concerne ao pedido alternativo de fixação da data limite para a alfabetização do apelado, tenho que esse pedido merece prosperar, uma vez que a magistrada singular deixou de limitar a data para que o apelado se enquadrasse aos requisitos exigidos pela legislação pátria.

Dessa forma, para que o preenchimento do requisito do art. 140, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro (saber ler e escrever) não fique ao bel prazer do recorrido, o prazo para o seu cumprimento deverá ser fixado, a fim de evitar uma situação ad eternum.

Logo, por analogia ao parágrafo 2º do art. 147 do Código de Trânsito Brasileiro, o qual estabelece que o condutor deve ser submetido ao exame de aptidão física e mental para a renovação da carteira de habilitação a cada 5 (cinco) anos, quando contar com idade inferior a 65 (sessenta e cinco) anos, como no caso em tela, tenho ser razoável estipular o mencionado prazo para que o apelado regularize a sua situação de alfabetização, a contar do trânsito em julgado da decisão proferida nestes autos.

Pelo exposto, conheço em parte do recurso, e da parte conhecida, dou provimento, a fim de fixar o prazo de 5 (cinco) anos, a contar do trânsito em julgado desta decisão, para que o apelado se alfabetize, adequando-se ao Código de Trânsito Brasileiro.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM PARCIALMENTE DO RECURSO E, NA PARTE CONHECIDA, DERAM-LHE PARCIAL PROVIMENTO, 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, 18 de maio de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.013277-5 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – COMPLEMENTAÇÃO DE SEGURO – VEÍCULO ZERO QUILÔMETRO – CIRCULAR SUSEP N. 269/2004 – SINISTRO OCORRIDO NO PRAZO INFERIOR A 90 DIAS DA DATA DE ENTREGA DO BEM SEGURADO – COBERTURA COM BASE NO VALOR DE VEÍCULO NOVO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Se o acidente de trânsito que originou a perda total do veículo segurado decorreu no prazo inferior a 90 (noventa) dias da data de entrega do bem zero quilômetro pela concessionária, a cobertura do sinistro deve ser com base no valor de mercado de referência de um veículo novo, idêntico ao segurado, como determinar o art. 5º, inciso IV, e seu § 1º, da Circular Susep n. 269/2004.

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, 25 de maio de 2010.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Carlos Magno Fioreze e Ficase Transporte, Logística e Distribuidora Ltda. interpõem recurso contra a sentença prolatada pelo Juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente o pedido formulado na ação de cobrança para complemento de indenização por sinistro de veículo ajuizada em desfavor de Bradesco Auto/Re Companhia de Seguros, sustentando, em apertada síntese, que têm direito de receber indenização equivalente ao valor de um veículo zero km quando da quitação do sinistro, uma vez que não decorreu o prazo de 90 (noventa) dias entre a data da entrega do bem pela concessionária e o sinistro, como determina o art. 5º, inciso IV, e § 1º, da Circular Susep n. 269/04. Asseveram, outrossim, que, por se tratar de relação de consumo, deve ser aplicado o art. 47, do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê que, na dúvida, as cláusulas contratuais serão interpretadas em favor do consumidor. Prequestionam o art. 5º, IV e § 1º, da Circular Susep n. 269/2004, art. 47, do CDC, e artigos 422, 423 e 424, todos do Código Civil. Ao final, requerem provimento ao recurso, a fim de que a seguradora apelada seja condenada ao pagamento no valor da indenização de R$ 15.401,00 (quinze mil quatrocentos e um reais), invertendo-se o ônus da sucumbência.

Nas contrarrazões (f. 175-182), o apelado pugna pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de ação de cobrança para complemento de indenização por sinistro de veículo ajuizada por Ficase Transporte, Logística e Distribuição Ltda. e Carlos Magno Fioreze em desfavor de Bradesco Auto/Re Companhia de Seguros, sob o argumento de que adquiriu da concessionária "Big Star" um veículo zero quilômetro, tendo, no dia 28 de fevereiro de 2007, celebrado com a requerida o contrato de seguro do mencionado automóvel, sendo que, na data de 26 de maio de 2007, sofreu um acidente, ocorrendo a "perda total" do veículo segurado. Relatou, também, que a seguradora ré, em 3 de agosto de 2007, efetuou o pagamento da indenização do sinistro, mas não do valor devido, ou seja, de R$ 102.503,00 (cento e dois mil quinhentos e três reais), correspondente a veículo zero quilômetro de acordo com a tabela "FIPE", e sim na importância de R$ 87.102,00 (oitenta e sete mil cento e dois reais), equivalente ao valor de um veículo usado do ano de 2006. Diante disso, pleitearam a condenação da requerida ao pagamento da indenização complementar na quantia de R$ 15.401,00 (quinze mil quatrocentos e um reais), devidamente atualizada com juros e correção monetária.

O magistrado de instância singela julgou improcedente o pedido formulado na inicial, por entender que a indenização já fora paga pela ré nos parâmetros contratados. Mais adiante, condenou os autores ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados no valor de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Dessa decisão recorrem os requerentes, sustentando, em apertada síntese, que têm direito de receber indenização equivalente ao valor de um veículo zero km quando da quitação do sinistro, uma vez que não decorreu o prazo de 90 (noventa) dias entre a data da entrega do bem pela concessionária e o sinistro, como determina o art. 5º, inciso IV, e § 1º, da Circular Susep n. 269/04. Asseveram, outrossim, que, por se tratar de relação de consumo, deve ser aplicado o art. 47, do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê que, na dúvida, as cláusulas contratuais serão interpretadas em favor do consumidor. Prequestionam o art. 5º, IV e § 1º, da Circular Susep n. 269/2004, art. 47, do CDC, e artigos 422, 423 e 424, todos do Código Civil. Alegam, ainda, pela condenação da seguradora apelada ao valor da indenização pretendida na exordial, com juros e correção monetária.

É incontroverso nos autos, que os recorrentes celebraram contato de seguro de veículo com a apelada e que em decorrência de um acidente o bem segurado teve "perda total", sendo que, na data de 3 de agosto de 2007, a seguradora efetuou o pagamento da indenização do seguro no valor de R$ 87.102,00 (oitenta e sete mil e cento e dois reais).

O art. 5º, inciso IV, e § 1º, da Circular Susep n. 269/2004, que estabelece, altera e consolida as regras e critérios complementares de funcionamento e de operação dos contratos de seguros de automóveis, com inclusão ou não, de forma conjugada, da cobertura de responsabilidade civil facultativa de veículos e/ou acidentes pessoais de passageiros, dispõe que:

> Art. 5º. As sociedades seguradoras deverão observar os seguintes critérios na comercialização da modalidade de seguro de "valor de mercado referenciado:
>
> [...]
>
> IV - Para veículo zero quilômetro, deverá ser fixado prazo não inferior a 90 (noventa) dias, contado a partir da data de sua entrega ao segurado, durante o qual vigorará a cobertura com base no 'valor de novo', devendo a sociedade seguradora definir expressamente os critérios necessários para que seja aceita tal condição;

> § 1º. Entende-se como "valor de novo" o valor do veículo zero quilômetro constante da tabela de referência quando da liquidação do sinistro.

No caso em tela, verifica-se que os apelantes adquiriram da concessionária denominada "Big Star", um veículo zero quilômetro (f. 26), o qual lhes foi entregue no dia 26 de fevereiro de 2007, como consta na nota fiscal de f. 25, sendo que, de acordo como o boletim de acidente de trânsito de f. 34-36, o sinistro que originou a "perda total" do veículo ocorreu em 26 de maio do mesmo ano.

Logo, percebe-se que entre a data de retirada do mencionado automóvel da concessionária e o fato danoso não decorreu o prazo de 90 dias, portanto, tenho que os recorrentes fazem jus a receber o valor da indenização correspondente ao um veículo zero quilômetro, idêntico ao segurado, constante da tabela de referência quando da liquidação do sinistro.

A respeito, trago à colação o seguinte julgado:

> CONSUMIDOR. SEGURO DE VEÍCULO. COBERTURA COM BASE NO VALOR DE NOVO. DIFERENÇA NO VALOR DA INDENIZAÇÃO. CIRCULAR N. 269/2004 DA SUSEP. TRANSFERÊNCIA DO BEM QUE SE CONCRETIZA APENAS COM A TRADIÇÃO. DEVER DE COMPLEMENTAR A INDENIZAÇÃO. PRELIMINAR AFASTADA. 1. O recibo de quitação não significa renúncia ao direito do segurado, a não ser quanto ao efetivamente recebido, devendo ser afastada a preliminar de carência de ação. 2. A nota fiscal de f. 22 comprova que o automóvel somente foi entregue ao autor no dia 9.3.2008. O boletim de ocorrência policial (f. 20-21) dá conta de que o roubo do carro deu-se no dia 9.6.2008, às 19h45min, portanto, menos de 90 dias depois da "entrega do bem ao segurado", termo empregado na Circular 269/2004 da SUSEP. Assim, há de se garantir a cobertura com base no "valor de novo", como estabelece a referida Circular. 3. Tendo em vista a incidência do CODECON, não se pode interpretar as circunstâncias do presente caso de forma desfavorável ao autor, presumindo ter o mesmo conhecimento de que sua apólice já possuía vigência desde o dia 7.3.2008. Situação em que o sinistro ocorreu ainda no prazo de 90 dias da efetiva tradição, ou seja, dentro do prazo em que cobertura há de ser integral, pelo valor de novo. Sentença confirmada pelos próprios fundamentos. Recurso improvido. (TJRS, RCív 71002049476, Porto Alegre, Primeira Turma Recursal Cível, Rel. Des. Ricardo Torres Hermann, julgado em 20.8.2009, DOERS 26.8.2009, Pág. 215). (destaquei)

Desse modo, considerando que os apelantes receberam no dia 3 de agosto de 2007 indenização do seguro na importância de R$ 87.102,00 (oitenta e sete mil cento e dois reais), quando, nessa época, o valor de mercado referenciado do bem segurado zero quilômetro era de R$ 102.503,00 (cento e dois mil quinhentos e três reais), de acordo com a tabela "Fipe" (f. 31), tenho que nada mais justo que seja complementada a cobertura do sinistro, na quantia de R$ 15.401,00 (quinze mil quatrocentos e um reais).

Em relação ao prequestionamento, não vejo necessidade de manifestação expressa, visto que a matéria foi apreciada à luz de todos os argumentos do apelante.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar procedente a pretensão dos autores/apelantes, a fim de condenar a seguradora recorrida a complementar o valor da indenização segurado na quantia de R$ 15.401,00 (quinze mil quatrocentos e um reais), cujo montante deve ser corrigido pelo índice do IGPM/FGV, desde o pagamento parcial do sinistro (3.8.2007), acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados desde a citação. Além disso, inverto o 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. 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, 25 de maio de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.008454-0 - Corumbá
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRISÃO EM FLAGRANTE – RESPONSABILIDADE CIVIL – INEXISTÊNCIA DE FALHA ADMINISTRATIVA, ABUSO OU ILEGALIDADE DO ATO – LEGALIDADE DA PRISÃO – SENTENÇA DE IMPRONÚNCIA POR AUSÊNCIA PROVAS – *PERSECUTIO CRIMINIS* – DEVIDO PROCESSO LEGAL OBSERVADO – REPARAÇÃO INDEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Nos termos do art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, as únicas hipóteses em que se permite a indenização de prejuízo decorrente de ato judicial são o erro judiciário e o excesso de prisão.

A ocorrência de prisão em flagrante, por si só, não enseja o dever estatal de indenizar o acusado, ainda que este futuramente seja absolvido por insuficiência de provas da sua participação no delito, por ser esse um ato de persecução criminal que repousa em juízo provisório.

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, 20 de abril de 2010.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Adilson Batista, inconformado com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação de indenização por danos morais que move em face do Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe apelação, aduzindo, em síntese, ter sido preso e autuado em flagrante pela suspeita de prática de crime de tráfico de drogas, o que ensejou a denúncia ministerial, contudo, ao final da ação penal foi inocentado e posto em liberdade; que durante a investigação policial apenas uma testemunha acusou o recorrente, sendo que, Adilson retratou-se posteriormente na fase judicial; que sofreu dano moral, pois ficou preso injustamente por mais de um ano e meio, por crime que não cometera; que o fato lhe causou diversos percalços e dificuldade financeira; que apesar de ter sido preso em flagrante por agentes federais, o trâmite da ação penal deu-se na Justiça Estadual, portanto é o Estado recorrido quem deve ser responsabilizado pelos danos causados; que o "juiz (criminal) apenas baseou o decreto condenatório na acusação do réu confesso e depoimento dos policiais que receberam uma 'denúncia anônima'".

Ao final, requer provimento ao recurso.

Contrarrazões pugnando pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação de indenização por danos morais que Adilson Batista move em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

De acordo com o que se extrai dos autos, pretende o recorrente, com a presente demanda, ver-se indenizado em razão da prisão indevida que alega ter sofrido, decorrente da suspeita do cometimento do crime de tráfico de drogas que recaiu sobre a sua pessoa, tendo ao final da ação penal sido foi absolvido em sede de apelação criminal por este Tribunal de Justiça.

Com efeito, cuida-se o caso em tela de responsabilidade do Poder Público por ato judicial típico, decorrente do efetivo exercício da função jurisdicional. Neste caso, tanto a doutrina quanto a jurisprudência manifestam-se pela não incidência da regra de responsabilidade civil objetiva esculpida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Desse modo, ainda que se trate o recorrido Estado de Mato Grosso do Sul, de pessoa jurídica de direito público interno, sua responsabilidade quanto aos atos judiciais praticados devem restringir-se às hipóteses de dolo, fraude ou culpa grave.

Esta exceção à regra da responsabilidade civil objetiva estatal traduz uma garantia de independência funcional dos magistrados e, diretamente, garantia fundamental de toda a sociedade: o Devido Processo Legal, previsto no art. 5º, LIV, da Carta Magna.

Quanto aos fundamentos da tese da não responsabilidade civil do Estado pelos atos judiciais, acentua Yussef Said Cahali, em sua obra **Responsabilidade do Estado**, Malheiros Editores, 2. Ed., p. 612:

> 1) A responsabilidade civil do Estado disciplinada no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 (e de similar disposição nas Constituições anteriores) não compreende os danos resultantes da atividade judiciária, não se qualificando o juiz como funcionário ou agente do Estado; o Judiciário é um Poder que se exerce na prestação jurisdicional; 2) a sentença é um ato de soberania, nas mesmas condições em que o é o provimento emanado do Poder Legislativo; 3) a independência do magistrado não permite que esteja ele exposto ao constrangimento de decidir em desacordo com a sua consciência, sob pena de ser demandado por essa ou aquela parte; 4) os efeitos da coisa julgada induzem a presunção de justiça da sentença; 5) eventuais erros do juiz no desempenho de sua atividade somente podem ser levados à conta da falibilidade humana restando sua responsabilidade apenas em caso de dolo ou fraude.

Nesses termos, cumpre-nos verificar se o fato descrito pelo apelante em sua inicial configura erro judiciário - dolo, fraude ou culpa grave - ou excesso de prisão, únicas hipóteses em que se permite a indenização de prejuízo decorrente de ato judicial, conforme disposição do art. 5º, LXXV, da Constituição Federal.

Consta dos autos que o autor fora preso e autuado em flagrante delito no dia 1.8.2004, na cidade de Corumbá-MS, pela suspeita de prática do crime de tráfico de entorpecentes. Em primeiro grau de jurisdição o ora recorrente foi considerado culpado pelo juízo criminal, sendo a sentença reformada em sede de apelo por este Tribunal de Justiça, que o absolveu da acusação.

Ora, a toda evidência, diante da situação de flagrância em que se encontrava o recorrente, não se poderia exigir dos agentes públicos outra atitude que não fosse a sua prisão. Por outro lado, diversamente do que sustenta o apelante, verifica-se que o auto de prisão em flagrante (f. 13-20) foi confeccionado dentro da estrita legalidade, ou seja, a prisão foi decretada na conveniência da instrução criminal e da garantia da ordem pública, somada a prova da existência do delito e indícios suficientes da sua autoria.

Neste particular, vale ressaltar que a prisão em flagrante é medida coercitiva, prevista no art. 5º, LXI, da CF e se faz necessária para garantir não só a ordem pública como também a instrução criminal.

Assim, não se mostra razoável pretender que o Estado tenha que indenizar alguém por estar cumprindo preceitos que a própria Constituição Federal lhe impõe, como observância da ordem legal.

Dessa forma, verifica-se a inexistência de ilegalidade do ato que culminou com a prisão do apelante, uma vez que os motivos e fundamentos legais da prisão se encontravam presentes na ocasião.

Ademais, como visto, a prisão processual só se torna indenizável quando decorrente de abuso de autoridade, erro inescusável ou vício que contamine o ato constritivo, o que, por mais que se esforce, não se vislumbra no presente caso.

O fato de o recorrente ter sido absolvido posteriormente ao recebimento da denúncia apenas reforça o entendimento de que durante toda a persecução criminal foi devidamente observado o postulado do devido processo legal, tendo o Estado agido estritamente no intuito de esclarecer os fatos, bem como a autoria do crime.

Com efeito, se não houve abuso de autoridade, pois a prisão em flagrante foi legítima, uma vez que objetivou esclarecer a participação do autor no delito que lhe foi imputado, e, se não houve excesso na prisão, repita-se, seria um contra-senso impor ao Poder Público a obrigação de indenizar alguém por ter agido no exercício de sua própria atividade.

A respeito do tema, por oportuno, veja-se a lição de Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra **Programa de Responsabilidade Civi**l, Malheiros Editores, 3. Ed., 2002, p. 212:

> Decretada a medida nos termos e nos limites da lei, não há como responsabilizar o Estado, ainda que gravosa ao seu destinatário, porque não há nenhuma ilicitude no ato. O direito e o ilícito são antíteses absolutas – um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não existe ilícito. Vem daí o princípio que não considera ilícito o ato praticado no regular exercício de um direito, nem no estrito cumprimento do dever legal. Há que entender-se, então, que a responsabilidade do Estado, de que trata o art. 37, § 6º da Constituição, só é de admitir-se nas hipóteses de atos eivados de alguma ilicitude. O Estado só responde por atos lícitos nos casos expressamente previstos na Constituição e na lei. Não vejo, por isso, fundamento para responsabilizar o Estado pela prisão preventiva, regularmente decretada, mormente porque essa prisão tem respaldo na própria Constituição, em seu art. 5º, inc. LXI. E ainda que sobrevenha absolvição do preso por falta de prova, não tem essa decisão, por si só, o condão de transmudá-la em ato ilegal, capaz de respaldar pretensão indenizatória.

Na mesma esteira de pensamento, preleciona Julio Fabbrini Mirabete:

> A orientação jurisprudencial dominante é de que a indenização não é cabível por atos dos juízes, salvo quando o dever de indenizar é previsto expressamente em lei e restar cumpridamente comprovada a inocência do réu. Não basta, pois, que a absolvição se tenha dado pela falta de provas de autoria ou de culpas (art. 386, II, IV, VI, do CPP), sendo necessário que se vislumbre culpa ou dolo por parte do Estado, ou seja, de seus

> representantes ou agentes (Delegado ou agentes de polícia, membros do Ministério Público, membros do Poder Judiciário, peritos, etc.). (Código de Processo Penal Interpretado, 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 817).

Desta feita, conclui-se ter agido com acerto o douto magistrado singular ao rejeitar a pretensão autoral, uma vez que não se vislumbra nos autos a correlação entre os danos supostamente suportados pelo recorrente e a condução estatal, através de seus agentes, de um procedimento policial e judiciário manifestamente públicos e regulares, cujo desenvolvimento foi, em razão do interesse público que envolvia o caso, sempre acompanhado pelos representantes do Ministério Público.

Neste sentido, trago à colação os seguintes precedentes, emanados desta Colenda Turma Cível, *in verbis*:

> APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRISÃO CAUTELAR – MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA – DESOBEDIÊNCIA À ORDEM DA AUTORIDADE POLICIAL QUE DETERMINAVA A REDUÇÃO DO VOLUME DE SOM PRÓXIMO À ÁREA RESIDENCIAL – INEXISTÊNCIA DE ABUSO OU ILEGALIDADE DA DETENÇÃO – ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Não se pode retirar do Estado o direito de manter a ordem pública e realizar a persecução penal, principalmente porque a prisão cautelar é realizada como medida preventiva e provisória. (AC n. 2008.019452-1, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 2.9.2008).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – REJEITADO – MÉRITO – PRISÃO EM FLAGRANTE – RESPONSABILIDADE CIVIL – INEXISTÊNCIA DE FALHA ADMINISTRATIVA, ABUSO OU ILEGALIDADE NO ATO – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DA PERSECUTIO CRIMINIS – DEVIDO PROCESSO LEGAL OBSERVADO – VERBA NÃO DEVIDA – INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INCISO LXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> A ocorrência de prisão em flagrante, por si só, não gera ao Estado obrigação de indenizar o acusado, mesmo que este futuramente venha a ser absolvido por insuficiência de provas, por ser ato de persecução criminal que repousa em juízo provisório. (AC n. 2007.011655-5, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 11.3.2008).

Destarte, não comprovada a ocorrência de erro judiciário, tampouco o excesso de prisão, circunstâncias aptas ao reconhecimento da pretensão indenizatória do apelante, a manutenção da sentença recorrida é medida que se impõe.

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se intacta 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. 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, 20 de abril de 2010.

***

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.034503-5 - Capital
Órgão Especial
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE VEDA A INSCRIÇÃO DE NÃO PAGADORES DE ENERGIA ELÉTRICA NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO – NORMA APARENTEMENTE TOMADA POR VÍCIO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – CONCESSÃO DE LIMINAR SUSPENSIVA COM EFEITOS RETROATIVOS QUE SE IMPÕE.

Verificada a fumaça do bom direito e o perigo na demora diante da manutenção da eficácia de Lei Estadual potencialmente maculada por vício de competência legislativa, é de rigor a concessão de liminar para determinar a sua suspensão, justificando-se a eficácia retroativa, caso presentes razões que autorizem a medida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, deferir a liminar, nos termos do voto do relator, com o parecer. Impedido o 2º vogal.

Campo Grande, 28 de abril de 2010.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADEE ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, visando o decreto de invalidade da Lei Estadual n. 3.749 de 1.10.2009, que proíbe a inscrição de usuários de serviços públicos em cadastros de proteção ao crédito, nos seguintes termos:

> Art 1º. É vedada a inscrição do nome dos consumidores nos cadastros de restrição ao crédito, por falta de pagamento nas contas de consumo oriundas da prestação de serviço público no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul.
>
> Parágrafo único. A vedação a que se refere o caput deste artigo ocorrerá quando o serviço for prestado de forma direta pela Administração Pública ou por meio de concessionária ou permissionária do serviço público.
>
> Art. 2º O descumprimento do disposto nesta Lei sujeitará o infrator às penalidades constantes no art. 56 da Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990.
>
> Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Suscita ofensa aos artigos 1º, II, 8º e 62 da Constituição Estadual, pugnando por liminar a fim de que sejam suspensos, com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, os efeitos da Lei impugnada, com ulterior procedência quanto ao mérito.

Intimadas previamente à aferição da liminar, pronunciaram-se as autoridades competentes.

O Sr. Governador do Estado (f. 438-441) manifestou-se pela concessão da medida emergencial com efeitos *ex tunc*, fazendo remissão à necessidade de condicionamento da eficácia da ordem à sua veiculação, às expensas da requerente, nos grandes meios de imprensa.

O Sr. Presidente da Assembléia Legislativa Estadual (f. 454-468), defendeu a denegação da liminar, por reputar constitucional a lei.

O Sr. Procurador-Geral de Justiça (f. 446-450), opinou pela concessão da ordem interina.

Nos termos do art. 597 do RITJ-MS, submeto a apreciação da liminar ao Órgão Especial.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

É ação direta de inconstitucionalidade ajuizada por Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADEE, visando ao decreto de invalidade da Lei Estadual n. 3.749 de 1.10.09, que proíbe a inscrição de usuários de serviços públicos em cadastros de proteção ao crédito, nos seguintes termos:

> Art 1º. É vedada a inscrição do nome dos consumidores nos cadastros de restrição ao crédito, por falta de pagamento nas contas de consumo oriundas da prestação de serviço público no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul.
>
> Parágrafo único. A vedação a que se refere o caput deste artigo ocorrerá quando o serviço for prestado de forma direta pela Administração Pública ou por meio de concessionária ou permissionária do serviço público.
>
> Art. 2º O descumprimento do disposto nesta Lei sujeitará o infrator às penalidades constantes no art. 56 da Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990.
>
> Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Suscita ofensa aos artigos 1º, II, 8º e 62 da Constituição Estadual, pugnando por liminar a fim de que sejam suspensos, com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, os efeitos da Lei impugnada, com ulterior procedência quanto ao mérito.

Intimadas previamente à aferição da liminar, pronunciaram-se as autoridades competentes.

O Sr. Governador do Estado (f. 438-441) manifestou-se pela concessão da medida emergencial com efeitos *ex tunc*, fazendo remissão à necessidade de condicionamento da eficácia da ordem à sua veiculação, às expensas da requerente, nos grandes meios de imprensa.

O Sr. Presidente da Assembléia Legislativa Estadual (f. 454-468), defendeu a denegação da liminar, por reputar constitucional a lei.

O Sr. Procurador-Geral de Justiça (f. 446-450) opinou pela concessão da ordem interina.

Nos termos do art. 597 do RITJ-MS, submeto a apreciação da liminar a este Egrégio Órgão Especial, votando a favor de sua concessão.

Inicialmente, alerto aos pares quanto à preexistência de precedente emanado deste Colegiado no Mandado de Segurança n. 2009.027762-2.0000.00, julgado em 16.12.2009, Relatado pelo Eminente Desembargador Claudionor Duarte, no qual, apreciando Lei Estadual similar que impedia o corte de água diante de inadimplemento, assentamos a constitucionalidade, dando pela prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e razoabilidade.

Tal aresto inclusive é citado como defesa na manifestação da Assembléia Legislativa.

Daquela feita, acompanhei a unanimidade. Todavia, melhor refletindo sobre o tema, e considerada a amplitude abstrata desta nova ação, tenho por bem evoluir e reajustar o meu entendimento, pois, à primeira vista e sem prejuízo de ulterior juízo vertical e exauriente de mérito, a Lei objurgada, ao vedar incondicionalmente a inscrição de consumidores de energia inadimplentes nos órgãos de restrição de crédito, aparenta padecer de potencial vício de inconstitucionalidade formal orgânica, ou seja, de inobservância da competência legislativa própria para o ato.

A teor do art. 62 da Constituição Estadual, *"Cabe à Assembléia Legislativa, com sanção do Governador, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado"*, dentre as quais, certamente não se encontram aquelas envolvendo direitos do consumidor alheios às peculiares ao próprio ente estatal. É indubitável que a União já editou a lei geral para a hipótese, o Código de Defesa do Consumidor, cujo conteúdo em momento algum autoriza o inadimplemento livre de penalidades, remanescendo ausente qualquer especificidade em Mato Grosso do Sul que justifique o tratamento diferenciado de maus pagadores em disparidade a todas as demais unidades da Federação.

Outrossim, em início de julgamento da ADI n. 2905 em 25.2.2010, ainda pendente de conclusão, o STF, por intermédio do Relator do processo, Ministro Eros Grau, começou a declarar a inconstitucionalidade de Lei Mineira igualmente disciplinadora de regras gerais sobre consumo, exorbitantes do CDC, estabelecendo, acompanhado dos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso que *"a competência para emitir normas gerais seria da União sempre e que, somente a União não legislasse, o Estado teria a possibilidade de legislar, mas apenas em relação à suas peculiaridades... no caso, além de haver lei federal tratando da matéria (Código do Consumidor), não se vislumbraria particularidade alguma que, no que concerne a consumo, existisse no Estado*[...]".

Portanto, estou em que concorrem os pressupostos para a concessão da liminar, o fumus decorrente da plausibilidade do pedido e o periculum inerente à manutenção de normas virtualmente viciadas, cabendo um parêntese apenas quanto à modulação de seus efeitos, porquanto expressamente requerida na inicial a atribuição de força retro-operante (*ex tunc*) à decisão.

A meu sentir, malgrado a manifestação do Governador pelo pronunciamento de efeitos ultrativos (*ex nunc*) à cautelar, entendo que a razão está com a associação autora. Não há falar em motivos de segurança jurídica em relação à Lei que ostenta fortes cores de inconstitucionalidade, permitindo inadimplência livre de cominações, com consequentes prejuízos à fornecedora dos serviços, sem falar na força encorajadora do descumprimento de contratos e multiplicadora da manutenção de inúmeras ações individuais submetidas ao já assoberbado Poder Judiciário de nosso Estado, envolvendo pretensões cominatórias e até mesmo de indenização, baseadas unicamente na aplicação equivocada dos artigos impugnados.

Em face do exposto, concedo a liminar, determinando a suspensão da eficácia do inteiro teor da Lei Estadual n. 3.749 de 1.10.2009, em caráter erga omnes e com efeito retroativo (*ex tunc*). Sem prejuízo do

decidido, determino a expedição de notificação à Assembléia Legislativa, para que preste informação quanto ao mérito no prazo de 30 dias (RITJ-MS, art. 599), após o Ministério Público para juntada de parecer.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (1º Vogal)

Associação Brasileira de Distribuidora de Energia Elétrica- ABRADEE propõe Ação Direta de Inconstitucionalidade com o objetivo de decretar a invalidade da Lei n. 3.479/09, que veda a inscrição do nome de consumidores nos cadastros de restrição ao crédito, por falta de pagamento nas contas de consumo oriundas da prestação de serviço público no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul.

Assim dispõe a aludida legislação:

> Art. 1º É vedada a inscrição do nome dos consumidores nos cadastros de restrição ao crédito, por falta de pagamento nas contas de consumo oriundas da prestação de serviço público no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul.
>
> Parágrafo único. A vedação a que se refere o caput deste artigo ocorrerá quando o serviço for prestado de forma direta pela Administração Pública ou por meio de concessionária ou permissionária do serviço público.
>
> Art. 2º O descumprimento do disposto nesta Lei sujeitará o infrator às penalidades constantes no art. 56 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.
>
> Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que muito me impressionou o argumento da associação, através de seu procurador, acerca de que o sentido da competência formal para a iniciativa da lei teria invadido competência da União.

Entendo que a lei geral federal tratou da matéria relativa às concessionárias, mas não especificadamente sobre a presente questão.

Destarte, não vejo relevância maior para se conceder uma medida liminar, diante da possibilidade do Estado legislar somente no seu âmbito, a respeito dessa matéria.

E mais, a iniciativa da Assembléia Legislativa não invade a competência privativa do Executivo, porquanto essa matéria não se refere, especificadamente, no seu conteúdo, sobre disposição do serviço essencial. Na verdade trata essa lei, sobre a impossibilidade da restrição do nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito, por falta de pagamento nas contas de consumo oriundas da prestação de serviço público (concessionárias).

Desse modo, a priori, quanto à competência formal, não se está invadindo a do Executivo, e, em não havendo, entendo que os Deputados podem ter a iniciativa dessa legislação, haja vista que ela não disciplina o serviço essencial.

Com relação à ofensa do princípio da isonomia, no sentido de que outras empresas poderiam encaminhar o nome dos consumidores aos órgãos de proteção ao crédito, enquanto que a requerente/concessionária de serviço público não, tenho que são situações diferentes, uma vez que, quando o consumidor procura uma firma particular para estabelecer uma relação jurídica de consumo, ele o faz voluntariamente, e no caso dos autos, em se tratando de serviço essencial, não há voluntariedade.

Assim, como o serviço é essencial, a todos atinge indistintamente, não havendo falar em princípio da igualdade.

Ademais, a concessionária já possui Legislação Federal a disciplinar a forma de compelir o consumidor de energia elétrica a cumprir a sua obrigação de pagamento, que é a previsão expressa, isto é, uma vez notificado é possível haver o corte de energia.

O fato de impedir que se leve o nome do consumidor aos órgãos de proteção ao crédito, não caracteriza uma forma de privação da concessionária de continuar a prestação do serviço.

Dessa feita, havendo a concessionária meios adequados para obrigar o consumidor a realizar o pagamento, fica afastada a alegação de ofensa ao princípio da isonomia.

Logo, inexistindo de maneira tão evidente, a inconstitucionalidade alegada, o indeferimento da liminar é medida que se impõe.

Ante o exposto, peço vênia ao relator para indeferir a liminar pleiteada.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (3º Vogal)

Esse aspecto está relacionado com o poder de coação que já tem a concessionária de serviço público, o poder de corte da energia elétrica.

Ainda assim, como se trata de ação de rito rápido, prefiro manter o estado atual das coisas e acompanhar o Des. Rêmolo.

O Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins (4º Vogal)

Também acompanho as razões expostas pelo relator, concedo a liminar deixando para examinar com mais profundidade o mérito da ação.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (5º Vogal)

Relativamente às concessionárias de serviços públicos, tais como serviço de água, serviço de distribuição de energia elétrica, telefonia e outras, noto a existência de duas relações jurídicas: a primeira e envolvendo a própria execução do serviço como de natureza de direito público e, a segunda, envolvendo o usuário e a empresa relativamente ao pagamento dos serviços utilizados, como de natureza de direito privado; no primeiro caso há inclusive a possibilidade de mandado de segurança, no dizer do artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, já, no segundo caso, as cobranças dos débitos oriundos da prestação dos serviços far-se-ão pelo sistema do Direito Privado, ante a inteligência do artigo 1º da Lei n. 6.830/80.

Na legislação que trata da cobrança da dívida ativa, o concessionário não é contemplado com a possibilidade de execução nos moldes daquela Lei n. 6.830, de sorte que nesse caso ocorre exatamente a relação meramente comercial e, se assim o é, a relação entre quem usou o serviço e não pagou pelo mesmo, a cobrança será a execução comum com a emissão do respectivo título executivo na forma comercial.

A Constituição Federal, por seu turno, no artigo 22, determina competência exclusiva a União para legislar sobre Direito Comercial, não sendo possível entender que, no disposto no artigo 24, V, da mesma Carta, há permissão para o Estado Membro legislar sobre Direito Comercial, pois a expressão utilizada, "consumo", deve ser entendida restritivamente e somente sobre normas sobre o consumo desse ou daquele produto e não como norma de consumidor; Não como norma de consumidor porque, o artigo 170, da mesma Carta, ao dirigir-se à proteção daquele que compra um determinado produto, utiliza a expressão "consumidor" e, ao tratar do serviço público utiliza a expressão "usuário", artigo 78 da C. F.

Assim é que o inciso V, do artigo 24, já referido, é relativo ao consumo *lato sensu*, ou seja, prazos de validade de produtos, bem como sua exposição para o consumidor, nunca como sendo norma de proteção ao consumidor a ponto de permitir que o Estado Membro legisle envolvendo regras diretas do Direito Comercial.

É de se notar, por outro lado, que a defesa do consumidor diz respeito ao contrato em si sobre o objeto adquirido e nunca como meio de, ingressando no campo da relação comercial, impedir a anotação do débito nos sistemas de proteção ao crédito, podendo-se indagar: qual a diferença entre aquele que adquire um aparelho elétrico eletrônico e não quita o contrato e aquele que, ao usar o serviço, não paga o que lhe é exigido pelo uso do mesmo?

A relação, portanto, é de direito privado e, como tal, subordinado às suas regras, de forma que antevejo, desde já e alterando meu voto no Mandado de Segurança n. 2009.027762-2, no qual acompanhei o E. Relator, inconstitucionalidade na Lei em comento, razão pela qual voto por deferir a liminar.

Sr. Presidente, acompanho o E. Relator, concedendo a liminar.

O Sr. Des. Josué de Oliveira (6º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (7º vogal)

Acompanho a divergência.

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (8º Vogal)

Indefiro esta liminar, porque não estão presentes os requisitos para sua concessão.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (9º Vogal)

Indefiro a liminar, acompanhando a divergência.

O Sr. Des. João Maria Lós (10º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (11º Vogal)

Indefiro a liminar.

A Sra. Desa. Tânia Garcia de Freitas Borges (12ª Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (13º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DEFERIRAM A LIMINAR, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM O PARECER. IMPEDIDO O 2º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Rubens Bergonzi Bossay, João Carlos Brandes Garcia, Elpídio Helvécio Chaves Martins, Luiz Carlos Santini, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, Atapoã da Costa Feliz, Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 28 de abril de 2010.

***

Agravo n. 2010.010918-9 - Paranaíba
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA – PRELIMINAR – CONVERSÃO EM RETIDO – REJEITADA – MÉRITO – INGRESSO EM ENSINO SUPERIOR – VESTIBLAR – RESERVA DE VAGAS – SISTEMA DE COTAS RACIAIS – TUTELA ANTECIPADA – INDEFERIMENTO – AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Presente o periculum in mora que autoriza o processamento do agravo de instrumento, uma vez que a questão sobre a antecipação dos efeitos da tutela, matéria que sempre versará sobre a presença ou não do periculum in mora, deve ser analisada por meio de tal recurso, pois a análise sobre tal matéria (existência de perigo de dano) é sempre questão de mérito do agravo, não havendo falar, portanto, em conversão em agravo retido.

Não há falar em verossimilhança da alegação, apta a embasar antecipação dos efeitos da tutela, na pretensão de declaração incidental de inconstitucionalidade de lei estadual que determinou a reserva de vagas para afrodescendentes aparentemente e presumivelmente constitucional diante do conteúdo de ação afirmativa idealizada para a concretização do princípio da isonomia em seu aspecto material, mormente quando não há declaração do Supremo Tribunal Federal ou do Órgão Especial sobre o tema.

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 contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1º de junho de 2010.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, inconformada com a decisão proferida pelo Juiz da 2ª vara cível da comarca de Paranaíba-MS que, nos autos da ação cominatória ajuizada por Leslandro Jesus de Freitas, deferiu liminarmente a ordem pretendida para determinar à agravante que proceda, de imediato, a matricula do agravado no curso de direito noturno da UEMS, interpõe agravo de instrumento, alegando, em síntese, que o entendimento do magistrado de primeiro grau não deve prevalecer, vez que o processo de seleção dos cotistas é adotado pela maioria das Universidades Públicas do país, tendo como princípio predominante a não discriminação. Assenta que o procedimento adotado é proposto pelo MEC - Ministério da Educação e Cultura, legalizado em nosso Estado através das Leis Estaduais n. 2.605/2003 (negros) e n. 2.589/2002 (índios) e regulamentado pela Resolução CEPE-UEMS n. 430/2004, além de conter previsão expressa no Edital do certame, justamente para facilitar o acesso dos menos favorecidos ao ensino superior.

O agravado, em contrarrazões, suscita em preliminar pela não admissão do presente recurso em forma instrumentalizada. No mérito, pugna pela manutenção da decisão recorrida.

O juízo de primeiro grau, em suas informações, manteve o entendimento exarado na decisão objurgada.

O ilustre membro da Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do presente recurso, mantendo-se a decisão de primeira instância na íntegra.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Cuida-se de agravo de instrumento tirado de decisão proferida nos autos da ação cominatória promovida por Leslandro Jesus de Freitas em face de UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, ao qual restou deferida liminarmente a ordem pretendida para determinar à agravante que proceda, de imediato, à matrícula do agravado no curso de direito noturno da UEMS.

Aprecio, inicialmente, a preliminar suscitada em contrarrazões pelo agravado.

Afirma que o presente recurso não pode ser admitido na forma instrumentalizada, uma vez que não se vislumbra o perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação por parte da agravante.

A questão sobre a antecipação dos efeitos da tutela, matéria que sempre versará sobre a presença ou não do *periculum in mora*, deve ser analisada por meio de agravo de instrumento, uma vez que a análise sobre tal matéria *(*existência de perigo de dano) é sempre questão de mérito do agravo, não havendo falar, portanto, em conversão em agravo retido.

Assim, tendo em vista a precariedade de tal decisão e a potencialidade de ser causadora de danos àquele que se vê obrigado a cumprir determinação judicial baseada em um juízo de cognição sumária, os agravos interpostos contra decisões que concedem ou indeferem medidas de urgência devem, em regra, ser processados em sua forma instrumental.

No mesmo sentido já decidiu este Tribunal de Justiça em aresto a seguir colacionado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINARES – CONVERSÃO EM AGRAVO RETIDO – LEGITIMIDADE PARA RECORRER AFASTADAS – MÉRITO – CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS PREENCHIDOS – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> As disposições da Lei n. 11.187/05, que versa acerca do agravo retido, não podem ser aplicadas indiscriminadamente para agravos que versem acerca de antecipação de tutela, porquanto característica decorrente da própria proteção antecipatória é a análise acerca do perigo, que tanto pode ser de lesão ou de dano inverso, o que refoge por completo da permissibilidade acima levantada. [...] (Ag n. 2008.000243-1, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 7.4.2008).

Rejeito, desta feita, a indigitada preliminar.

Passo a apreciação do mérito recursal.

Insurge-se a recorrente afirmando que o procedimento adotado é proposto pelo MEC - Ministério da Educação e Cultura, normatizado em nosso Estado através das Leis Estaduais n. 2.605/2003 (regime de cotas para negros) e n. 2.589/2002 (regime de cotas para índios) e regulamentado pela Resolução CEPE-UEMS n. 430/2004, além de conter previsão expressa no Edital do certame, justamente para o fim de facilitar o acesso dos menos favorecidos ao ensino superior.

A irresignação merece prosperar.

Ressalto, inicialmente, que a cognição desta Corte, no exame do recurso, limita-se ao que foi decidido pela decisão recorrida, de forma que esta instância recursal não pode imiscuir-se de forma *per saltum* e antecipar o conhecimento de questões não apreciadas.

Desta feita, o efeito devolutivo do recurso de agravo é verificado com relação às matérias efetivamente examinadas pelo juiz de primeiro grau.

In casu, o magistrado a quo deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar que a agravante efetuasse a matrícula do agravado no curso de direito, sob o argumento de que "Considerando que foram convocados no total 46 (quarenta e seis) candidatos, dos quais 14 (quatorze) foram reservados ao sistema de cotas, e que o autor fora aprovado em 44º (quadragésimo quarto) lugar, verifica-se que possui direito a se matricular, se desconsideradas as vagas destinadas aos cotistas. Presente assim o *fumus boni iuris,* e o *periculum in mora*, a liminar pretendida há de ser deferida, diante da inconstitucionalidade do sistema de cotas que arrisca criar uma discriminação racial.

Torna-se necessária a transcrição da norma contida no artigo 273 do Código de Processo Civil, que estipula: "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação [...]".

José Roberto dos Santos Bedaque (**Código de Processo Civil Interpretado** – Coordenado por Antônio Carlos Marcato (p. 790)) sobre a tutela antecipada, aclara: *"*O legislador processual [...] admitiu, preenchidos determinados requisitos, fossem antecipados efeitos da tutela jurisdicional em qualquer procedimento. Nada mais fez, portanto, do que possibilitar, de forma genérica, a concessão de decisões antecipatórias de efeitos do provimento pleiteado, até mesmo em caráter liminar, toda vez que tal medida seja necessária para assegurar a utilidade da prestação jurisdicional ou se mostre aconselhável ante o manifesto propósito protelatório do réu".

Sendo assim, em casos análogos ao presente para que a antecipação almejada venha a ser permitida, indispensável mostrar-se-á a ilustração da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Logo, é notória a imprescindibilidade de que sejam visualizados conjuntamente ambos os requisitos para que possa ser satisfeita a pretensão narrada.

Nessa exata acepção manifesta-se Joel Dias Figueira Jr. (**Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. IV, Tomo I, p.193):

> Verifica-se que o caput do art. 273 do CPC termina com a partícula "e", representando conjunção aditiva, de forma a unir os requisitos gerais delineados na cabeça do dispositivo com os requisitos especiais independentes (alternativos) aludidos nos dois incisos seguintes. Em outros termos, haverá o autor de demonstrar as suas alegações fático-jurídicas ao magistrado, de maneira cabal, por intermédio de prova inequívoca efetivamente hábil à formação de um juízo de quase-verdade (verossimilhança), às quais, necessariamente, haverão de somar-se o requisito específico definido como a) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação [...]

Verifica-se, portanto, que a lei processual exige a presença cumulativa dos dois requisitos, devendo estar presente, em todos os casos de antecipação dos efeitos da tutela, a prova inequívoca das alegações do requerente, o que nos faz concluir que, em que pese a presença do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a medida pleiteada não deve ser concedida diante de ausência de verossimilhança das alegações da autora-agravada, considerando o fato de que a atitude da agravante está fundada em leis que possui o atributo da presunção de constitucionalidade.

Nesta acepção já se pronunciou a 4ª Turma Cível desta Corte, no julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento n. 2009.005947-1, do qual foi Relator o Desembargador Dorival Renato Pavan:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA – DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA PARA OBRIGAR UNIVERSIDADE A EFETUAR MATRICULA DE CANDIDATO DESCLASSIFICADO COM BASE NA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL QUE IMPLANTOU O SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS NO ENSINO SUPERIOR – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E DE AUSÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA* PARA O PROCESSAMENTO DO AGRAVO EM SUA FORMA INSTRUMENTAL – REJEITADAS – LEI PRESUMÍVEL E APARENTEMENTE CONSTITUCIONAL – AÇÃO AFIRMATIVA – REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA EM SEU ASPECTO MATERIAL – AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. [...] Não há falar em verossimilhança da alegação, apta a embasar antecipação dos efeitos da tutela, na pretensão de declaração incidental de inconstitucionalidade de lei estadual que determinou a reserva de vagas para afrodescendentes aparentemente e presumivelmente constitucional diante do conteúdo de ação afirmativa idealizada para a concretização do princípio da isonomia em seu aspecto material, mormente quando não há declaração do Supremo Tribunal Federal ou do Órgão Especial sobre o tema.

Como razões de decidir, utilizo as argumentações utilizadas pelo eminente relator no corpo do aresto supra mencionado, *verbis*:

> [...] Como é cediço, a Lei Estadual n. 2.605/2003, que dispõe sobre a reserva de vagas para negros nos cursos de graduação da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul é ação afirmativa que tem por escopo a concretização do princípio da isonomia, previsto do caput do art. 5º da Constituição da República, em seu aspecto material, tendo em vista o real conteúdo e profundidade de tal princípio que é, em verdade, um postulado constitucional. Assim, o princípio da igualdade não pode ser visualizado apenas em seu aspecto formal, uma vez que a desigualdade é inerente à condição humana e somente haverá a realização de tal princípio se houver tratamento desigual aos desiguais, como forma de diluir as desigualdades e dar efetividade à mencionada norma constitucional. [...] Insta ressaltar que está entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil "reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º). [...] Assim, o que se observa é que a reserva de vagas estava prevista em lei anteriormente editada e na Resolução n. 430/2004 que regeu o processo seletivo da Universidade-agravante, normas presumivelmente constitucionais, não havendo falar em inconstitucionalidade evidente, ou já declarada, apta a fundamentar a concessão de medida antecipatória de tutela. Tais considerações nos fazem concluir que não há verossimilhança nas alegações da autora-agravada, uma vez que o ato da agravante está embasado em lei estadual que visa dar efetividade ao princípio constitucional da isonomia, devendo, por ora, prevalecer, tendo em vista a ausência de um dos requisitos para a concessão da medida de urgência pleiteada. [...]

Ainda, nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. RESERVA DE VAGA. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO. O intento do sistema de cotas raciais consiste na inclusão social e benefício direto dos indivíduos

> que, como consequência por suas características físicas marcantes como integrantes do grupo negro, sejam socialmente desfavorecidos, sofrendo efetiva discriminação. (TRF, Quarta Região, Ag n. 2009.04.00.026766-4, PR, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Valdemar Capeletti, julgado em 7.10.2009, DJ 20.10.2009, Pág. 199).

Ademais, não é correto afastar a exigência expressa constante do Edital para, de forma marcadamente subjetivista, buscar "justiça social".

Primeiro, porque as políticas de discriminação positiva, como regras transitórias de exceção que são, não devem ter seu escopo ampliado para além das hipóteses expressamente previstas pelo legislador; trata-se de comezinha regra de hermenêutica.

Segundo, porque a diluição dos limites do universo de beneficiados pelas políticas positivas traz, em seu bojo, uma insegurança jurídica (derivada da falta de clareza das regras) que é incompatível com o regime democrático; regime no qual vigora, em princípio, a impessoalidade das políticas públicas.

Terceiro, porque o abrandamento da regra, além de maltratar o princípio da legalidade estrita, que rege a Administração Pública, ataca também o princípio da isonomia, uma vez que torna nebuloso, para o conjunto da população, o critério empregado para determinar quem será alvo da política de discriminação positiva, conferindo um desagradável sabor casuístico àquilo que deve, por sua própria natureza, sofrer mais estrito controle possível; controle que indubitavelmente se enfraquece na medida em que se começa a admitir exceções à regra geral.

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Em face do exposto, conheço do recurso, dando-lhe provimento para, tornando insubsistente a decisão objurgada, indeferir o pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado pelo agravado, tornando-a ineficaz e o privando de todo o efeito. Se já executada, determino o retorno das partes ao *statu quo ante*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DERAM 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, 1º de junho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.011950-6 – Bataguaçu
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – TAXA DE LICENÇA PARA LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO – DEVIDA – ENCERRAMENTO DA ATIVIDADE QUE NÃO FOI COMUNICADA AO ENTE MUNICIPAL – ÔNUS QUE CABE AO CONTRIBUINTE – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

A taxa de licença para localização e funcionamento é devida tanto antes como depois do início das atividades comerciais.

Cabe ao contribuinte demonstrar haver requerido junto ao fisco municipal, conforme prescreve a legislação municipal, o cancelamento da licença para funcionamento e localização.

Não há que falar em desconstituição do crédito, quando estão presentes os requisitos de certeza, exigibilidade e liquidez do título executivo, sendo regular a exigência dos valores lançados em Certidão de Dívida Ativa.

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, 11 de maio de 2010.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Município de Bataguassu, inconformado com a sentença que julgou procedentes os embargos à execução fiscal ajuizada por Áurea Tur Agência de Viagens, interpõe recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que se mostram exorbitantes os honorários advocatícios arbitrados, em razão do valor da causa. Alega que a desconstituição do crédito deve ser revista, mormente quando estão presentes os requisitos de certeza, exigibilidade e liquidez do débito exequendo, eis que a apelada requereu a inscrição no Cadastro da Fazenda Pública Municipal, sendo que nunca impugnou administrativamente a cobrança da taxa de licença e funcionamento, embora notificada para isso.

Requer, por fim, a condenação da apelada nas custas processuais e verba honorária que deve ser fixada em 10% do valor da causa.

Não foram apresentadas contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que, nos autos dos embargos à execução fiscal ajuizada por Áurea Tur Agência de Viagens, em face do Município de Bataguassu, desconstituiu o crédito tributário representado pela Certidão de Dívida Ativa que instruiu o feito executivo e, por consequência, extinguiu a execução.

Em suas razões recursais, o ente municipal argumenta que a desconstituição do crédito deve ser revista, mormente quando estão presentes os requisitos de certeza, exigibilidade e liquidez do débito exequendo, tendo em vista que a apelada requereu a inscrição no Cadastro da Fazenda Pública Municipal, sendo que nunca impugnou administrativamente a cobrança da taxa de licença e funcionamento, embora notificada para isso.

Em relação à Taxa de Licença para Localização e para Funcionamento, trago à baila o escólio de Bernardo Ribeiro de Moraes, que assim se pronuncia:

> A Taxa de Licença para Localização e Funcionamento tem recebido outros nomes: Taxa de Licença para Localização, Taxa de Licença para Instalação e Funcionamento, Taxa de Licença para Instalação e Funcionamento, Taxa de Licença para Instalação, Localização e Funcionamento e Taxa de Licença para Abertura e Continuação de Funcionamento. A causa jurídica dessa taxa é a atividade municipal de vigilância, controle e fiscalização do cumprimento da legislação específica ditada pelo exercício do poder de polícia, na salvaguarda do interesse público (questões de localização, segurança, incolumidade, higiene, sossego, bons costumes, ordem, etc), a que se submete qualquer pessoa que pretenda exercer atos preparatórios de localização ou instalação, ou de início e continuação de atividade remunerada dentro do território do Município. São atividades sujeitas à prévia autorização do Poder Público municipal as de: indústria, produção, comércio, operação financeira, crédito, câmbio, seguro, capitalização, prestação de serviços, diversões públicas, pecuária e similares, ou decorrentes de profissão, arte, ofício ou função, em caráter permanente, eventual ou transitório, com ou sem estabelecimento fixo.
>
> A aludida taxa é devida tanto para os atos preparatórios da atividade (atos de simples localização ou instalação), como para o início e continuidade do exercício da atividade lucrativa. Consoante entendimento assente na jurisprudência da Suprema Corte de Justiça, a taxa pode ser exigida ano a ano, nas sucessivas renovações da licença, uma vez que o tributo é decorrente do exercício efetivo do poder de polícia de controle dos estabelecimentos ou atividades, que se dá a todo instante e no decorrer dos anos. (Doutrina e Prática das Taxas; Editora **RT**). (grifei).

O Código Tributário Municipal (Lei n. 667/90) prevê em seu art.111, *verbis:*

> Art.111- As Taxas de Licença serão arrecadadas antes do início das atividades ou da prática dos atos sujeitos ao poder de polícia administrativa do Município, mediante guia oficial preenchida pelo contribuinte, observando-se os prazos estabelecidos neste código.

Como se nota, a Taxa de Licença para Localização e Funcionamento é cobrada até mesmo antes do início das atividades comerciais.

No vertente caso, como afirmado pela própria embargante/recorrida na inicial, esta requereu sua inscrição no Cadastro da Fazenda Pública do Município de Bataguassu-MS; ressaltando, apenas, que não exerceu qualquer atividade após o ano de 2000.

Colhe-se do art.44, do Código Tributário Municipal (Lei n. 667/90):

> O Contribuinte deve comunicar à Prefeitura, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de sua ocorrência, a cessação da atividades, a fim de obter baixa de sua inscrição, a qual será concedida após verificação da procedência da comunicação, sem prejuízo da cobrança dos tributos ao Município.

Destarte, caberia à apelada demonstrar haver requerido, junto ao fisco municipal, conforme prescreve a legislação municipal de Bataguassu-MS, o cancelamento das licenças, o que não comprovou haver feito.

Em igual sentido:

> APELAÇÃO.EXECUÇÃOFISCAL.TAXADELICENÇAEFUNCIONAMENTO. RENOVAÇÃO ANUAL. Alegação de inexigibilidade da taxa em razão do encerramento das atividades. Encerramento que não foi comunicado ao fisco. Fato gerador que não foi afastado. Recurso provido. (TJSP, AC-SRev n. 833.984.5/7; AC n. 4087442, Tupã, Décima Quarta Câmara de Direito Público, Rel. Des. Marino Neto, julgado em 23.7.2009, DJ de 13.10.2009).

Assim, ao contrário do entendimento do magistrado *a quo*, não há que falar em desconstituição do crédito, porquanto estão presentes os requisitos de certeza, exigibilidade e liquidez do título executivo, sendo regular a exigência dos valores lançados na Certidão de Dívida Ativa (autos em apenso).

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Em face do exposto, conheço do recurso, dando-lhe provimento para tornar insubsistente a sentença de primeiro grau e, por consequência, julgar improcedente o pedido formulado na inicial. Condeno a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da causa, nos termos do art.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. 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, 11 de maio de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.007424-0 - Jardim
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO – CONTRATO DE MÚTUO – INTERDITADO REPRESENTADO PELO CURADOR – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO – EXECUÇÃO EXTINTA – AUSÊNCIA DE EXECUTIVO – RECURSO IMPROVIDO.

O contrato de mútuo formalizado por interditado, representado pelo curador, sem autorização judicial, não se configura título executivo apto a embasar ação executiva.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de abril de 2010.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Trata-se de apelação cível interposta por Oronaldo Del Valle Palhano, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Jardim, nos autos da ação de execução de título executivo extrajudicial que move em face de Nero de Almeida Mello, que indeferiu a petição inicial, com supedâneo no art. 295, III e VI e art. 586 do Código de Processo Civil.

Sustenta o apelante que não tinha conhecimento das limitações dos poderes impostas ao curador, tendo agido de boa-fé ao conceder o "empréstimo", vez que era para o pagamento de despesas médico-hospitalares, medicamentos e alimentação do interditado, ou seja, o empréstimo foi utilizado para sobrevivência do interditado.

Argumenta que dentre as limitações do poder do curador decretados na sentença, com base nos arts. 1.781, 1.748, 1.749, 1.754 do Código Civil, nenhum destes artigos dispõem sobre a não concessão de empréstimo para o pagamento de despesas básicas de sobrevivência.

Afirma que a decisão que decretou a interdição do Sr. Nero de Almeida Mello não condicionou todos os atos do curador em prol do interditado à autorização judicial, mas tão somente aqueles que acarretassem alienação de bens.

Entende que como nos artigos que limitam os poderes do curador não consta exigência de autorização judicial para a formalização de contrato de mútuo e empréstimo, possui o curador liberdade para realizar atos que sirvam para cuidar do curatelado.

Requer o provimento do recurso, para o fim de reformar a sentença recorrida.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Oronaldo Del Valle Palhano, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Jardim, nos autos da Ação de Execução de Título Executivo Extrajudicial que move em face de Nero de Almeida Mello, que indeferiu a petição inicial, com supedâneo no art. 295, III e VI e art. 586 do Código de Processo Civil.

Como se observa dos autos, pretende o apelante executar o contrato de mútuo, constante à f. 6 dos autos, contraído pelo de cujus Nero de Almeida Mello, interditado à época e, neste ato, representado pelo seu curador, sr. Daniel Ribas.

A sentença indeferiu a petição inicial, sob os fundamentos de que o contrato em questão não pode ser considerado título executivo com base no inc. II do art. 585 do CPC, eis que contraído pelo curador de Nero de Almeida Mello, sem qualquer autorização judicial.

A sentença não merece reformas.

Consta da sentença que decretou a interdição que o curador "terá poderes limitados aos atos de mera administração da pessoa e bens do interditado, com todas as restrições contidas nos artigos 1.781, 1.748, 1.749 e 1.754 do Código Civil, com obrigação de prestar contas sempre que lhe for exigido." (f. 15-18).

Observa-se, como bem ressaltado pelo julgador na sentença monocrática, que no conceito de "mera administração da pessoa e bens do interdito" não se inclui contrair dívidas de elevado valor como a que é objeto desta ação, caso em que o curador deveria ter obtido autorização judicial, antes ou depois da formalização do negócio jurídico.

O ato em questão não é de mera administração dos bens do interdito, tratando-se, em verdade, de verdadeiro ato negocial, que poderia, inclusive, implicar em futura alienação de bens para pagamento da dívida. Em razão disso, fazia-se necessária a autorização judicial para a realização do negócio jurídico.

Segundo os ensinamentos do mestre Caio Mário da Silva Pereira, "*Ao curador compete dirigir a pessoa do incapaz, administrar-lhe os bens, representá-lo nos atos da vida civil. Mas não lhe cabe praticar senão os de administração, dependendo de autorização judicial os que a esta ultrapassarem.*" (**Instituições de direito civil**. Ed. Forense, v. 5, p. 512)

Assim, vê-se que o título que embasa a presente execução não se enquadra entre aqueles previstos no inc. II do art. 585 do CPC, porquanto foi firmado por curador de interditado, sem autorização judicial.

Deste modo, agiu com acerto o julgador ao indeferir a petição inicial, com suporte no art. 295, III e VI do art. 586 do CPC.

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, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 22 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.007438-1 - Chapadão do Sul
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL – VEÍCULO ROUBADO – IMPOSSIBILIDADE DE ENTREGA DO BEM – AUSÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO DA AÇÃO POR PERDAS E DANOS – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – RECURSO IMPROVIDO.

Sendo comprovado que o bem objeto da ação de reintegração de posse foi roubado e, inexistindo pedido de conversão da ação para perdas e danos quando da propositura da ação, fica afastada a possibilidade de prosseguimento do feito, por ausência de interesse de agir.

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, 29 de março de 2010.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, nos autos da Ação de Reintegração de Posse que move em face de João Auri Lorenz, interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, nos termos do artigo 267, VI do CPC.

O apelante explica que não devem prosperar os fundamentos do magistrado, eis que entendeu que o contrato em questão é de natureza mista e, como o bem objeto da pretensão possessória foi subtraído da esfera patrimonial e possessória do apelado, seria impossível de reintegrar o bem ao apelante.

O apelante expõe que o contrato de arrendamento mercantil não autoriza o entendimento de que o pagamento, paulatinamente antecipado do valor residual, corresponda ao exercício antecipado da opção de compra, pois as cláusulas contratuais posicionam-se a respeito do momento em que o arrendatário poderá fazer uso das opções ali contidas.

Argumenta que quando da celebração do contrato de arrendamento mercantil, o apelado comprometeu-se a fazer o seguro do bem contra roubo, incêndio, danos materiais e responsabilidade civil perante terceiros em favor do banco, sendo assim, não seria justo que arcasse sozinho com o prejuízo da perda do bem, por desídia exclusiva do apelado.

Aduz que em razão do princípio da economia processual, o feito não deveria ser extinto sem resolução do mérito, mas sim ser convertido em perdas e danos já que requereu tal possibilidade na exordial

Requer o provimento do presente recurso, a fim de que seja dado prosseguimento do feito em seus ulteriores termos.

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 Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil, por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, nos autos da ação de reintegração de posse que move em face de João Auri Lorenz, objetivando a reforma da sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, nos termos do artigo 267, VI do CPC.

Em que pesem os argumentos do apelante, a sentença deve ser mantida.

O apelante afirma ter ajuizado ação de reintegração de posse, em razão do inadimplemento contratual de arrendamento mercantil por parte do apelado.

Depreende-se dos autos que, em 16 de janeiro de 2008, as partes realizaram contrato de arrendamento mercantil – n. 1452544573041473-4, tendo como objeto um veículo marca: IVECO-FIAT, modelo/tipo: Eurotech MP 450-E4.3 Ano fab.: 1999; placa ACP- 0053, chassi 8ATM2APH0YX042001, no montante de R$ 180.0000,00, comprometendo-se a pagar, mensalmente, e por 60 meses, a quantia de R$ 1.120,30.

O apelante afirma que o apelado estaria em mora desde a 5ª prestação e, por isto ajuizou a ação pretendendo a reintegração do bem, para consolidar *"o domínio e a posse plena e exclusiva do bem arrendado nas mãos do Requerente, condenando-se o Requerido no pagamento das custas processuais, despesas administrativas e honorários advocatícios a serem fixados por V.Exa., ressalvando-se sempre, ao requerente o direito de, em procedimento distinto, cobrar as parcelas de arrendamento e reclamar indenização por eventuais perdas e danos na forma contratada.*" (f. 3)

Em contestação, o apelado afirma que o veículo objeto do contrato de arrendamento mercantil não está na sua posse, eis que foi roubado, conforme termo de declaração apresentada e o termo de reconhecimento. (f. 59-60 e 61-62)

A sentença extinguiu o feito sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir do autor, ora apelante, eis que a pretensão de ser reintegrado na posse do bem seria impossível, em razão da subtração do veículo por circunstâncias alheias à vontade do apelado.

Aliás, assim consta na sentença:

> No caso em tela, o réu foi, de fato, regularmente citado dos termos da presente ação e em sua defesa, que o caminhão foi roubado em 27.6.2008 e que até o momento a polícia não logrou êxito em encontrá-lo, a onerosidade excessiva do contrato, cláusulas abusivas, capitalização mensal de juros, cobrança indevida de

> tarifa de abertura de crédito, serviços e multa, enriquecimento sem causa do autor e a repetição de indébito.
>
> O autor não impugnou nenhuma das considerações acerca do contrato, apenas se insurgiu quanto ao argumento de roubo do veículo, afirmando não ser uma prova cabal para isentar o réu de sua obrigação.
>
> Ocorre que a prova apresentada pelo réu é mais do que simplesmente o Boletim de Ocorrência Policial, é um termo de declarações, f. 59-60 e termo de reconhecimento de partícipes da quadrilha, servindo como prova inequívoca do alegado em peça contestatória.
>
> Desta forma, não há nos autos o menor indício de prova de que o réu tenha dado origem ou concorrido com culpa na produção desse evento danoso e a contra prova caberia ao autor, o que não o fez.
>
> Assim sendo, o autor carece de legítimo interesse para a ação de reintegração de posse sob exame, cuja pretensão principal ressente-se de possibilidade jurídica, uma vez que o bem objeto da pretensão possessória foi subtraído da esfera patrimonial e possessória do réu por circunstâncias alheias à sua vontade, sendo impossível reintegrá-lo (em relação ao réu, naturalmente).
>
> Vale dizer: a pretensão vestibular deduzida na ação de reintegração de posse não tem objeto material e causa formal de pedir contra o réu, sendo inexequível contra ele.
>
> A questão, contudo, poderá vir a se resolver em perdas e danos, mas em outro processo, uma vez que em peça inicial o autor pediu tão somente a reintegração da posse do veículo, e embora tenha requerido perdas e danos na peça impugnatória, não merece acolhida em observância ao art. 294 do Código de Processo Civil.

Ao compulsar os autos, denota-se que a pretensão da parte autora é ser reintegrada na posse do bem, tanto que assim requer em sua exordial:

> c) determinar a seguir a citação do Requerido, com as benesses do artigo 172, parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Civil, para querendo contestar a presente ação, sob pena de revelia, devendo a mesma, ao final, ser julgada procedente, tornando definitiva a medida liminar, consolidando-se o domínio e a posse plena e exclusiva do bem arrendado nas mãos do Requerente, condenando-se o Requerido no pagamento das custas processuais, despesas administrativas e honorários advocatícios a serem fixados por V.Exa., ressalvando-se sempre, ao Requerente o direito de, em procedimento distinto, cobrar as parcelas de arrendamento e reclamar indenização por eventuais perdas e danos na forma contratada. (f. 3).

No caso, vê-se que o pedido do autor é apenas para ser reintegrado na posse do bem, sendo que nada dispõe sobre a possibilidade de conversão da ação de reintegração em perda e danos caso não seja localizado o veículo objeto do contrato de arrendamento mercantil.

Como se pode observar foi o próprio apelante quem delimitou a lide ao deduzir na inicial somente o pedido de reintegração. Portanto, caso seja admitido o prosseguimento do feito, porém não mais como reintegração de posse, mas sim como perdas e danos, estar-se-á infringindo a norma prevista no artigo 293 CPC, que assim determina: "Art. 293. Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais."

Não obstante, cumpre ressaltar que poderia o apelante aditar o pedido desde que fosse realizado antes da citação, mas no caso em questão, vê-se que o pedido de conversão da ação de reintegração para perdas e danos somente ocorreu quando da impugnação a contestação, logo, não é possível modificar o pedido ou a causa de pedir.

Deste modo, como não há pedido expresso na inicial para que o apelado seja condenado ao pagamento de perdas e danos, caso o bem não seja localizado, então, não há como acolher a pretensão do apelante, por se tratar de pedido diverso ao indicado na inicial.

Aliás, neste sentido o julgado do STJ:

> ARRENDAMENTO MERCANTIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. VEÍCULO FURTADO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.
>
> 1. Furtado o veículo objeto do arrendamento mercantil, o arrendante não tem interesse em propor ação de reintegração de posse contra o arrendatário inadimplente, porque eventual sentença de procedência não terá utilidade prática, até porque será logicamente inexeqüível.
>
> 2. Quem não tem a posse, não pode ser demandado para reintegrá-la. (REsp n. 469063/RS, REsp n. 2002/0124749-4, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 20.3.2007, DJ de 14.5.2007, p. 279 Ementa)
>
> Recurso especial Processual civil. Acórdão. Omissão. Invalidade. Inexistência. Reintegração de posse. Perda do bem (roubo). Perdas e danos. Pedido do autor. Inexistência. Arts. 627 e 633, ambos do CPC. Inaplicabilidade.
>
> - Não padece de invalidade o acórdão que, assentado em fundamentos suficientes à prestação jurisdicional invocada, manifesta-se acerca das questões suscitadas pelas partes.
>
> - As disposições dos arts. 627 e 633, ambos do CPC, são inaplicáveis ao procedimento especial da ação de reintegração de posse, pelo que, na hipótese de perda do bem por roubo, não pode o juiz, sem pedido expresso do autor, condenar o réu ao pagamento de perdas e danos, a título da conversão, prevista nos apontados dispositivos, da obrigação para entrega de coisa certa e da obrigação de fazer em obrigação por quantia certa. Caso em que a perda do bem enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito. (REsp n. 290848/RJ, REsp n. 2000/0127553-4, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 5.3.2002, DJ 8.4.2002, p. 210).

No mesmo sentido é a jurisprudência do tribunal de justiça de São Paulo*:*

> ARRENDAMENTO MERCANTIL AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NOTÍCIA DA OCORRÊNCIA DE FURTO DO BEM. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. MATÉRIA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA, A SER AVENTADA EM AÇÃO PRÓPRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO DETERMINADA. RECURSO IMPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO
>
> Havendo notícia de que o bem arrendado não mais se encontra na posse do arrendatário, em virtude da ocorrência de roubo, inadequada se apresenta a ação de reintegração de posse, pois impossível se mostra a obtenção de resultado útil. Em virtude da existência de cláusula contratual expressa, que estabelece a obrigação de contratar seguro, a discussão há de ser travada no campo da apuração da responsabilidade civil. (AC n. 715.670-O, Rel. Des. Antonio Rigolin, julgado em 30.8.2005). Outros: AC c/ Rev n. 668.474-00/2, Rel. Juiz Thales do Amaral julgado em 1.9.2004; AC c/rev. N. 702.488- 0/8, Rel. Neves Amorim, julgado em 29.11.2005).

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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 29 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.012621-9 - Angélica
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE SERVIDÃO DE PASSAGEM – DIREITO REAL SOBRE PROPRIEDADE ALHEIA – POSSUIDOR NÃO PROPRIETÁRIO QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DA USUCAPIÃO – MATÉRIA A SER TRATADA À LUZ DO DIREITO DE VIZINHANÇA – PASSAGEM FORÇADA – ARTIGO 1285 DO CÓDIGO CIVIL – CORREDOR JÁ EXISTENTE ANTES DA ALIENAÇÃO AO NOVO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL SOBRE O QUAL SE ENCONTRA A ÁREA ENCRAVADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO IMPROVIDO.

Em regra geral, as servidões não conferem direito à proteção possessória, por se encontrarem no direito real sobre propriedade alheia.

Contudo, em se tratando de servidão de passagem ou de trânsito, perfeitamente possível seu reconhecimento pela usucapião, se devidamente preenchidos os requisitos do artigo 1379 único do Código Civil, que dispõe que: "Se o possuidor não tiver título, o prazo da usucapião será de vinte anos."

Se o possuidor não preenche os requisitos da usucapião para obter a servidão de passagem pela proteção possessória, a questão relativa ao acesso do imóvel à via pública, quando possível, deve ser analisada à luz do direito de vizinhança, pelo instituto da passagem forçada.

Conforme o disposto no artigo 1285 do Código Civil, "*O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário.*"

Contudo, não há falar em indenização cabal prevista no caput do artigo 1285 do CCB quando a passagem forçada for reconhecida em razão do § 2º que estabelece que o proprietário do imóvel deve tolerar a passagem, se da alienação parcial do prédio, uma das partes perder o acesso a via pública, nascente ou porto.

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 interposto pelos réus e dar parcial provimento ao recurso interposto pelo autor, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de maio de 2010.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Rinaldo Resende Tiburcio e Joel de Navarro e outros, inconformados com a sentença prolatada nos autos da ação de reintegração de posse de servidão que o primeiro move em face do segundo, interpõem respectivamente apelação cível e recurso adesivo, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado parcialmente procedente "para o fim de assegurar ao autor a passagem forçada por sobre as terras dos réus, a ser exercida somente através do corredor já existente; o autor ficará obrigado a comunicar, com antecedência mínima de 24 horas, através de expediente escrito a ser entregue na sede do imóvel dos réus, quando forem receber visitantes, sob pena de pagamento de multa, por cada ocorrência de violação, no valor correspondente a meio salário mínimo vigente." (f. 259 TJMS)

Recurso do autor (f. 275 TJMS)

O autor aduz preliminar de nulidade da sentença por julgamento *extra petita*, eis que não houve requerimento de nenhuma das partes, no sentido de prévia comunicação por escrito aos réus, com antecedência mínima de 24 horas, quanto ao recebimento de visitas.

No mérito, segue alegando que os réus devem suportar integralmente o ônus de sucumbência, por não ter havido sucumbência recíproca, já que o pedido de indenização por lucros cessantes restou julgado improcedente apenas em razão da liminar concedida imediatamente ao autor, que passou a ser reintegrado na posse da passagem.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja afastada da condenação imposta na sentença, a condição de aviso prévio em relação ao recebimento de visitas, bem como seja imposta aos réus o ônus de sucumbência.

Em apresentação de contrarrazões, os apelados pugnam pelo improvimento do recurso.

Recurso adesivo dos réus (f. 294 TJMS)

Os apelantes alegam em síntese que a inicial foi proposta com base no artigo 1378 do Ccb/2002, que trata sobre a servidão de passagem ou de trânsito, tida como modalidade de direito real sobre coisa alheia, onde os donos dos prédios dominantes e servientes, obrigatoriamente devem pertencer a donos diversos, não se prestando, portanto, ao reconhecimento da pretensão o exercício da posse, como é o caso dos autos.

Seguem alegando que restou comprovado nos autos que o autor não é proprietário do rancho de pesca em que reside, pois não possui documento hábil de domínio, contando apenas com a prova de sua posse.

Salienta que a servidão predial e a passagem forçada são institutos diversos, na origem e na finalidade, eis que o primeiro encontra-se direito real sobre coisa alheia, e o segundo, no direito de vizinhança, não podendo ser confundidos, mormente porque os efeitos jurídicos de seu reconhecimento são completamente distintos entre si.

Alegam que no caso de reconhecimento de passagem forçada, também cuidará o feito da devida indenização, e fixação dos rumos a serem tomados pelo beneficiário.

Adverte por fim, a imperiosidade da distinção entre os institutos de servidão de passagem ou de trânsito, passagem forçada, eis que a primeira, por se tratar de direito real sobre coisa alheia, admite a proteção

possessória pela usucapião, enquanto a segunda, tratada no direito de vizinhança depende de prévia indenização para ser reconhecida, e uma vez cessado o encravamento que a justificou, considera-se extinta.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença e julgado improcedente o pedido.

Devidamente intimado, o autor deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões, conforme certidão cartorária 30.3.2010, informada à f. 307 TJMS.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Rinaldo Resende Tiburcio e Joel de Navarro e outros, inconformados com a sentença prolatada nos autos da Ação de reintegração de posse de servidão que o primeiro move em face do segundo, interpõem respectivamente apelação cível e recurso adesivo, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado parcialmente procedente "*para o fim de assegurar ao autor a passagem forçada por sobre as terras dos réus, a ser exercida somente através do corredor já existente; o autor ficará obrigado a comunicar, com antecedência mínima de 24 horas, através de expediente escrito a ser entregue na sede do imóvel dos réus, quando forem receber visitantes, sob pena de pagamento de multa, por cada ocorrência de violação, no valor correspondente a meio salário mínimo vigente.*" (f. 259 TJMS)

Inicialmente, tenho que a preliminar de nulidade extra petita, confunde-se com as demais matérias a serem tratadas no presente recurso, e com elas será analisada.

Compulsando os fundamentos da sentença, verifica-se que o magistrado singular considerou a distinção entre os institutos da passagem forçada (CC/2002, art. 1.285) e o da servidão de passagem ou de trânsito (CC/2002, art. 1.378), culminando por reconhecer, na hipótese, a existência de "passagem forçada" tratada no direito de vizinhança, e não a de "servidão de trânsito" tratada no direito real sobre coisa alheia, como pleiteou a parte autora na exordial.

A propósito, acerca de tais institutos, necessária a referência ao escólio de Arnaldo Rizzardo, *in verbis*:

> Não é rara a confusão entre servidões e direitos de vizinhança. Ambas as espécies se identificam enquanto limitam o uso da propriedade plena. Mas, na verdade, desponta uma diferença de origem e finalidade.
>
> As primeiras se fixam por ato voluntário de seus titulares, e as segundas decorrem de texto expresso de lei. A par disso, o direito de vizinhança está endereçado a evitar um dano (*de damno evitando*), o qual, se verificado, impede o aproveitamento do prédio. Na servidão, não se procura atender uma necessidade imperativa. Ela visa à concessão de uma facilidade maior ao prédio dominante. Arnoldo Wald ilustra a matéria com um exemplo: "O proprietário do prédio encravado, sem acesso à via pública, pode, em virtude da lei, exigir a passagem pelo terreno alheio. É o direito de passagem forçada[...] Emana da lei e, sem ele, seria impossível ao proprietário do prédio encravado entrar e sair livremente no seu terreno. Veremos, agora, uma situação distinta. Um terreno tem um acesso remoto ou estreito a determinada estrada secundária. O terreno vizinho é, todavia, atravessado por excelente estrada principal, à qual o proprietário do primeiro prédio desejaria ter acesso, pedindo, pois, que lhe seja concedida uma servidão. Depende tal concessão da boa vontade ou do interesse econômico do proprietário

> do prévio serviente que iria ser atravessado. Não é um direito emanado da lei. Poderá surgir em virtude de contrato que as partes venham a fazer, e que, para valer contra terceiros, deverá constar no Registro de Imóveis.
>
> Nesta segunda situação configura-se a servidão.
>
> Mais uma distinção ressalta, de caráter obrigacional. Nas servidões, a obrigação implica a subordinação de uno de los fundos com relación al altro, observa Josserand. Nos direitos de vizinhança, discriminam-se obrigações de ambos os prédios. Não há, de modo geral, a falada subordinação do prédio serviente ao prédio dominante. Os deveres e direitos são distribuídos de forma igual ou comum. Orlando Gomes pondera: "Os direitos de vizinhança são limitações ao direito de propriedade impostas em lei a todos os prédios, em razão de sua proximidade. São direitos recíprocos, que não supõem, portanto, diminuição de um prédio em favor de outro. As servidões privam o prédio serviente de certas utilidades, importando desvalorização patrimonial. (*in* **Direito das Coisas** – de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002", Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 898-899).

Com efeito, estabelece o artigo 1378 do Código Civil:

> Art. 1378: A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Dos ensinamentos doutrinários e do dispositivo legal acima transcritos, tem-se que o instituto das servidões, em um primeiro momento, pressupõe a existência de prédios dominantes e serviente, sendo este pertencente a diversos donos daquele.

Assim, imperiosa, no caso em apreço, a análise da titularidade dos prédios envolvidos, como bem explanado pelo magistrado singular.

Isto porque, o autor alega ser proprietário de uma área que se encontra encravada em área de propriedade do réu, com base em uma declaração de proprietários anteriores ao réu, concedendo-lhe o direito de posse sobre a área encravada.

Em regra geral, as servidões não conferem direito à proteção possessória, justamente por se encontrar no direito real sobre propriedade alheia..

Contudo, em se tratando de servidão de passagem ou de trânsito, perfeitamente possível seu reconhecimento pela usucapião.

Senão vejamos o disposto no § único do artigo 1379 do Código Civil:

> Art. 1379: O exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião.
>
> § único: **Se o possuidor não tiver título**, o prazo da usucapião será de vinte anos.

Conforme citação contida nos ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery acerca do assunto:

> Proteção Possessória. Por isso que a servidão não se presume, só merece proteção pelo possessório, a de trânsito, quando – contínua e aparente – como tal for pública e notoriamente reconhecida (RT 235/402) (Código Civil comentado; RT: Revista dos Tribunais; 4. ed., p 823)

Em sendo assim, antes de analisar a questão *sub judice* à luz do direito de vizinhança (passagem forçada) ou do direito real sobre propriedade alheia (servidão), mister se faz, inicialmente, a análise do preenchimento ou não dos requisitos da usucapião, porquanto a proteção possessória da servidão é admitida excepcionalmente pela prescrição aquisitiva.

In casu, restou devidamente comprovado nos autos, tanto pela prova documental quanto pela testemunhal, que o autor exerce a posse do Rancho Felicidade, área encravada na Fazenda Sertaneja de propriedade do réu, há mais de 10 anos aproximadamente.

Aplicando-se o § único do artigo 1379 do Ccb/2002, que exige o prazo de 20 anos para a usucapião, se o possuidor não tiver título, como é o caso dos autos, não há falar em reconhecimento da servidão de passagem ou de trânsito, que pressupõe que os prédios dominantes e servientes sejam de proprietários diversos, admitindo-se a proteção possessória apenas pela usucapião.

Como o autor exerce apenas a posse sobre o prédio dominante, sendo, portanto, o réu, proprietário de ambos os prédios, dominante e serviente, e ainda, não tendo sido preenchido o lapso temporal de 20 anos de exercício da posse pelo réu, para fins de servidão de passagem, decidiu com acerto o magistrado ao analisar a questão à luz do direito de vizinhança.

Peço vênia para transcrever os fundamentos da sentença, os quais adoto como razão de decidir:

> Inicialmente, observa-se que o autor alegou, na petição inicial, que teria direito à proteção possessória, porquanto:
>
> a) É possuidor de um rancho de pesca;
>
> b) Seu imóvel estaria "encravado" na propriedade do réu;
>
> c) Existe "servidão de passagem".
>
> Dito isso, tais elementos já permitem depurar a solução da "*vexata quaestio*".
>
> Primeiramente, porque, após a produção da prova documental e testemunhal, e até mesmo pelo próprio reconhecimento do réu em sua contestação, conclui-se que o imóvel do autor, realmente, está "encravado".
>
> A valer, em sua contestação, o réu declarou que a edificação em questão (casa/rancho) estava encravada dentro de sua propriedade rural (f. 40) e que para chegar a ela eram utilizados corredores dentre da fazenda, que não eram consideradas estradas, mas vias internas (f. 41).
>
> Neste passo, importa dizer que a moradia do autor, inegavelmente, está encravada e o único acesso possível é pela via dentro da fazenda dos réus, inclusive por eles reconhecida em sua contestação, como acima destacado.
>
> D´outro vértice, realizou-se a produção de prova testemunhal, da qual resultou que o autor é possuidor de um rancho de pesca localizado no interior da Fazenda Sertaneja, de propriedade dos réus.
>
> Vejamos trechos dos depoimentos judiciais:
>
> [...] o depoente passou a tomar conhecimento, principalmente de populares de que, em razão de acerto trabalhista com os antigos proprietários o autor teria recebido a área onde possuiu sua casa as margens do rio Ivinhema. [...] Que o

depoente tem o autor como proprietário do autor. [...] [Testemunha João Donizete Cassuci, às f. 123-4].

[...] Que o pai do depoente era antigo proprietário da fazenda, onde está situado o rancho do autor. Que seu pai cedeu a alguns amigos seus aquele pedaço de terra próximo ao rio. Que não se tratou de um empréstimo do local, mas sim aquelas pessoas passaram a ser as donas daquele pedaço de terra. Que o autor trabalhava para estas pessoas cuidando dos seus ranchos. Que morava com a mulher em uma casa construída próxima aos ranchos.

Que em razão da idade e do falecimento de alguns, os mesmos pararam de frequentar o rancho e em razão de indenização trabalhista entregaram a área ao autor como forma de pagamento de seus direitos. [...] Que quando o pai do depoente vendeu a área ao réu comunicou que aquele pedaço de solo, próximo ao rio onde está o autor, pertencia aos seus amigos. [...] (Testemunha Antônio Marcos Ferreira, às f. 125-6).

Que conhece o local onde reside o autor, que o autor prestava serviços para alguns pescadores. Que estes pescadores receberam aquela área de terra da pessoa de Antonio Pedro Ferreira Junior. Que não sabe se foi uma venda, ou simplesmente permissão de uso daquele local. Que acredita que não tenha sido um mero empréstimo da área, pois seria algo incomum, principalmente porque os pescadores investiram no local construindo casas e cercando a área. [...] Que o autor recebeu dos antigos pescadores a área como forma de indenização trabalhista pelo tempo que laborou para eles. [...] (Testemunha Cléo Alcides Bortolassi, às f. 127-8).

Que o depoente intermediou a aquisição de parte da fazenda Ipacaraí pelo ora réu, parte esta que passou a denominar-se fazenda sertaneja. [...] Que nesta época teve conhecimento da existência de dois ou três ranchos localizados dentro da área, na beira do rio. Que segundo tem conhecimento um destes ranchos tinha sido dado por um dos antigos proprietários a uns amigos do estado de São Paulo. [...] (Testemunha Giomar Jesuino dos Santos, às f. 183).

Também, consoante documentos acostados às f. 114 e 115, têm-se declarações subscritas pela esposa do antigo proprietário da fazenda e por seu filho, onde consta que: (1) doaram de forma definitiva um pequeno pedaço de terra, medindo 77m x 110m, localizado na margem direita do Rio Ivinhema, aos funcionários do Banco do Brasil, os quais venderam ao Coronel Waldécio Carrascoza e outros; (2) os réus tinham plena ciência desta doação e do rancho, bem como de que não estavam incorporados à venda, sendo que aceitaram a compra da fazenda sob tais condições; (3) não outorgaram escritura pública de doação em razão da metragem do terreno que era menor que o mínimo legal para a escrituração, de modo que não podia ser desmembrado da área da fazenda.

Já na declaração de f. 116 tem-se que a pessoa do subscritor Marcos Keutenedjian e outros adquiriram os direitos sobre uma casa localizada na Fazenda Cervo de propriedade de Antonio Pedro Ferreira Junior e que em 18-1-2004 o condômino Waldécio Carrascoza teria transferido os direitos de posse do rancho de pescaria e todos seus pertences ao autor.

Tal documento contendo tal declaração, por sua vez, encontra-se acostado às f. 12 dos autos.

Portanto, não subsiste a versão do réu de que o autor e sua esposa utilizavam o rancho em questão apenas por mera tolerância e que este nunca pertencera a terceiros que senão aos proprietários da fazenda, tendo restado cabalmente demonstrada a posse do imóvel pelo autor, que é "fato".

Por oportuno, cumpre consignar que a disposição contida na alínea "a" da cláusula quarta do Contrato Particular de Compra e Venda (f. 134) em nada obsta a prova da posse pelo autor, mas sim diz respeito ao domínio, matéria a ser discutida e analisada em ação própria.

Assim, denotam-se das provas testemunhal e documental que:

(1) o rancho de pesca em que o autor reside não é de sua propriedade, pois este não possui documento hábil de domínio, contando apenas com a prova de sua posse. Entrementes, conforme asseverado pelos réus em sua contestação, para a "servidão de passagem" (direito real sobre coisa alheia) é requisito que os prédios vizinhos pertençam a donos diversos (Código Civil, art. 1.378). Repise-se, não há nenhum documento nos autos que comprove o domínio do referido imóvel pelo autor ou por terceiro.

(2) o rancho de pesca em que o autor reside está encravado na propriedade dos réus, não havendo outro caminho para o acesso que não seja pelo interior da fazenda destes.

Bem é de ver-se, pois, que, na hipótese *sub examine*, não contando o autor com o domínio da propriedade e estando esta encravada na fazenda dos réus, tem-se instalada a chamada "passagem forçada", instituto pertencente ao "Direito de Vizinhança".

Esclarecendo melhor: verifica-se dos autos que a pretensão do autor não se constitui em "servidão predial", instituto pertencente aos Direitos Reais sobre Coisas Alheias": primeiro, porque não se afeiçoa ao conceito de servidão, conforme adiante se verá; segundo, não há documento algum registrado no Cartório de Registro de Imóveis, à margem da matrícula, para que pudesse ter efeito *erga omnes* e acompanhar a coisa, ainda que houvesse transferência da posse.

Nesse diapasão, impõe-se aclarar a distinção entre esses institutos.

A "passagem forçada" é instituto jurídico ligado ao chamado Direito de Vizinhança, e não, propriamente, à "servidão de passagem", pois a característica precípua desta última é a sujeição de um prédio a outro, para uso e utilidade deste.

Peço vênia, pois, para abeberar-me na sobranceira lição de WASHINGHTON DE BARROS MONTEIRO acerca do conceito de "passagem forçada". Di-lo, o civilista:

Esse direito é assegurado ao proprietário sem acesso para a via pública. Assiste-lhe, em tal situação, direito de obter passagem através de prédio alheio. [...] O direito à passagem forçada tem por fundamento, a um só tempo, a solidariedade que deve presidir às relações de vizinhança e a necessidade econômica de se aproveitar devidamente o prédio encravado. O interesse social exige se estabeleça passagem para que o imóvel não se torne improdutivo. (**Curso de Direito Civil,** 3. v. Saraiva: São Paulo, 1990, p. 143).

Tal direito de vizinhança está estribado no preceptivo legal insculpido no art. 1.285 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual:

O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário.

Vê-se, pois, que a chamada "passagem forçada" (Direito de Vizinhança) é instituto distinto da "servidão de passagem" (Direito Real sobre coisa alheia). A propósito desta última, prescreve o art. 1.378 do mesmo *Códex*:

A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subseqüente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Neste passo, passo a destacar algumas características (verdadeiros princípios fundamentais) da "servidão predial", necessárias a nortear a solução desta demanda:

1ª) como a servidão predial consiste em uma "restrição", ela "não se presume";

2ª) as servidões prediais são estabelecidas voluntariamente, ou seja, por consenso, pois, sendo imposta coativamente pela lei, estar-se-á diante da "passagem forçada".

Merece destaque, ainda, o excelente magistério do mestre em Direito Civil pela PUC-SP, CARLOS ROBERTO GONÇALVES, ao discorrer sobre a diferença entre "passagem forçada" e "servidão predial":

Servidão de passagem ou de trânsito constitui direito real sobre coisa alheia e não se confunde com passagem forçada, ora estudada e pertencente ao direito de vizinhança. Esta decorre da lei, tendo a finalidade de evitar que um prédio fique sem destinação ou utilização econômica. [...] A servidão, no entanto, constitui direito real sobre coisa alheia e geralmente nasce de um contrato, não correspondendo necessariamente a um imperativo determinado pela situação dos imóveis, mas à simples conveniência e comodidade do dono de um prédio não encravado que pretende uma comunicação mais fácil e próxima. (**Direito das Coisas.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 114, v. 3.).

Perceba-se, pois, que a "passagem forçada" tem por finalidade obter acesso de imóvel encravado a via pública. Veja, agora, a finalidade do direito real de "servidão predial", na sobranceira lição da professora MARIA HELENA DINIZ:

"As servidões prediais têm por objetivo precípuo proporcionar uma valorização do prédio dominante, tornando-o mais útil, agradável ou cômodo. [...] **Curso de Direito Civil**, 4. V. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 352].

Por corolário, em se tratando de "passagem forçada", a solução da *vexata quaestio* deve ser buscada à luz dos princípios que informam o "Direito de Vizinhança".

Neste passo, suponhamos que houvesse duas ou mais opções de saída para o imóvel encravado. Como o juiz deveria decidir? A resposta é encontrada no § 1º do art. 1.285 do Código Civil. Eis o preceptivo: "*Sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem.*"

> Sucede que, *in casu*, a única opção de acesso é mesmo pelas terras dos réus, pois, como antes dito, outro acesso não há, sobre as quais ao autor ficará assegurada a passagem forçada, a ser exercida somente através do corredor já existente; o autor ficará obrigado a comunicar, com antecedência mínima de 24 horas, através de expediente escrito a ser entregue na sede do imóvel dos réus, quando for receber visitantes, sob pena de pagamento de multa, por cada ocorrência de violação, no valor correspondente a meio salário mínimo vigente.
>
> *In casu*, infere-se que, nos termos do art. 1.285 do Código Civil, os réus poderão pleitear indenização cabal pelo corredor que será mantido em sua propriedade, porém somente se o corredor for exclusivo para o acesso do autor ao seu imóvel.
>
> No que concerne ao pedido de indenização por danos materiais, verifico que o autor não trouxe aos autos nenhum documento que comprovasse os rendimentos com o eventual aluguel do rancho, assim como as testemunhas inquiridas judicialmente não confirmaram que o empréstimo do local era feito de forma onerosa, nem o valor por ele cobrado.
>
> Assim, por ausência de provas, não há como acolher o referido pedido.

Tem-se, portanto, que o reconhecimento da passagem forçada no caso em apreço é medida que se impõe, em conformidade com o que restou decidido na sentença.

A matéria está disciplinada neste caso, principalmente no § 2º, do artigo 1285 do CCB/2202 *verbis:*

> Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário.
>
> § 1º Sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem.
>
> § 2º Se ocorrer alienação parcial do prédio, de modo que uma das partes perca o acesso a via pública, nascente ou porto, o proprietário da outra deve tolerar a passagem.

No caso dos autos, verifica-se que antes da alienação da atual Fazenda Sertaneja ao réu e sua esposa, o autor já contava com a passagem sobre aquelas terras, pelo corredor já existente desde antes da aquisição do imóvel pelos réus, de modo que estes ficam obrigados a tolerar a passagem.

Contudo, merece reforma a sentença no tocante à condição imposta ao autor, no sentido de que "ficar obrigado a comunicar, com antecedência mínima de 24 horas, através de expediente escrito a ser entregue na sede do imóvel dos réus, quando for receber visitantes, sob pena de pagamento de multa, por cada ocorrência de violação, no valor correspondente a meio salário mínimo vigente" e ainda, no tocante ao direito dos réus de "pleitear indenização cabal pelo corredor que será mantido em sua propriedade."

Isso porque, não há qualquer requerimento das partes em relação à referida comunicação prévia para o recebimento de visitas, tampouco consta qualquer condição no artigo 1285 do CCB a ser imposta ao vizinho que se beneficiar com o reconhecimento da passagem forçada.

Também não há falar em possibilidade de indenização a ser pleiteada pelos réus em razão da passagem forçada em sua propriedade, eis que o direito do autor fora reconhecido em razão do § 2º do artigo 1285 do CCB, que não prevê referida indenização cabal, constante apenas na hipótese do *caput*.

No caso dos autos, o autor perdeu o acesso à via pública, após a alienação parcial da área maior em que se encontra encravada sua área de posse. Ora, para alguém perder o acesso à via pública, pressupõe-se que referido acesso já existia antes da alienação parcial do prédio. Assim, o dono da área com acesso à via pública, fica obrigado a tolerar a passagem, independentemente de indenização.

Ônus de sucumbência

Tenho que assiste razão ao autor, no tocante ao ônus de sucumbência.

Isto porque, embora tenha havido sucumbência recíproca, eis que vencido no tocante ao pedido de indenização por lucros cessantes, vê-se que ainda assim, decaiu de parte mínima do pedido, devendo, portanto, o ônus de sucumbência ser suportado integralmente pelos réus.

Conclusão

Ante o exposto, conheço de ambos os recursos, para negar provimento ao recurso dos réus e dar parcial provimento ao recurso do autor para reformar em parte a sentença, excluir a condenação imposta ao autor de ficar obrigado a comunicar previamente aos réus o recebimento de visitas. Por fim, o ônus de sucumbência deve ser suportado exclusivamente pelos réus.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELOS RÉUS E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELO AUTOR, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Fernando Mauro Moreira Marinho e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 24 de maio de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.003653-8 - Coxim
Primeira Turma Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESULTADO REAGENTE PARA O VÍRUS HIV – EXAME REPETIDO E NOVAMENTE COM RESULTADO REAGENTE PELO MÉTODO ELISA – REALIZAÇÃO DE TERCEIRO EXAME EM OUTRO LABORATÓRIO PELO MÉTODO WESTERN BLOT – RESULTADO NEGATIVO - PRECIPITAÇÃO CAPAZ DE GERAR DANO MORAL – DESMANTELAMENTO DA ESTRUTURA FAMILIAR – DEVER DE INDENIZAR – 30 SALÁRIOS-MÍNIMOS – JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

O diagnóstico errado e precipitado da presença do vírus HIV no organismo da examinada mostra-se capaz de gerar danos, sendo que a ressalva quanto à necessidade de realização de novos exames não afasta a responsabilidade pelo erro do diagnóstico.

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 abril de 2010.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelação cível interposta por Eliane Moraes de Jesus contra sentença que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais proposta em face de Hormonal Laboratório de Análise e Citopatologia.

A apelante alega, em síntese, que:

> [...] As humilhações sofridas pela apelante tiveram seu início no momento que o médico da apelada COMIVA, Dr. Márcio Medeiros César, atendeu e noticiou a mesma, no dia 2.8.2006, prescrevendo em receituários o diagnóstico afirmando ser a apelante portadora do soro positivo para HIV confirmado em 2 exames realizados pela apelada Hormonal e, mais, o atestado médico afastando-a de suas funções no trabalho para tratamento no seu Estado de origem, Mato Grosso do Sul, já que os exames foram realizados no Estado de Goiás. (f. 169)
>
> [...] é evidente a ampliação e utilização da responsabilidade objetiva em vários segmentos profissionais, pela natureza da atividade desenvolvida, para os casos em que a má atuação causa prejuízos a outrem, facultando ao Poder Judiciário à averiguação e correção do erro profissional, dada a forma genérica de sua atuação. (f. 178)

> [...] o dano resta evidente, no sofrimento da apelante, bem como de seu esposo e familiares, pois os receituários prescritos pelo médico da f. 29 e 30 comprovaria a certeza da contaminação da apelante. (f. 178)
>
> [...] Erro, considerando a acepção própria da palavra é a falsa impressão que se tem de alguma coisa, tem-se o falso por verdadeiro, que pode se manifestar através da imprudência, negligência, imperícia, ou ainda, por circunstâncias alheias à vontade e conhecimento do profissional. (f. 172)
>
> [...] é fato que, apesar das inúmeras e crescentes discussões acerca dos problemas relativos a erros de diagnósticos ocorridos nos laboratórios, a grande maioria se acha situada, dentre outros casos, os exames para a apuração de contaminação pelo vírus da AIDS. (f. 173)

Por fim, requer "[...] *o provimento do presente recurso de apelação, reformando a sentença de 1ª Instância, no sentido de julgar procedente a ação indenizatória, tendo em vista a existência de responsabilidade civil das apeladas*". (f. 174)

Devidamente intimado, o apelado apresentou as contrarrazões (f. 185-189).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Eliane Moraes de Jesus contra sentença que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais proposta em face de Hormonal Laboratório de Análise e Citopatologia.

O recurso merece provimento.

Verifica-se dos autos que a requerente ajuizou ação de indenização por danos morais em desfavor de Hormonal Laboratório de Análises e Citopatologia e de Cooperativa Mista Agropecuária do Vale do Araguaia, alegando, em resumo, que, em 20 de julho de 2006, ao fazer um "checape", deslocou-se até a cidade de Mineiros-GO, onde realizou uma consulta na clínica da Cooperativa Mista Agropecuária do Vale do Araguaia (COMIVA), com o médico Márcio Medeiros César, que, como de costume, solicitou exames laboratoriais para diagnosticar possíveis enfermidades na saúde da apelante.

Sustenta a apelante que, para realizar referidos exames, foi contratado o laboratório ora apelado. De posse dos envelopes, no dia 2 de agosto de 2006, a apelante retornou à clínica para averiguação dos resultados dos exames e, para sua surpresa, o médico ao analisá-los, informou que a apelante era soropositiva para o vírus HIV.

Afirma que, no mesmo instante, o médico passou a adverti-la quanto aos procedimentos que deveria tomar a partir daquela data, inclusive recomendando o seu afastamento de suas atividades por um período de 15 dias, pois os dois exames requisitados pela apelante ao laboratório pelo método Elisa confirmavam a enfermidade. Posteriormente, aduz a ora apelante, seu esposo submeteu-se também a dois exames pelo método Elisa e os resultados foram não reagentes para ele.

Inconformada com os supramencionados resultados, a apelante procurou outra clínica, sendo atendida pelo Dr. Álvaro Machado Alves, que requisitou exames complementares, desta vez realizados pelo Laboratório do Hospital das Clínicas Dr. Neves, também de Mineiros-GO, com a

utilização de métodos de diagnóstico Elfa e *Western Blot*, os quais apontaram resultado negativo para o vírus HIV.

Pois bem. Analisado o contexto probatório dos autos, tenho que merece acolhida a pretensão da apelante, pois restou comprovado o alegado erro de diagnóstico do laboratório demandado.

O cerne da questão posta em discussão cinge-se, portanto, em saber se ocorreram ou não danos morais advindos de equívoco em resultado positivo (reagente) obtido por meio de exame Anti-HIV realizado em laboratório clínico.

De início, ressalto que, após análise detida dos autos, não vislumbro o dever de indenizar por parte da segunda apelada, Cooperativa Mista Agropecuária do Vale do Araguaia S.A.

Com efeito, em sua petição inicial, a autora afirma que "os outros exames foram requisitados ao laboratório requerido, inclusive, desta feita, foi também submetido ao exame e esposo da requerente, Sr. Célio Pio de Jesus, cujos resultados finais foram reagente (positivo) para a requerente e não-reagente (negativo) para o seu esposo. Com efeito, houve a confirmação do primeiro resultado para a requerente, isto é, dois exames positivos. Um deles, inclusive, alerta que: 'Resultado repetido e confirmado com três amostras diferentes, colhidas em dias alternados".

Assim, deve de fato permanecer no polo passivo apenas o laboratório Hormonal Laboratório de Análises Clínica e Patologia, ora apelado.

É sabido que o diagnóstico equivocado apontando a presença do vírus HIV no organismo de alguém, por si só, mostra-se capaz de desestruturar a vida de toda uma família, sobretudo a vida conjugal de um casal, quando a fidelidade mútua é colocada à prova.

Note-se que os dois médicos que atenderam a paciente ora apelante relataram momentos de desespero da autora. Veja-se:

> [...] que a autora parecia estar desesperada e ansiosa quando retornou com os exames que deram negativo para AIDS. (f. 133)
>
> [...] o depoente esclarece que a autora, ao procurá-lo em seu consultório, disse que queria fazer uma série de exames de rotina e disse também que queria fazer o exame de AIDS, e embora chorasse muito, não revelou que havia o diagnóstico inicial de AIDS dado pelo laboratório Hormonal. (f. 132)

Não obstante entenda que devem ser respeitados aqueles que advogam que o laboratório é isento de responsabilidade quando adverte em seu resultado a respeito da necessidade de repeti-lo ou de necessidade de utilização de outros métodos, o fato de o laboratório fazer constar referida ressalva nos resultados não é suficiente para afastar a sua responsabilidade e, por conseguinte, no meu entender, não elide o dever de indenizar, pois o diagnóstico precipitado, no caso, causou sem dúvida, danos irreparáveis à vida da recorrente.

Ademais, além de mencionar que se tratava de um teste de triagem, constou na observação do segundo exame que *"resultado repetido e confirmado com três amostras diferentes, colhidas em dias alternados"*

O Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, assim já decidiu:

> Laboratório de análises clínicas. Responsabilidade. Exame relativo à presença de HIV. Precedente.

> 1. Está assentado na jurisprudência da Corte que é responsável o laboratório que fornece laudo positivo de HIV, repetido e confirmado, ainda que com a ressalva de que poderia ser necessário exame complementar. Essa informação é importante e reduz a responsabilização do laboratório, mas não a exclui totalmente, visto que houve defeito no fornecimento do serviço, com exame repetido e confirmado, causa de sofrimento a que a paciente não estava obrigada. Além disso, o laboratório assumiu a obrigação de realizar exame com resultado veraz, o que não aconteceu, pois os realizados depois em outros laboratórios foram todos negativos. (REsp n. 401.592/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 2.9.2002).
>
> 2. Não cabe a revisão do dano moral quando o valor fixado não é absurdo, despropositado, fora dos padrões de razoabilidade [...][1]
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL. Laboratório de análises clínicas. HIV.
>
> Responsabilidade do laboratório que fornece laudo positivo de HIV, repetido e confirmado, ainda que com a ressalva de que poderia ser necessário exame complementar. Essa informação é importante e reduz a responsabilização do laboratório, mas não a exclui totalmente, visto que houve defeito no fornecimento do serviço, com exame repetido e confirmado, causa de sofrimento a que a paciente não estava obrigada. Além disso, o laboratório assumiu a obrigação de realizar exame com resultado veraz, o que não aconteceu, pois os realizados depois em outros laboratórios foram todos negativos.
>
> Recurso conhecido e provido[2].(Grifei)

No caso concreto, o que se verifica é o resultado de um exame que provoca um efeito efetivamente terrível para qualquer pessoa. Por isso, não se pode admitir o questionado proceder do laboratório. Feito o exame, apresentado o resultado com a conclusão errada, segue-se o efeito devastador para a pessoa até que se demonstre o contrário.

Veja-se, a propósito, as palavras do Ministro Pádua Ribeiro quando do julgamento do REsp n. 258.011/SP: "confesso que, dada essa dimensão, dado esse aspecto específico da doença, não é possível que a parte tenha conhecimento de um resultado, quando o próprio laboratório sabe que este pode não ser o verdadeiro."

Outrossim, em julgamento recente do REsp n. 1071969, a Quarta Turma do STJ, em decisão unânime, firmou o entendimento de que o laboratório que emite diagnóstico errado sobre a presença do vírus HIV tem o dever de indenizar.

Destarte, presente o dano moral, fixo a verba indenizatória em R$ 15.300,00 equivalente a 30 salários-mínimos, que devem ser acrescidos de juros de mora a partir da publicação deste acórdão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de Eliane Moraes de Jesus para condenar Hormonal – Laboratório de Análises e Citopatologia a pagar a indenização pelos danos morais suprafixados, invertendo ainda o ônus da sucumbência.

1 REsp n. 258.011/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/Acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 9.11.2004, DJ 5.9.2005, p. 396.

2 REsp n. 401592/DF, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 16.5.2002, DJ de 2.9.2002, p. 197.

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. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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

Campo Grande, 20 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.012943-1 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – REVISTA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL – RECUSA INJUSTIFICADA DO PROPRIETÁRIO – ATUAÇÃO POLICIAL – ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL – DANO MORAL – NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não há ato ilícito a ser indenizado quando a conduta é exercida em exercício regular do direito e em estrito cumprimento do dever legal.

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.

Campo Grande, 4 de maio de 2010.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelação cível interposta por Joaquim Lopes de Macedo contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização que move em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

O apelante alega, em síntese, que:

> [...] A r. sentença merece ser reformada, uma vez que, analisando os fatos e as provas produzidas, de maneira equivocada, negou procedência ao pedido do apelante de ser indenizado pelas agressões e humilhações sofridas em decorrência de conduta adotada por policiais militares, em abordagem a ele feita na entrada de seu pequeno estabelecimento comercial. (f. 162)
>
> [...] Sob o enfoque dos depoimentos das testemunhas de f. 127-130, todas do réu, se tem claro que agiram os policiais, naquela empreitada com brutalidade e excesso na condução da averiguação que diziam fazer e mais ainda, que adotaram comportamento que causou lesão ao apelante. (f. 163)

Assim, os policiais, a justificar a conduta e o modus operandi adotado, afirmam que retiraram as chaves do bolso do autor, sem resistência, não havendo então o que justifique os empurrões e a agressão física perpetradas, nem tampouco as roupas rasgadas. (f. 163)

> [...] Dessa feita, não há como aceitar a r. sentença que sob a análise dos fatos demonstrados, à luz da doutrina entende que não se caracterizou o dano do apelante e muito menos que não é o Estado o responsável por esse dano. (f. 164)

Por fim, requer o provimento do recurso.

O apelado, devidamente intimado, apresentou as contrarrazões (f.182-193).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por Joaquim Lopes de Macedo contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização que move em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Como cediço, após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o referido processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar o primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, encontra-se perfeitamente em harmonia com o art. 93, IX, da Constituição Federal, a utilização dos fundamentos da sentença "como suporte do acórdão que a confirme", nos termos da remansos a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag n. 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006 e publicado no DJ de 29.5.2006, p. 230.

Dito isso, observo que, com relação à matéria trazida no presente recurso, a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, valho-me de trechos da mesma para embasar a presente decisão:

> [...] Dos requisitos para a responsabilidade civil do ente público.
>
> A pretensão do autor de ver-se indenizado pelos danos morais e materiais sofridos funda-se no instituto da responsabilidade civil.
>
> Na responsabilidade civil da Administração Pública é necessário identificar a subsunção do fato ao tipo de responsabilidade ver se estão presentes seus requisitos específicos.
>
> [...]
>
> Segundo a Teoria do Risco Administrativo o Poder Público está obrigado a reparar o dano por ele causado a outrem por meio de uma ação lícita ou ilícita de seus agentes. Há também a necessidade de que o dano causado seja provocado por agentes estatais nessa qualidade, ou seja, na qualidade de agentes públicos atuando em nome da administração pública.
>
> Para que incida a responsabilidade objetiva, nos termos da norma constitucional citada, basta a comprovação da ocorrência do prejuízo e do nexo causal entre a conduta e o dano, para que aquele que sofreu a lesão seja indenizado.

[...]

A alegação do autor funda-se em ato comissivo da Administração Pública, que tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, o que dispensa a parte prejudicada de provar a culpa ou dolo do Poder Público. Para que ocorra dever da reparação, basta provar a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido.

No entanto, o ente público se exonera do dever de indenizar caso comprove que não houve dano, ou mesmo, no caso de danos, a ausência de nexo causal entre ele e a conduta dos servidores agentes, ou caso prove a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, ou fato exclusivo de terceiro.

Da mesma forma, será o quantum indenizatório reduzido se houver comprovação de culpa concorrente da vítima para o evento danoso.

[...]

Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexiste relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de conseqüência, o Poder público não poderá ser responsabilizado.

No caso dos autos, não houve prova de atuação agressiva dos policiais, de molde a provar satisfatoriamente que de fato tenham usado de excesso na abordagem policial.

Com efeito, o autor, ouvido na Corregedoria da Polícia, queixou-se de ter sido agredido com soco, jogado ao solo, insultado, ameaçado, e de ter tido as roupas rasgadas (cf. f. 12-13). E no seu depoimento judicial disse que foi agredido pelos policiais, que o derrubaram e rasgaram a sua roupa para lhe tomarem a chave da loja (cf. f. 108).

Porém, as demais pessoas inquiridas no procedimento administrativo e em juízo não confirmaram esses fatos com essa riqueza de detalhes, nem atestaram que tivesse ocorrido atuação violenta dos policiais conforme alegado pelo autor.

Analisando os autos, vê-se que as duas únicas testemunhas que relatam o fato do autor ter sido abordado, não confirmam o uso da violência da forma como se queixou o autor. O que ficou evidente no contexto das provas é que o autor ofereceu resistência ao trabalho policial, recusando-se no começo a permitir o ingresso dos policiais no recinto. Isso foi declarado por ele no depoimento a Corregedoria onde relatou que os policiais entraram na sua loja sem sua autorização, pegando a sua chave que estava presa ao cinto e assim rasgando a sua calça (cf. f. 43).

Ouvido em juízo, tornou a confirmar em seu depoimento que "não tinha tempo para atender os policiais e "falou para eles voltarem mais tarde", tendo ele se negado a que entrassem, relatando que a chave lhe foi tirada " na marra" (cf. f. 108).

[...]

Ora, do modo como foi tudo relatado, vê-se que sim ocorreu uma resistência do autor em deixar que os policiais adentrassem e vistoriassem a loja, assim como recusou-se e lhes dar logo as chaves do estabelecimento. E assim forçou o autor uma situação de conflito que foi resolvida pelos policiais retirando-lhe as chaves, situação que pode ter explicado ter sido o autor prensado contra o portão, como relatado. A queda no solo já não se liga de forma evidente à ação dos policiais,e pode ter ocorrido como resultado da ação de o autor ter sido segurado para lhe retirarem as chaves.

Por outro lado, ficou evidenciado que os policiais diligenciavam para adentrar no estabelecimento após notícia de crime de receptação de objetos (cf. relatório de f. 46 e BO de f. 49), tendo inclusive a diligência policial resultado em apreensão de objetos (cf. f. 58-59).

Segundo depoimento dos policiais ouvidos como testemunhas, o autor não provou a origem ou propriedade desses objetos, não apresentou qualquer documentação a respeito e também não foi resgatar os objetos apreendidos na repartição policial, mesmo ciente de que poderia fazer isso.

Tratando-se de notícia crime de receptação, a atuação policial de vistoriar o estabelecimento, em horário diurno, pode ser justificada, dependendo do teor da denúncia, elementos, contexto de indícios de ocorrência e/ou flagrância de ocorrência de crime.

Provou-se que a atitude do autor não foi de molde a facilitar o trabalho policial, pois ele mesmo confessou que se recusou a permitir a entrada dos policiais no recinto comercial, recusando-se a lhes fornecer a chave.

Não ficou comprovado nos autos, que o autor sofreu lesão corporal quando abordado pelos policiais. Não há laudo do exame de corpo de delito que mostre qualquer lesão ou ofensa à integridade corporal do autor, provocada pela ação dos policiais.

Não permitem as provas dos autos concluir pelo nexo de causalidade entre a queda do autor no solo com o empurrão doloso dos policiais, que foi alegado.

Ao contrário, tudo indica que foi a resistência do autor em se deixar revistar e em entregar as chaves que pode ter causado o rasgo que alegou em suas vestes.

Não se vê evidente o nexo causal entre sua queda e ação dos policiais, muito menos existe qualquer prova de ameaças, insultos e humilhações alegados pelo autor, que nenhuma testemunha presenciou ou relatou.

Não há prova segura para responsabilizar o Estado por atuação policial.

Esta atuação nem sempre pode ser delicada e respeitosa ao extremo, sobretudo quando as pessoas investigadas resistem ou não colaboram com as diligências policiais.

Caberia ao autor provar cabalmente tudo que alegou, mas não o fez suficientemente.

Os danos morais abrangem a violação de bens juridicamente tutelados, sem repercussão patrimonial, causando tristeza, sofrimento emocional, perturbação psicológica, bem como maculando o seu direito à dignidade constitucionalmente assegurado (art. 5º, inciso X, da Carta Magna).

No caso presente, a situação vivenciada pelo autor pode ter sido constrangedora e capaz de lhe acarretar desgosto, porém em parte era atitude lícita dos policiais no cumprimento de seu dever, e, no que pode ter sido mais vexatório para ao autor (roupa rasgada e queda no solo), não se encontra evidente o nexo de causalidade com a atuação dolosa dos policiais, mas afigura-se resultado da relativa resistência do autor à atuação policial.

Os policiais fizeram uma busca motivada por notícia de crime, sem deterem o autor, o autor não foi detido nem conduzido à Delegacia, permitiram-lhe que acompanhasse a vistoria, não se provaram lesões físicas, enfim, não se provou excesso de atuação policial justificador do dever de indenizar.

> [...]
>
> Os constrangimentos que o autor pode ter passado em parte se deveram à própria conduta do autor.
>
> A culpa exclusiva da vítima evidencia-se quando o evento danoso deriva única e exclusivamente do comportamento culposo ou doloso da própria parte lesada, erradicado, em tal hipótese, o liame de causalidade entre o ato do agente e o prejuízo sofrido.
>
> [...]
>
> Não há prova segura de que o autor foi tratado com excesso, ou foi algemado ou preso ou agredido, muito menos conduzido à Delegacia de Polícia. Não se provaram insultos, agressões, ameaças. Não se provaram agressões, desrespeitos e injúrias verbais contra o autor.
>
> Ante o exposto, julga-se improcedente a presente ação, indeferindo o pedido de condenação por danos morais, e declara-se extinto o feito, nos termos do art. 269, I, do CPC. (f. 148-157) (Grifei)

Como se vê, depreende-se dos autos que o ora apelante ingressou com ação de indenização contra o Estado, alegando ter sido abordado por policiais que cumpriam um mandado de revista em seu estabelecimento comercial, ocasião em que teria sido agredido pelos mesmos.

Ora, no caso, não ficou comprovado o excesso na atuação da força pública ao abordar o ora apelante para que fosse revistado o seu estabelecimento comercial, pois havia uma ocorrência policial (f. 46) que noticiava que objetos que lá se encontravam eram provenientes de roubo, o que caracterizaria eventual crime de receptação.

Com efeito, ao revés do alegado, não houve nenhum constrangimento ao ora recorrente, pois os policiais militares não extrapolaram seus deveres e muito menos comportaram-se de forma contrária à lei, observando-se ademais que a noticiada abordagem policial decorreu de fundada suspeita motivada pela conduta do autor (f. 46) e, ainda, em razão da sua resistência à interpelação policial.

Registre-se que, em tais casos, os policiais têm a obrigação de interpelar o suspeito, o que fazem em nome do Estado, visando prevenir eventual consumação da conduta delituosa, e, havendo resistência, devem empregar os meios necessários para vencê-la, a fim de assegurar a preservação da ordem pública ameaçada, sendo que, no caso, ao que dessume-se dos autos, a atuação da força policial deu-se de forma correta.

Por tais razões, não havendo provas que demonstrem ter os agentes públicos atuado à margem do estrito cumprimento do dever legal, não havendo ainda nos autos comprovação de excesso ou comportamento contrário à lei, não há falar que a ação policial revestiu-se de ilegalidade, pois o apelante deixou de trazer aos autos provas inequívocas que pudessem corroborar as suas alegações.

De fato, sabido e ressabido que não há ato ilícito quando a conduta do agente do Estado é resultado do exercício regular do direito e em estrito cumprimento do dever legal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto, mantendo intacta a sentença hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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, 4 de maio de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.011059-1 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO PESSOAL – INVALIDEZ – LER/DORT – ACIDENTE PESSOAL – SEGURO DEVIDO – INDENIZAÇÃO PREVISTA NO CONTRATO – TABELA DA SUSEP – AFASTADA – CORREÇÃO MONETÁRIA – EVENTO DANOSO – RECURSO DA PARTE RÉ – PARCIALMENTE PROVIDO.

Em relação à qualificação da Lesão por Esforço Repetitivo – LER como doença ou acidente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de ser considerada como acidente pessoal.

A jurisprudência tem entendido, de forma pacífica, que as tabelas emitidas pela Susep podem ser adotadas para estabelecer padrões quanto ao pagamento da indenização e à forma de sua concretização, mas não podem ser utilizadas nos casos em que o contrato define o valor indenizatório.

A Súmula 43 do STJ determina a incidência da correção monetária a partir do evento danoso.

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – ACÃO DE COBRANÇA DE SEGURO PESSOAL – INVALIDEZ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PRINCIPIO DA CAUSALIDADE – DANOS MORAIS – NÃO CONFIGURADOS – RECURSO DA PARTE AUTORA – NÃO PROVIDO.

Pelo princípio da causalidade, são devidos os honorários advocatícios por aquele que deu causa à propositura da demanda ou de incidente processual.

Cediço que, em se tratando de obrigação de indenizar, necessária faz-se a coexistência de três elementos fundamentais, quais sejam, o dano, a conduta praticada pelo agente e o nexo causal.

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 seguradora e negar provimento ao apelo da autora, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de maio de 2010.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelações cíveis interpostas respectivamente pelas partes contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança que Eliane Raulino Chaves de Campos move em face de Bradesco Seguros – Vida e Previdência S.A.

A primeira apelante alega, em síntese, que:

> [...] constata-se nítido que a responsabilidade pelo ingresso da Chubb do Brasil Cia de Seguros na lide se deu por requerimento da estipulante Brasil Telecom, não havendo razão para condenar-se a autora/apelante em honorários advocatícios, vez que não deu causa ao chamamento da seguradora ao feito. (f. 965)
>
> [...] requer-se a V. Excelência, a reforma da sentença para afastar a condenação da autora em honorários, em prol dos patronos da Chubb do Brasil Cia de Seguros. (f. 965)
>
> [...] a recusa de pagamento do seguro de vida, vez que a autora/apelante encaminhou todos os documentos para a seguradora em 4.3.2005, causou lesões de ordem psicológica na autora, especialmente porque dependia desses valores para custear tratamento amenizar as dores insuportáveis da doença que está acometida. (f. 966)

Por fim, requer "[...] *provimento do recurso para reformar a decisão monocrática: a) afastando a condenação da autora em honorários, em prol dos patronos da Chubb do Brasil Cia de Seguros; b) condenando a seguradora apelada em danos morais*". (f. 979)

A segunda apelante, por sua vez, insurge-se contra a sentença alegando, em suma, que:

> [...] o MM. Magistrado entendeu que a autora teria sofrido um acidente de trabalho durante a vigência da apólice de seguro contratada com a recorrente, eis que se constatou ser a recorrida portadora de Lesão por esforço repetitivo -LER-, situação que, para fins de pagamento de indenização, deve ser considerada como acidente pessoal. (f. 985)
>
> [...] a recorrida contratou uma apólice de seguro de vida e acidentes pessoais junto à recorrente, cujo cancelamento se deu em 1.2.2003 (f. 986).
>
> Analisando a documentação acostada aos autos, vê-se que a invalidez noticiada restou constatada e confirmada pelo INSS somente em 6.9.2004 (f. 51), oportunidade em que se teve alguma certeza a respeito da condição da recorrida, sendo certo que antes disso houve unicamente um diagnóstico da doença que acometeu à apelada, razão pela qual a Seguradora apelante não tem qualquer obrigação de pagamento no que atine a incapacidade da apelada, eis que a apólice firmada entre as partes não mais vigia quando do ocorrido. (f. 987)
>
> [...] Vale ressaltar que o CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho – emitido pela empregadora em 15.5.2002, que consignou 26.9.2001 como sendo a data do acidente, também informa que o mesmo teria natureza de doença (f. 49), sendo certo, ainda, que referida data é relativa unicamente a um diagnóstico médico que constatou a enfermidade, e não a invalidez da apelada, assim é que antes da concessão da aposentadoria em 2004 não havia nenhuma certeza acerca da incapacidade da mesma. (f. 987)
>
> [...] da análise da documentação que instruiu a inicial verificou-se que a recorrida é portadora de doença degenerativa ocasionada por esforços repetitivos, motivo pelo qual o ocorrido com a mesma não possui cobertura indenitária, eis que se trata de uma enfermidade, sendo certo que no caso de cobertura para invalidez por doença, a debilidade deveria ser total (f. 229), conforme elucidado na contestação, o que não ocorre no presente caso, conforme corroborado pelo laudo pericial judicial produzido (f. 814). (f. 988)

> [...] Pelo que se infere, caso houvesse sofrido um acidente pessoal, teria a recorrida direito de perceber a título de cobertura a quantia total de R$ 4.556,25 (quatro mil e quinhentos e cinquenta e seis reais e vinte e cinco centavos) e não R$ 55.828,50 (cinquenta e cinco mil e oitocentos e vinte e oito reais e cinquenta centavos, devendo-se repisar que o adimplemento deve levar em conta, além do grau de invalidez acometido no segurado, a tabela emitida pela SUSEP, questão esta que não foi levada em conta pelo Juízo *a quo*. (f. 1003)

Por fim, requer :

> "[...] a reforma da sentença de primeiro grau, julgando improcedente o pedido da autora, ora apelada, no pertinente à recorrente, eis que, quando do sinistro, a apólice não mais vigia, e o evento ocorrido com a mesma (invalidez parcial decorrente de doença) não possui cobertura indenitária [...]. Caso não seja este o entendimento deste Egrégio Tribunal requer seja considerada a Tabela elaborada pela SUSEP e o grau da lesão da recorrida, conforme apurado via perícia médica, bem como que seja reformado o marco inicial da correção monetária, que deverá incidir a partir da propositura da demanda (3.5.2005)". (f. 1007)

Os apelados, devidamente intimados, apresentaram as contrarrazões de (f. 1017-1037 e 1034-1067).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas respectivamente pelas partes contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança que Eliane Raulino Chaves de Campos move em face de Bradesco Seguros – Vida e Previdência S.A.

Por questão de prejudicialidade, analiso, inicialmente, o recurso interposto por Bradesco Seguros – Vida e Previdência S.A.

A seguradora-apelante insurge-se contra a sentença ao argumento que (I) a apólice do seguro pleiteado foi cancelada anteriormente à invalidez da apelada; (I) a doença da apelada não deve ser considerada como acidente pessoal; (III) o *quantum* indenizatório fixado pelo magistrado de origem não considerou a tabela da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados); (IV) o vencimento da apelada é de R$ 1.215,00 e não de R$ 1.397,37 como fixado na sentença; e (V) o termo inicial da correção monetária deve ser contado a partir do ajuizamento da demanda.

Quanto ao cancelamento do seguro de vida contratado pela segunda, ora apelada, verifica-se dos autos que este foi, de fato, cancelado em 1.2.2003. Todavia, o acidente que resultou na sua invalidez deu-se em 26.9.2001 (f. 47-49), ou seja, em data anterior ao cancelamento da apólice securitária.

Ora, destaca-se que o próprio contrato de seguro firmado com a recorrente, dispõe, em sua cláusula 14.7, que a cobertura conta-se da data do acidente e não da data que o órgão oficial reconhece a invalidez e aposenta o segurado. Confira-se:

> 14.7. Disposições gerais
>
> 14.7.1- A invalidez permanente total ou parcial, verificada dentro de um ano a contar da data do acidente, desde que esteja terminado o tratamento ou

> esgotados os recursos terapêuticos para a recuperação, e seja definitivo o caráter de invalidez, dará direito a uma indenização proporcional ao grau de invalidez que o segurado ficou portador de acordo com a tabela para o cálculo do grau de invalidez permanente por acidente. (f. 210)

Assim, ao contrário do afirmado pela recorrente, a apólice securitária tinha plena validade na data do acidente que ocasionou a invalidez da ora apelada.

Em relação à qualificação da Lesão por Esforço Repetitivo – LER como doença ou acidente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de esta ser considerada como acidente pessoal:

> SEGURO DE VIDA EM GRUPO E ACIDENTES PESSOAIS. MICROTRAUMAS. LESÕES POR ESFORÇOS REPETITIVOS E HÉRNIA DISTAL. INCAPACITAÇÃO PARCIAL E PERMANENTE DE 50%.
>
> – Os microtraumas sofridos pelo operário, quando exposto a esforços repetitivos no ambiente de trabalho, incluem-se no conceito de acidente pessoal definido no contrato de seguro. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido.[1]
>
> DIREITO CIVIL. SEGURO. MICROTRAUMAS. TENOSSINOVITE. ACIDENTE PESSOAL. COBERTURA SECURITÁRIA. ORIENTAÇÃO DA TURMA. RECURSO ACOLHIDO.
>
> Nos termos da orientação desta Turma, inclui-se no conceito de acidente de trabalho o microtrauma repetitivo que ocorre no exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão que causa incapacidade laborativa.[2]

Assim, entendo que a patologia que acomete a autora enquadra-se no conceito de acidente pessoal e, portanto, está acobertada pelo plano de seguro em questão.

Outrossim, não há dúvida de que se trata de invalidez permanente, pois a apelada, aposentada por acidente de trabalho, não mais poderá voltar a exercer a atividade profissional que causou-lhe as lesões por esforços repetitivos, como se observa da análise dos autos.

Quanto à alegação de doença preexistente, diante da omissão da seguradora que não solicitou exames prévios à contratação do seguro, entendo que precluiu o seu direito de eximir-se do dever indenizatório. Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PROVIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - SEGURO - ALEGAÇÃO DE DOENÇA PRÉ EXISTENTE - MÁ-FÉ - REEXAME DE PROVA SÚMULA N. 07/STJ - AUSÊNCIA DE EXAME PRÉVIO - DESPROVIMENTO.
>
> [...]
>
> Não pode a seguradora eximir-se do dever de indenizar, alegando omissão de informações por parte da segurada, se dela não exigiu exames clínicos prévios. Precedente do STJ.[3]

Como bem asseverado pela magistrada de origem e conforme documentação acostada aos autos, a doença que acarretou a invalidez da segurada somente se materializou após a contratação do seguro, tendo em

1 REsp n. 324197/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 23.11.2004.

2 REsp n. 456.456/MG, Rel Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 20.2.2003, DJU 17.3.2003, p. 237.

3 AgRg no Ag n. 781884/SP, AgRg no Ag n. 2006/0112395-2, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 20.11.2006, p. 330.

vista que a patologia denominada de LER possui evolução gradativa e, portanto, mesmo que a autora sentisse os efeitos traumáticos da doença, não tinha como avaliar a gravidade ou até mesmo como se daria sua evolução.

Quanto à aplicabilidade da tabela da SUSEP para que o valor da indenização corresponda ao grau de invalidez apurado, reduzindo-se a quantia fixada para R$ 4.556,25, igualmente, a sentença não merece reparo.

Conforme ressaltou o magistrado "[...] não há de ser aplicada a tabela de invalidez da SUSEP, até porque não há prova de que a seguradora tenha entregado tal documento à segurada". (f. 952)

Ademais, a jurisprudência tem entendido, de forma pacífica, que as tabelas elaboradas pela Susep podem ser adotadas para estabelecer padrões quanto ao pagamento da indenização e à forma de sua concretização, mas não podem ser utilizadas nos casos em que o contrato define o valor indenizatório.

No caso, como o valor da indenização está expressamente previsto no contrato (f. 267-268), não cabe à recorrente utilizar-se da referida tabela para eximir-se da obrigação que contratou.

No que se refere ao valor do salário da apelada, ao contrário do alegado pela recorrente, o valor de R$ 1.397,37 considerado pelo magistrado de origem encontra-se correto, como se pode verificar, aliás, às f. 51 dos autos.

Quanto ao termo inicial para a incidência da correção monetária, é cediço que tanto o artigo 186 do Código Civil quanto à Súmula 43 do STJ[4] determinam a incidência de correção monetária a partir do efetivo prejuízo.

É certo que a autora-apelada só passou a incorrer em prejuízo a partir do momento em que sofreu o acidente que lhe causou sequelas de natureza permanente, motivo pelo qual referido valor deve ser corrigido a partir daquele momento. Logo, a correção monetária é devida a partir do evento danoso.

Do recurso interposto por Eliane Raulino Chaves de Campos.

A autora-apelante insurge-se contra a sentença apenas quanto aos honorários a serem suportados por Chubb do Brasil Cia de Seguros, excluída do polo passivo da demanda, bem como quanto à improcedência do pedido de indenização por danos morais.

Da análise dos autos verifica-se que a ora apelante ingressou com a ação em epígrafe contra Bradesco Seguros – Vida e Previdência S.A. e Telems – Brasil Telecom S.A.. Esta, por sua vez, denunciou à lide a empresa Chubb do Brasil Cia de Seguros, denunciação que foi aceita pelo magistrado de origem às f. 454.

Todavia, o magistrado excluiu do polo passivo tanto a Telems quanto a empresa Chubb do Brasil, condenando a apelante ao pagamento em honorários advocatícios neste ponto.

Ora, pelo princípio da causalidade, são devidos os honorários advocatícios às partes excluídas do polo passivo da lide, porquanto a recorrente deu motivo à apresentação da contestação e à denunciação à lide da empresa Chubb do Brasil.

Nesse sentido, a doutrina leciona:

4 "Incide correção monetária sobre a dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo".

> Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isto porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo[5].

Destarte, correta a sentença que condenou a recorrente ao pagamento dos honorários advocatícios à empresa Chubb do Brasil Cia de Seguros.

Por fim, quanto ao pedido de indenização por danos morais, em que pese os argumentos da recorrente, é certo que os autos não dão sustentáculo ao pleito indenizatório. Ora, a análise detida dos autos leva à conclusão de que os fatos narrados pela autora estão desprovidos de lastro probatório, o que fatalmente gera a improcedência do pedido.

Assim, não merece provimento o pleito quanto aos danos morais, pois não se encontra caracterizado nos autos o dever de indenizar. Cediço que, em se tratando de obrigação de indenizar, necessária faz-se a coexistência de três elementos fundamentais, quais sejam, o dano, a conduta praticada pelo agente e o nexo causal.

Sobre danos morais, Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra **Responsabilidade civil.** 7. ed. p. 549, cita o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, afirmando que:

> [...] só se deve reputar como dano moral, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.
>
> No caso vertente, não restou evidenciado o dano propalado, pois a simples recusa da empresa em lhe efetuar o pagamento dos valores requeridos não é motivo suficiente a causar abalo ou desgaste psicológico a ponto de caracterizar o dano moral, como justifica o apelante.

Confira-se, a propósito, o entendimento adotado pelo magistrado de origem ao proferir a sentença combatida:

> [...] No caso dos autos, verifica-se que o embasamento da negativa de indenizar consistiu em cláusula contratual pactuada entre o autor e a seguradora, e que sua abusividade ou adequação ao caso dependia, de fato, da declaração pelo órgão jurisdicional.
>
> Portanto, restando demonstrada a ausência de qualquer irregularidade, má-fé ou excesso por parte da seguradora, já que esta limitou-se a negar o pagamento com base em disposição contratual, não há falar em reparação por danos morais[...]. (f. 955-956)

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Bradesco Seguros- Vida e Previdência S.A. apenas para que a correção monetária incida a partir da data do evento danoso.

Outrossim, nego provimento ao recurso interposto por Eliane Raulino Chaves de Campos.

5 NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado.** p. 314.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA SEGURADORA E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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, 25 de maio de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.005050-1 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE SEGURO INDIVIDUAL – RELAÇÃO DE CONSUMO – INVALIDEZ PERMANENTE – INAPLICABILIDADE DA TABELA SUSEP – CORREÇÃO MONETÁRIA – OBRIGAÇÃO CONTRATUAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Em que pese o teor das normas referentes aos cálculos apresentados pela seguradora, para que o prêmio por invalidez permanente e parcial deve ser calculado proporcionalmente ao grau de invalidez, tem-se que como não consta dos autos que tal limitação tenha sido expressamente contratada entre as partes (art. 46 do CDC), deverá a seguradora pagar o prêmio equivalente a integralidade da importância segurada.

2. No que se refere à correção monetária, em se tratando de obrigação contratual (contrato seguro individual), esta será devida desde a data em que for demonstrada a negativa da seguradora em pagar o respectivo prêmio. Como nos autos inexiste qualquer comprovação de interpelação da apelada antes da propositura da ação, a correção deverá ser aplicada a partir da propositura da ação.

EMENTA - SEGURADORA – PRELIMINARES DE FALTA DE DIALETICIDADE E NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO AFASTADAS – AFERIÇÃO DO GRAU DE INVALIDEZ PARA FINS DE INDENIZAÇÃO – RISCOS PREDETERMINADOS ART. 757 DO CC/2002 – AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DE LIMITAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

1. Embora os fundamentos do apelo em muito se assemelhem àqueles apresentados pela apelante na contestação, evidenciando mera reiteração, isso não resulta, por si só, em ofensa ao princípio da dialeticidade.

2. Verificando-se que a seguradora apelante ingressou com recurso objetivando limitar a indenização ao grau de incapacidade do apelado, e não questionar a perícia realizada nos autos, não merece prosperar a alegação de recurso protelatório.

3. Dada a ausência de expressa contratação quanto à limitação do valor da indenização decorrente de invalidez parcial permanente, mostra-se irrelevante a aferição do grau de invalidez, exigindo-se apenas que seja ela permanente, conforme previsto na apólice assinada pelo segurado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de junho de 2010.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Adeir Pereira Machado interpôs recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos da Ação de Cobrança promovida em face de Cosesp – Companhia de Seguros do Estado de São Paulo. Aduz que sua incapacidade permanente restou demonstrada por meio de perícia judicial, sendo irrelevante seu grau de invalidez; que desconhecia o conteúdo das normas da tabela Susep; que em se tratando de relação de consumo, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Requereu o provimento do recurso para reformar a sentença, e determinar o pagamento da integralidade da apólice, qual seja, R$ 5.000,00 (f. 195-202), corrigida do evento.

Cosesp – Companhia de Seguros do Estado de São Paulo também interpôs recurso de apelação (f. 203-207), alegando que o pagamento da indenização deve ser realizado de acordo com o grau de incapacidade da vítima, conforme disposto no art. 1.460 do CC de 1916; que ainda que se admitisse que o apelado apresenta anquilose total de um dos cotovelos, o pagamento da indenização deveria ser no percentual de 25%. Ao final, requereu o provimento do apelo, julgando-se improcedente o pedido, uma vez que o apelante não apresenta invalidez total e permanente que dê ensejo ao pagamento de indenização nos moldes contratados, ou ainda, que seja reduzido o percentual da condenação atinente a indenização para 25% do valor segurado.

Promovida a intimação das partes para apresentarem contrarrazões, somente Adeir Pereira Machado manifestou-se nos autos, suscitando, preliminarmente, a falta de dialeticidade do recurso oposto pela seguradora, bem como o não conhecimento do recurso, por ser protelatório. No mérito pugnou pelo não provimento do recurso. (F. 215-222.)

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Adeir Pereira Machado e Cosesp – Companhia de Seguros do Estado de São Paulo, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos da ação de cobrança de contrato de seguro.

Do recurso de Adeir Pereira Machado

Insurge-se o apelante ao argumento de que sua incapacidade permanente restou demonstrada por meio de perícia judicial, sendo irrelevante seu grau de invalidez; que desconhecia a existência de qualquer tipo de tabela; que em se tratando de relação de consumo, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Na espécie dos autos, a apólice do seguro contratada pelo apelante prevê expressamente prêmio de R$ 5.000,00, para o caso de invalidez permanente (f. 17). Frise-se que referido documento foi preenchido manualmente, sendo que o valor do prêmio foi pago em uma única parcela, na mesma data em que o apelante assinou a referida apólice, conforme se verifica da autenticação constante ao final (12.6.2003).

Pois bem, muito embora as condições gerais e especiais da referida apólice encontra-se anexada logo a seguir (f. 18 e 19), podendo, inclusive, ser constatada a existência de tabela para o

cálculo de pagamento da invalidez permanente, o fato é que referido documento não traz qualquer rubrica do apelante, capaz de demonstrar que este efetivamente tomou conhecimento das referidas cláusulas no momento da contratação.

Com efeito, o contrato de seguro, como qualquer outra avença, obriga as partes no limite de suas cláusulas (princípio do pacta sunt servanda). No caso em tela, não há como afirmar com exatidão que o apelante tenha sido cientificado de todas as condições do seguro, nem ao menos que teria tomado conhecimento a posteriori, demonstrando de forma inequívoca sua concordância com a fixação de tabela para fins de pagamento. Afora isso, ao ser fixado o valor de R$ 5.000,00, para invalidez permanente, referida apólice não fez constar qualquer ressalva que pudesse identificar a existência de escala para o grau de invalidez.

Em situações como essa, por se tratar de relação de consumo, dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Assim, em que pese o teor das normas referente aos cálculos apresentados pela seguradora, no sentido de que o prêmio por invalidez permanente e parcial deve ser calculado proporcionalmente ao grau de invalidez, tem-se que como não consta dos autos que tal limitação tenha sido expressamente contratada entre as partes, daí que deverá a seguradora pagar o prêmio equivalente a integralidade da importância segurada, constante na apólice de f. 17, para o caso de invalidez permanente, qual seja, R$ 5.000,00.

Fixada essa premissa, de acordo com o laudo pericial de f. 56, o apelante apresenta invalidez parcial permanente do membro superior direito, na proporção de 70%, enquanto que o laudo complementar de f. 144, informa a cegueira do olho direito. Esta Corte já teve a oportunidade de manifestar-se em casos análogos:

> RECURSO DA PRIMEIRA SEGURADORA RÉ – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – INDENIZAÇÃO – SEGURO DE VIDA – INAPLICABILIDADE DA TABELA DA SUSEP – PREVALÊNCIA DO CONTRATADO NA APÓLICE DE SEGURO – DELIMITAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL CLARA E PRECISA – INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE FORMA FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – INVALIDEZ PERMANENTE E TOTAL DO SEGURADO – FIXAÇÃO DA REPARAÇÃO SECURITÁRIA EM GRAU MÁXIMO – RECURSO IMPROVIDO. O montante indenizatório devido em caso de invalidez por acidente deve ser aquele informado na apólice de seguro, não prevalecendo às reduções previstas na Tabela da SUSEP, quando inexistir nos autos prova de que o segurado tinha prévia ciência da vinculação desta tabela ao instrumento contratual celebrado com a seguradora. O contrato de seguro deve ser interpretado de forma favorável ao consumidor quando neste não houver cláusula contratual clara e precisa a respeito da delimitação do valor da indenização, de acordo com percentual previsto na Tabela da SUSEP para o caso de lesão no joelho do segurado. Havendo na perícia médica judicial reconhecimento de que o segurado ficou incapacitado total e permanentemente para o exercício das atividades físicas antes exercidas na qualidade de soldado do exercício, é devida a indenização no grau máximo prevista na apólice de seguro para a hipótese de invalidez. (TJMS, AC n. 2007.011216-2, Terceira Turma Civel, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 2.7.2007).

Quanto à correção monetária, ao contrário do que afirma o apelante, em se tratando de obrigação contratual, esta será devida desde a data em que foi demonstrada a negativa da seguradora em pagar o respectivo prêmio. Como nos autos inexiste qualquer comprovação de interpelação da apelada antes da propositura da ação, a correção deverá ser aplicada a partir da propositura da ação. Os juros de mora serão devidos a partir da citação, em consonância com o STJ.

Assim, em virtude do exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe parcial provimento para reformar a sentença recorrida e fixar o montante da indenização no seu valor máximo, qual seja, R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser corrigido desde a propositura da ação, acrescido de juros de mora de 1% a partir a citação.

Do apelo interposto por Cosesp – Companhia de Seguros do Estado de São Paulo.

Princípio da dialeticidade (sustentado em contrarazões)

Ao apresentar suas contrarrazões ao recurso, o apelado suscitou preliminar de falta de dialeticidade, uma vez que o apelante teria se limitado a repetir as alegações feitas em contestação, sem indicar o *error in procedendo* da decisão.

Não colhem seus argumentos. É que embora os fundamentos do apelo em muito se assemelhem àqueles apresentados pela apelante na contestação, evidenciando mera reiteração, isso não resulta, por si só, em ofensa ao aludido princípio. O recurso dialético é aquele que admite a perfeita compreensão do inconformismo da recorrente, permitindo ao Juízo *ad quem* delimitar o âmbito de devolutividade, com vistas à reforma do julgado. A simples repetição de alegações nas razões de apelação somente caracteriza irregularidade formal ao se afastarem do teor dos fundamentos da sentença, o que não se verifica nestes autos, como se verá adiante.

Por esse motivo é que afasto essa preliminar**.**

Impossibilidade de conhecimento da apelação (sustentado em contrarrazões)

Outra questão suscitada pelo apelado é a de que o recurso seria manifestamente inadmissível por ser protelatório. Para tanto aduziu que tendo restado comprovada a incapacidade do autor através de prova pericial, a apelação não deveria ser conhecida.

Discordo de tal assertiva. Com efeito, ainda que tenha restado demonstrada a incapacidade do apelado por meio de perícia, a seguradora apelante ingressou com recurso objetivando limitar a indenização ao grau de sua incapacidade. Na verdade, não se questiona a perícia realizada, mas sim ao valor da indenização efetivamente devida.

Portanto, sem razão o apelado ao pleitear o não conhecimento do recurso.

Afastadas as prejudiciais recursais, sustenta a segurada apelante que o pagamento da indenização deve ser realizado de acordo com o grau de incapacidade da vítima, conforme disposto no art. 1.460 do CC de 1916; que ainda que se admitisse que o apelado apresenta anquilose total de um dos cotovelos, o pagamento da indenização deveria ser no percentual de 25%, em consonância com a tabela da SUSEP.

Inicialmente há que ser dito que tendo a apólice de f.17 sido firmada em 12.6.2003, na vigência do novo Código Civil, dever-se-á observar as suas disposições. Consequentemente, considerando-se que o art. 1460 do CC/1916, encontra-se disposto no art. 757, confira o seu teor: "Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados."

Pois bem, em consonância com o referido art. 757, a seguradora fica obrigada pelos riscos a que se obrigou.

Ora, conforme já exposto anteriormente, ao ser firmada a apólice de f. 17, mais precisamente a importância segurada a título de invalidez permanente, em momento foi ressalvada a utilização da tabela da SUSEP para fins de cálculo do valor da indenização, quando verificada a invalidez permanente parcial. Com efeito, em se tratando de relação de consumo, nos termos do art. 46 do CDC, o apelado não se obriga pelas cláusulas contratuais que não lhe tenha sido dado prévio conhecimento. Consequentemente, como a apelante não comprovou em momento algum que o apelado teria ciência da tabela a ser utilizada para fins de pagamento do valor referente a invalidez parcial e permanente, não há se falar na sua aplicação.

Daí que, dada a ausência de expressa contratação, entendo ser irrelevante a aferição do grau de invalidez para a determinação do valor da indenização, exigindo-se apenas seja ela permanente, conforme previsto na apólice assinada pelo segurado (f. 17)

Diante do exposto, afastadas as preliminares suscitadas em contrarrazões (falta de dialeticidade e não-conhecimento do recurso) conheço e nego provimento ao apelo interposto por COSESP - Companhia de Seguros do Estado de São Paulo. No mais, conheço e dou parcial provimento ao apelo de Adeir Pereira Machado para reformar a sentença recorrida, e condenar a seguradora apelada ao pagamento da quantia assegurada de R$ 5.000,00, a ser corrigida desde a propositura da ação, acrescida de juros de mora de 1% a partir a citação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DE ADEIR PEREIRA MACHADO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE COSESP, 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, 10 de junho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.007702-6 - Nova Andradina
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA – PRAZO DIMINUIDO PELA LEI NOVA CIVIL – REGRA DE TRANSIÇÃO – ARTIGO 2.028 DO CC/2002 – PRESCRIÇÃO AFASTADA – DEMORA DO AUTOR EM PLEITEAR DIREITO – IRRELEVÂNCIA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Quando decorrido menos da metade do prazo prescricional regulado pelo CC/1916 (ou por lei extravagante) e esse mesmo prazo tiver sido diminuído pela lei nova (CC/2002), aplica-se a regra da lei nova, a partir de sua vigência (12.1.2003), desprezando-se o tempo que já tinha fluído sob a égide da lei revogada.

Não importam as razões que levaram o apelado ao retardamento quanto à exigência do seu direito ao quinhão hereditário, mas sim a sua filiação para com o *de cujus* e a constatação do direito alegado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 29 de abril de 2010.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

José Omar Rodrigues Medeiros apela da sentença que nos autos da ação de petição de herança, julgou totalmente procedentes os pedidos formulados por José Adelson Rodrigues Peichin, reconhecendo o direito deste na herança deixada pelo falecido Antônio Medeiros. Inconformado, argui o apelante prejudicial de mérito atinente a prescrição, pois entende que o prazo prescricional é de 10 anos, como fixado na sentença recorrida, porém, afirma que a sua contagem inicia-se da data do óbito de Antônio Rodrigues Medeiros, ocorrido em 31.8.1993, e não da entrada em vigor do novo Código Civil em 12.1.2003.

No mérito, alega que os atos praticados no inventário foram realizados dentro da legalidade, tendo a partilha sido realizada sem nenhuma insurgência, o que inviabiliza a pretensão do apelado.

Assevera, ainda, que a sentença não levou em consideração a inércia do apelado; que se tivesse comprovado a sua qualidade de filho, poderia ter aberto o inventário e ser o inventariante, contudo, não o fez; que somente após 15 anos do óbito do inventariado promoveu a ação de petição de herança.

Pugna pelo provimento do recurso para reformar a sentença recorrida.

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

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Extrai-se dos autos que o apelado José Adelson Rodrigues Peichim ajuizou Ação de Petição de Herança, alegando ser filho de Antônio Rodrigues Medeiros, que faleceu no dia 31 de agosto de 1993 e deixou como herança um bem imóvel matriculado sob o n. 11.173, do Cartório de Registro de Imóveis de Nova Andradina (MS), do qual foi preterido como herdeiro, pois a inventariante deixou de mencionar a existência dos filhos do primeiro casamento do falecido, daí que ingressou com a referida ação buscando seu direito ao quinhão da herança. Na sentença, o juízo a quo anulou a partilha feita nos autos da ação de inventário n. 350/95 e incluiu também como herdeiro o autor, reservando-lhe seu quinhão nos bens deixados pelo falecido.

Inconformado, o apelante José Omar Rodrigues Medeiros interpôs o presente recurso, arguindo a prescrição do direito do autor, pois, ao contrario do que entendeu a sentença, o início da contagem do prazo prescricional de 10 anos se daria da morte do inventariado, em 31.8.1993.

Tenho que o recurso de apelação não merece provimento.

Inicialmente, há que ser fixado qual a legislação aplicável ao caso em tela, haja vista que cerca de nove anos e quatro meses após a passagem do inventariado, entrou em vigor o novo Código Civil, com vigência a partir de 12 de janeiro de 2003.

Pois bem, conforme se depreende das disposições transitórias contidas no artigo 2.028 do CC/2002, tem-se que:

> Serão 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, de acordo com o dispositivo citado, o prazo prescricional do caso em tela a ser considerado é o de 10 anos, visto que, da morte do inventariado (31.8.1993) até a entrada em vigor do novo Código Civil (12.1.2003) não transcorreu mais da metade do tempo estabelecido pela Lei anterior, que era de 20 anos, conforme artigo 177, do Código Civil de 1916.

Sobre o tema, Vilson Rodrigues Alves traz valiosa lição:

> De regra, o Código Civil, art. 205 e art. 206, §§ 1º a 5º, contém efetivamente regras jurídicas de redução dos prazos prescricionais referidos no Código Civil de 1916, art. 177 e art. 178, §§ 1º a 10. Deveu-se tal redução a serem, os prazos mais largos, incompatíveis com o ritmo de vida de hoje, em que os negócios não podem ficar sujeitos a intermináveis delongas. [...]Se incidente a regra jurídica do art. 2028 do Código Civil, a *contrario sensu*, o prazo trienal será contado a partir de 12 de janeiro de 2003, a meia-noite, data em que se iniciou a incidência da nova regra jurídica sobre o prazo de prescrição. (**Da Prescrição e da Decadência no Código Civil de 2002**, Servanda, 4. Ed., p. 259/260, 2008).

Inclusive, em caso semelhante este Tribunal já decidiu:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA – DECADÊNCIA – AÇÃO DE NULIDADE OU DE PETIÇÃO DE HERANÇA – PRAZO DE 10 ANOS PELO NOVO CÓDIGO – RECURSO PROVIDO. Não ocorre a decadência quando o herdeiro preterido no formal de partilha ingressa com ação pleiteando a nulidade em prazo anterior ao decênio.(AC n. 2005.009183-1, Terceira Turma Cível, julgado em 25.7.2005).

Nesse sentido é o ensinamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> 3. Prazo diminuído pela lei nova**.** Menos da metade**.** Quando tiver decorrido menos da metade do prazo prescricional regulado pelo CC/1916 (ou por lei extravagante) e esse mesmo prazo tiver sido diminuído pela lei nova (CC/2002), aplica-se a regra da lei nova, a partir de sua vigência (12.1.2003), desprezando-se o tempo que já tinha fluído sob a égide da lei revogada. (Código Civil Comentado, RT, 7. ed., p. 1354, 2009).

Destarte, por tais razões, não se verifica a ocorrência de prescrição, conforme sustentado pelo apelante.

Resolvida essa questão prejudicial, no mérito, alega que os atos praticados no inventário foram realizados dentro de toda conformidade legal, tendo a partilha sido realizada sem nenhuma insurgência, o que inviabiliza a pretensão do apelado; que a sentença não levou em consideração a inércia do apelado, que se tivesse comprovado sua qualidade de filho, poderia ter aberto o inventário e ser o inventariante, contudo, não o fez, e só após 15 anos do óbito do inventariado promoveu a ação de petição de herança.

Sem razão o apelante, pois, como bem destacado pelo juiz a quo, não importam as razões que levaram o apelado ao retardamento quanto à exigência do seu direito ao quinhão hereditário, mas sim o que ficou demonstrado nos autos, qual seja, a sua filiação para com o de cujus.

Posto isso, hei por bem conhecer do recurso interposto e negar-lhe provimento, mantendo a sentença recorrida em todos seus termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

PORUNANIMIDADE,REJEITARAMAPRELIMINARE,NOMÉRITO,NEGARAMPROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 29 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.009685-1 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL – PRÉVIA NOTIFICAÇÃO – NECESSIDADE – SENDO EXTRAJUDICIAL DEVE SER REALIZADA PELO CARTÓRIO DE TITULOS E DOCUMENTOS, OBSERVADA A TERRITORIALIDADE – RECOMENDAÇÃO DO CNJ – SENTENÇA DE INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – MANTIDA.

Nos contratos de arrendamento mercantil, para fins de ajuizamento de ação de reintegração na posse, é requisito a constituição em mora do devedor mediante notificação extrajudicial com indicação do valor devido realizada por Cartório de Títulos e Protestos da circunscrição do devedor, documentalmente comprovada.

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, 6 de maio de 2010.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Dibens Leasing S.A. - Arrendamento Mercantil - interpõe recurso de apelação contra sentença de indeferimento da petição inicial proferida nos autos da ação de reintegração de posse proposta em face de José Dias da Rocha. Argumenta, em síntese, que a mora decorrente do inadimplemento do contrato de arrendamento mercantil de veículo é a mora ex re, ou seja, detectada automaticamente a partir do vencimento da obrigação sem adimplemento; que o contrato traz o valor fixo de cada prestação e a data de vencimento, tratando-se de obrigação líquida e certa em seu termo, sendo a notificação extrajudicial mero complemento do que revela a lei; que não é necessário o recebimento pessoal de notificação extrajudicial expedida por carta registrada pelo Cartório de Protestos; que basta a simples entrega da correspondência no endereço indicado no contrato pela ECT, empresa de reconhecida idoneidade. Pugna pelo provimento.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Dibens Leasing S.A. - Arrendamento Mercantil, inconformada com a sentença que indeferiu liminarmente a petição inicial da Ação de Reintegração de Posse que promove em face de José Dias da Rocha, interpõe apelação, aduzindo, em resumo, que foi comprovada a mora do devedor através da notificação extrajudicial,

o que é, inclusive, desnecessário, tendo em vista que o simples vencimento de uma das prestações implica em mora independentemente de qualquer aviso; que a notificação enviada preenche os requisitos legais e que houve perfeita constituição em mora. Por tais motivos pugnou pela anulação da sentença e o prosseguimento do feito.

Ao contrário do que afirma a apelante, é requisito para a propositura da ação de reintegração de posse, a constituição em mora do devedor mediante notificação extrajudicial, com indicação do valor devido realizada por Cartório de Títulos e Protestos da circunscrição do devedor documentalmente comprovada. Confira:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE LEASING. CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO NA POSSE. INTERPELAÇÃO PRÉVIA AO DEVEDOR. NECESSIDADE. CONSTITUIÇÃO EM MORA. AUSÊNCIA. ORIENTAÇÃO DA QUARTA TURMA. DISSÍDIO CARACTERIZADO. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.- Para fins de ajuizamento de ação de reintegração na posse, é necessária a notificação prévia ao devedor, para sua constituição em mora, nos contratos de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que o contrato contenha cláusula expressa que a dispense. (REsp n. 185.984-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 2.9.2002).

Note-se, ainda, que seria dispensável a notificação para constituição em mora se o credor estivesse apenas pedindo o pagamento da obrigação líquida e com termo certo. Todavia, na hipótese, o credor está objetivando o pagamento dessa obrigação, mas também a consideração da rescisão automática do contrato, esta de forma extrajudicial, e consequente restituição judicial da posse do bem objeto do contrato de leasing, ao argumento de prática de esbulho, o que é bem diferente.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, recentemente (25.2.2009) editou súmula nesse sentido: "No contrato de arrendamento mercantil (leasing), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora."

Mesmo tendo sido intimada a comprovar a mora, demonstrando a entrega da notificação ou entrega do título, no prazo de dez dias, a ora apelante limitou-se a afirmar que encaminhou carta registrada através do Cartório de Protestos, contudo sem proceder à juntada de qualquer comprovante. Em situação idêntica este Tribunal já decidiu:

> EMENTA – ARRENDAMENTO MERCANTIL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – EXTINÇÃO DO PROCESSO FUNDADA NA NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR PARA PAGAMENTO DO DÉBITO – NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE A NOTIFICAÇÃO FOI ENCAMINHADA PARA ENDEREÇO INDICADO NO CONTRATO E ALI RECEBIDA – NÃO CARACTERIZAÇÃO DA MORA – NÃO PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Na ação de reintegração de posse do bem objeto do arrendamento mercantil, é válida, para efeito de constituição em mora do devedor e caracterização da posse injusta, a entrega da notificação no endereço do devedor. Não é suficiente a simples evidência da notificação extrajudicial, ainda mais quando desprovida de registro em títulos e documentos ou por aviso de recebimento. Se não existe nos autos a comprovação de que a notificação foi devidamente enviada para o endereço constante no contrato, a mora não se configura e, consequentemente, deve ser liminarmente indeferida a inicial quando o autor, instado, não supre a exigência. Recurso conhecido e improvido. (TJ/MS, AC n. 2010.006102-3, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 16.3.2010.)

Outrossim, analisando a notificação de f. 51 é possível concluir que se trata de documento elaborado por escritório de advocacia, sem sequer constar a indicação dos valores atinentes à obrigação em atraso. A jurisprudência pátria tem sedimentado entendimento no sentido de que

a notificação extrajudicial deve ser feita necessariamente pelo Cartório de Títulos e Documentos, para constituição em mora e com eficácia para preenchimento de requisito para interposição de Ações de Busca e Apreensão, o que, no meu entendimento, se aplica perfeitamente a hipótese dos autos, em especial pelos mesmos princípios à Ação de Reintegração de Posse no Arrendamento Mercantil, daí que inválida a notificação realizada por particular, como o escritório de advocacia, o que ocorre no presente caso.

Ainda nessa seara, vale deixar consignado que o Conselho Nacional de Justiça, no Procedimento de Controle Administrativo n. 642, apresentado pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina para apuração de denúncia da prática de monopólio nas notificações extrajudiciais pelos registradores da grande São Paulo, declarou a ilegalidade de notificações realizadas por via postal para Municípios de outros Estados da Federação, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

> EMENTA - PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. REGISTROS DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. CRIAÇÃO DE CENTRAL DE ATENDIMENTO. SÍTIO ELETRÔNICO. NOTIFICAÇÕES POSTAIS PARA MUNICÍPIOS DE OUTROS ESTADOS. ILEGALIDADE. ART. 130, LEI N. 6.015/73, LRP. – I) A criação de central de atendimento e distribuição igualitária dos títulos e documentos a serem registrados, mantido por associação civil não encontra qualquer óbice legal. Pelo contrário, pressupõe o exercício de competência inerente à autonomia do ente federado para a organização de seu serviço, espaço resguardado do controle do CNJ. II) Conquanto detenha o CNJ a missão estratégica de definir balizas orientadoras do Poder Judiciário e controlar, administrativa e financeiramente, a legalidade dos atos emanados de seus órgãos e agentes rumo à superação de deficiências estruturais, não se pode fazer substituir aos Tribunais (e Corregedorias de Justiça) em suas competências constitucionais, a exemplo da formatação de regras de organização judiciária (art. 96, II, "d", CF/1988). III) O princípio da territorialidade é vetor axiológico subjacente à sistemática adotada pela Lei 6.015/73, a ser observado por todas as serventias, e não apenas pela de registro de imóveis e de pessoas. A mens legis do art. 130 da Lei n. 6.015/73 é clara e visa garantir a segurança e a eficácia dos atos jurídicos aos quais confere publicidade (art. 1º, Lei n. 6.015/73). IV) A não-incidência do princípio da territorialidade constitui exceção e deve vir expressamente mencionada pela legislação. V) Procedimento a que se julga procedente. (CNJ, PCA n. 642, Octagésima Quinta Sessão, Rel. Cons. Mairan Gonçalves Maia Júnior, julgado em 26.5.2009, DJU de 17.6.2009).

No fundamento da decisão ora mencionada o eminente relator Conselheiro Mairan Gonçalves Maia Júnior prestigia o Princípio da Territorialidade, em aplicação ao texto da Lei de Registros Públicos, a qual, segundo suas próprias palavras, visa garantir a segurança e a eficácia dos atos jurídicos aos quais confere publicidade. Evidente, portanto, a intenção de se assegurar que os atos praticados pelos Cartórios Extrajudiciais, mormente as notificações, neste caso, cumprirão a contento sua finalidade, seja de ciência do débito, seja de recebimento imediato.

Deste modo, ineficaz será a notificação do devedor, seja em Ação de Busca e Apreensão ou em Ação de Reintegração de Posse, realizada por Cartório de Títulos e Protestos localizado em município diverso de seu domicílio.

Por outro lado, se o ato de constituição em mora do devedor tem por finalidade exatamente cientificar o devedor do seu atraso, permitindo-lhe a quitação do débito antes de medidas extremas, como a reintegração de posse, não é possível alcançar tais finalidades sem a indicação expressa dos valores a serem pagos. É como se a finalidade do credor fosse a retomada do bem, ao invés do recebimento do valor inadimplido e a continuidade do contrato, o que afronta o princípio da boa-fé objetiva e a finalidade social do contrato.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já manifestou:

> RECURSO ESPECIAL – ARRENDAMENTO MERCANTIL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PURGAÇÃO DA MORA. É admissível a purgação da mora em contratos de arrendamento mercantil, sendo imprescindível a notificação prévia do arrendatário, com a especificação dos valores devidos para se configurar a sua constituição em mora. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 228.625-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 16.12.2003).

Daí que, a meu juízo, o indeferimento da inicial há que ser mantido, pois o devedor não foi regularmente constituído em mora.

Pelo exposto, nego provimento a este recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 6 de maio de 2010.

***

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.002379-3/0001-00
Campo Grande - Segunda Turma Cível
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA – PROGRAMA ESPECIAL DE SANEAMENTO DE ATIVOS – GARANTIA DOS JUROS – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – INOVAÇÃO – REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A instituição financeira pode requerer espécie de garantia diferente da que consta da cédula rural pignoratícia, desde que esta seja usual para o tipo de crédito cedido.

Não se conhece de matéria arguida somente no agravo regimental, incorrendo em inovação.

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, 25 de maio de 2010.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Ademar Fontana Cardoso e Hilário Pedro Coldebella, inconformados com a decisão monocrática proferida no recurso de apelação cível interposto nos autos da ação declaratória de direito com efeito cominatório c/c tutela antecipada, movida em face de Banco do Brasil S.A., interpõe o presente regimental.

Aduzem, em síntese, que: é ilegal a exigência de garantia adicional para a realização do alongamento da dívida, devendo ser aceito, como garantia dos juros, o aval presente na cédula rural pignoratícia; é ilegal a cobrança da comissão de permanência; deve ser revogada a multa aplicada em sede de embargos de declaração.

Postulam a reconsideração da decisão ou sua apreciação pelo colegiado.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

A decisão agravada restou redigida, *in verbis*:

> Passo a decidir com espeque no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, que reza: "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Destarte, passo a apreciar os pontos controvertidos.

Cuida-se de Apelação Cível interposta por Banco do Brasil S/A, contra a decisão proferida pelo Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação declaratória de direito com efeito cominatório c/c tutela antecipada que lhe move Ademar Fontana Cardoso e Hilário Pedro Coldebella.

O magistrado a quo julgou improcedente a presente ação redigindo o seguinte dispositivo, *in verbis*:

Ante ao exposto e por tudo mais que dos autos constam, julgo improcedente o pedido declaratório formulado por Ademar Fontana Cardoso e Hilário Pedro Coldebella, via de consequência, o feito tem seu mérito resolvido nos moldes do art. 269, I do Código de Processo Civil.

Com fulcro no art. 20, § 4º, do mesmo codex, condeno os autores nas custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em R$ 2.000,00 (dois mil reais), tendo como parâmetro o grau de zelo do profissional, a natureza e importância da causa, e o tempo exigido para seu serviço, os quais, no prazo máximo de 15 (quinze) dizer, contados do trânsito em julgado da presente decisão e independentemente de intimação, deverão ser quitados. Não o sendo, incidir-se-á multa de 10% (dez por cento), nos moldes do que determina o artigo 475-J *caput*, do Código de Processo Civil."

Trata a matéria acerca do Programa Especial de Saneamento de Ativos (PESA). Sobre o programa, tem-se que:

A Lei n. 9.138, de 29 de novembro de 1995, que resultou da conversão da Medida Provisória n. 1.199, de 24 de novembro de 1995, criou o Programa de Securitização de dívidas oriundas de operações rurais.

Diante da existência, à época, de inumeráveis produtores rurais em situação de extremo endividamento frente às instituições financeiras, estabeleceu-se uma política econômica de fomento e planejamento para o setor agrícola, propiciando a renegociação das dívidas agrícolas em condições mais favoráveis do que aquelas praticadas pelo mercado financeiro.

O Programa Especial de Saneamento de Ativos, ou simplesmente PESA – denominação adotada pelo próprio Banco Central – constitui a segunda etapa desse Programa de Securitização, tendo sido instituído pela Lei n. 9.866/99, que alterou a redação de diversos dispositivos da Lei n. 9.138/95.[1]

No caso em tela, a discussão cinge-se apenas em saber quais as garantias que podem ser exigidas para a realização de tal alongamento, uma vez que, pela súmula 298 do Supremo Tribunal Federal, é direito do devedor sua inclusão em tal programa, desde que atendidos os requisitos legais.

A exigência de garantia para o valor principal da dívida e para os juros está disciplinada no art. 3º, inciso IV da Resolução 2471/98 do Banco Central do Brasil, *in verbis*:

Art. 3º. A renegociação de que trata esta Resolução será efetivada com observância das seguintes condições especiais:

[...]

IV – garantias:

1 ANDRIGUI, Fátima Nancy. **O Programa Especial de Saneamento de Ativos – PESA e a aplicação da Súmula 298 do STJ**. BDJur, Brasília, DF, 15 maio 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/17063>.

> a) do principal: cessão, sob condição resolutiva, dos títulos emitidos pelo Tesouro Nacional, tipificados no anexo desta Resolução, os quais devem permanecer bloqueados enquanto constituírem garantia da operação e não houver manifestação do Tesouro Nacional acerca do exercício da opção de recompra;
>
> b) dos juros: as usuais do crédito rural, na proporção de 50% (cinquenta por cento) do valor do principal renegociado, admitindo-se obrigações federais registradas em sistemas centralizados de liquidação e custódia. (destacou-se)
>
> Ainda que seja legal a garantia dada pelo apelante no momento da pactuação da cédula rural, a instituição financeira pode requerer outra espécie de garantia, desde que esta seja usual para o tipo de crédito cedido.
>
> Os apelantes alegam que já obtiveram os certificados do Tesouro Nacional (CTNs), exigência indispensável para a realização do alongamento da dívida. Não obstante este fato é lícito à instituição financeira exigir de sua parte garantia adicional para os juros, como se depreende da supramencionada Resolução do Banco Central do Brasil.
>
> Assim entendeu o magistrado a quo, como bem exposto no seguinte trecho:
>
> Pela leitura da norma colacionada, vê-se que existe manifesta previsão na exigência de garantia dos juros na proporção de 50% do valor do principal renegociado. Sendo assim, não há que se falar em abuso da Instituição Financeira neste ponto, que apenas está a exigir, como garantia da dívida a renegociar o previsto na legislação pátria.
>
> Desta feita, tenho que a instituição pode exigir outra forma de garantia dos juros, desde que a garantia seja a usualmente aceita para a pactuação do crédito rural.
>
> Quanto à multa imposta ao apelante quando da apresentação de embargos, tenho que não deve ser revogada. Na hipótese dos autos, não há a omissão apontada pelo autor, mas sim mero inconformismo de sua parte, razão pela qual o recurso não merece prosperar.
>
> Se os fundamentos jurídicos trazidos nos embargos foram apreciados na decisão vergastada, prejudicada restou a análise dos embargos de declaração, uma vez que a matéria já se encontrava totalmente decidida.
>
> Ante o exposto, nego seguimento ao recurso, com fulcro no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil.

A parte recorrente não traz ao presente regimental nenhum fundamento ou fatos que me façam rever o posicionamento antes exarado. A fundamentação e os motivos de fatos e direitos expostos por ocasião do julgamento do recurso somente me conduzem a reafirmar o posicionamento já externado por ocasião da decisão monocrática.

Ademais, quanto à questão da comissão de permanência alegada pelos agravantes, esta não merece sequer ser conhecida, uma vez que inova matéria discutida em sede do recurso originário. Assim entende este Tribunal, *in verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – INOVAÇÃO DA LIDE E FALTA DE INTERESSE RECURSAL – NÃO CONHECIDO.
>
> Não pode o agravante, no regimental, deduzir matéria estranha à que fora tratada no agravo de instrumento e na decisão que lhe negou seguimento, vindo a inovar a lide, o que não é admitido, além de faltar-lhe interesse recursal, pois não sucumbiu a respeito.

II – O recurso regimental não serve para propiciar a inovação de fundamentos das razões recursais, mas visa somente que o Colegiado aprecie os fundamentos utilizados na decisão que negou seguimento ao recurso de agravo. (TJMS, AgRg em Ag n. 2005.018546-8 0001-00, Campo Grande, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 24.1.2006).

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – DECISÃO QUE, DE PLANO, NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FAZENDA PÚBLICA – APLICAÇÃO DA REGRA DO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC – ARBITRAMENTO QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NO § 3º, DO ARTIGO 20, DO CPC – COMPLEXIDADE DA CAUSA – APLICAÇÃO DO INDICE DE REAJUSTE PREVISTO NO ARTIGO 1º-F, DA LEI N.º 9.494/97 – MATÉRIA NÃO TRAZIDA NAS RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO – INOVAÇÃO NA LIDE – RECURSO EM PARTE CONHECIDO, NESTA EXTENSÃO NÃO PROVIDO.

Mantém-se a decisão que, de plano, negou seguimento ao recurso de apelação cível, por ser ele manifestamente improcedente, em razão de adequada fixação dos honorários advocatícios.

Nas ações em que a Fazenda Pública é parte vencida, a regra a ser considerada para a fixação do quantum dos honorários sucumbenciais é a prevista no artigo 20, § 4º do CPC. Desse modo, o magistrado não fica adstrito aos parâmetros máximo e mínimo trazidos no § 3º do referido dispositivo.

Respeitados os critérios estabelecidos nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do artigo 20, do CPC, não há que se falar em redução dos honorários de sucumbência.

Não deve ser conhecida a pretensão não trazida nas razões recursais e que foi agitada somente em sede de agravo regimental, por haver inovação na lide**.**

Recurso em parte conhecido e, nesta extensão, não provido. (AgRg em AC n. 2009.028395-5/0001-00, Iguatemi, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 30.11.2009).

Por todo o exposto, conheço parcialmente do recurso e nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Hildebrando Coelho Neto e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 25 de maio de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.011888-2 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE COBRANÇA POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO A BEM DA DISCIPLINA – PENSÃO À DEPENDENTE DO EX-POLICIAL – INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 1º, 2º E 3º DO ART. 117 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 53/90 RECONHECIDA *INCIDENTER TANTUM* – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não se justifica o privilégio estabelecido pelo legislador estadual a determinado setor do funcionalismo público, em detrimento dos demais servidores públicos que também desempenham funções de alto risco, além do que, tal disposição na legislação estadual encontra-se em dissonância com a legislação federal, que impede a percepção de qualquer benefício ao militar excluído da corporação (artigo 127 da Lei n. 6.880/80).

A Lei Complementar n. 53/90, no seu art. 117, §§ 1º, 2º e 3º padece do vício de inconstitucionalidade, pois equipara o militar excluído da corporação à condição de falecido, outorgando uma vantagem que não está prevista no texto constitucional, pelo contrário, afronta aos princípios da moralidade, isonomia e proporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o 2º vogal, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 18 de maio de 2010.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Vandete Dantas da Rocha dos Santos, inconformada com a sentença proferida nos autos da Ação de Cobrança, que moveu em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, recorre a este Tribunal.

Alega a apelante, em apertada síntese, que a sentença recorrida deve ser reformada, vez que o pedido de pensão foi calcado em norma contida na Lei Complementar Estadual n. 53/90, art. 117 e parágrafos, além de contrariar inúmeras decisões desta Corte.

Assevera que restou demonstrado que o esposo da recorrente possui comprovadamente 10 (dez) anos de serviços, devendo ser garantido à sua família a percepção da pensão, que deve ser assegurada uma remuneração para suportar os prejuízos materiais decorrentes da exclusão do policial.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença recorrida.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Entendo que a sentença não merece reparos.

Considerando as alegações contidas na peça inicial vê-se que o ponto nodal destes autos centra-se na constitucionalidade ou não dos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 117 da Lei Complementar Estadual n. 53/90. É certo que há divergência nesta Corte acerca do tema objurgado, contudo, filio-me à corrente que entende ser inconstitucional a pensão outorgada aos dependentes do policial excluído a bem da disciplina da corporação, eis ferir frontalmente os princípios inerentes à Administração Pública, representando verdadeira discriminação e ilegal oneração dos cofres públicos.

Com efeito, o artigo 117 e parágrafos da Lei Complementar Estadual 53/90, além de não se coadunar com os princípios da moral idade e da isonomia estampados na Lei Maior, viola também outro princípio-chave por ela instituído: o da proporcionalidade.

Afirma com propriedade Paulo Bonavides que :

> Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade. [...] A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos.[1]

Institui, a norma atacada, nítido tratamento diferenciado para os policiais militares, outorgando pensão às suas famílias em caso de exclusão dos quadros da corporação, a bem de seus princípios instituidores - a disciplina e a hierarquia, equiparando-as, desta feita, aos beneficiários da pensão por morte.

Há de se questionar, outrossim, se é justificável a discriminação positiva estabelecida em favor dos servidores públicos militares estaduais. É certo que a Polícia Militar desempenha papel de fundamental importância na manutenção da ordem pública, que envolve, por certo, alto grau de periculosidade, culminando em grande desgaste físico-psíquico daqueles que integram seus quadros; no entanto, não são somente os servidores militares que se submetem a função ensejadora de tal desgaste, existem, também, vários servidores públicos civis que estão sujeitos a alto grau de estresse físico-mental, como, dentre outros, os profissionais da área da saúde e os policiais civis - estes também incumbidos de velar pela segurança pública, nos termos dos artigos 43 a 45 da Constituição Estadual.

1 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 397-396.

Não se justifica, assim, privilégio estabelecido pelo legislador estadual a determinado setor do funcionalismo público, em detrimento dos demais servidores públicos que também desempenham funções de alto risco, além do que, tal disposição na legislação estadual encontra-se em dissonância com a legislação federal, que impede a percepção de qualquer benefício ao militar excluído da corporação (artigo 127 da Lei n. 6.880/80).

Demais disso, verifico o *bis in idem* na percepção do benefício. Ora, se o tempo em que o policial esteve empregado junto à corporação é computado para fins previdenciários, valendo, inclusive, para concessão dos benefícios da aposentadoria e da pensão por morte, não há razão para que o montante relativo às contribuições realizadas seja restituído à sua família, onerando os cofres públicos por duas vezes: a primeira em virtude da pensão prevista no artigo 117 da Lei Complementar Estadual n. 53/90 e a segunda quando o policial excluído viesse a se aposentar ou falecesse.

Nesse sentido:

> APELAÇÃOCÍVEL-AÇÃODEINDENIZAÇÃOC/CCOBRANÇA–PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - AFASTADA - PENSÃO - POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO A BEM DA DISCIPLINA - MORTE FICTA ARTIGO 117, §§ 1º, 2° E 3º, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 53/90 AUSÊNCIA DE PREVISÃODOMESMOBENEFÍCIONOREGIMEGERALDEPREVIDÊNCIASOCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ART 5° DA LEI n. 9.717/98.
>
> O Estado de Mato Grosso do Sul é responsável, ainda que subsidiariam ente, pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do MSPREV, decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários.
>
> A concessão da aposentadoria é ato do Governador do Estado, razão pela qual o Estado tem legitimidade para figurar no pólo passivo desta lide.
>
> O art. 117, § 2°, da Lei Complementar n. 53/90 restou sem eficácia após o advento da Lei n. 9.717/98, que dispôs sobre as normas gerais de previdência social e vedou a concessão de benefícios distintos dos previstos no regime geral de previdência social- Lei n. 8.213/91.
>
> Exclusão da Corporação Militar não se equipara a falecimento do policial militar, este último como única condição para que os seus dependentes recebam pecúlio.
>
> Assim, é ilegal, por não existir correspondente na legislação federal, a norma prevista no art. 117, § 1 ° e 2º, da Lei complementar Estadual n. 53/90.
>
> De igual forma, se ilegalidade não houvesse, a mesma norma padece de inconstitucionalidade, em face do que dispõe o artigo 40, § 7º, da Constituição Federal, bem como por afrontar aos principios da isonomia e da moralidade. (TJMS, AC n. 2009.023515-9, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 29.9.2009).
>
> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CONDENATÓRIA COM EFEITO RETROATIVO, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARCIAL - POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO A BEM DE DISCIPLINA - PENSÃO AOS DEPENDENTES DO POLICIAL EXCLUÍDO -ARTIGO 117, §§ 1° e 2° DA LEI COMPLEMENTAR N 53/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - OFENSA AO ARTIGO 40, § 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, ISONOMIA E SIMETRIA LEGISLATIVA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

> Carecem de legalidade os parágrafos 1 ° e 2° do art. 117 da Lei Complementar n. 53/90, por ofender o § 7° do art. 40 da CF/88 e os Princípios da Moralidade e da Isonomia. A ofensa ao Principio da Simetria Legislativa é considerada por não haver previsão equivalente aos membros das Forças Armadas. (TJMS, AC n. 2009.030074-9, Corumbá, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, julgado em 26.11.2009).
>
> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO - ART 117 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N 53/90 QUE PREVÊ PENSÃO AOS DEPENDENTES DO POLICIAL EXCLUÍDO-ILEGALIDADEDOBENEFÍCIO-OFENSAAOPRINCÍPIODASIMETRIA LEGISLATIVA - BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO.
>
> Padece de ilegalidade o dispositivo do art. 117, §§ 1 ° e 2° da Lei Complementar n. 53/90, visto que assegura um beneficio aos dependentes de policial militar excluído da corporação, sem que houvesse previsão equivalente aos membros das Forças Armadas (Lei n. 6.880/80), resultando ofensa ao princípio da simetria legislativa (art. 24 do Decreto-Lei Federal n. 667/69). Precedentes desta Corte. (AC n.2008.024686-8, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 12.3.2009).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença combatida.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (1º Vogal)

Acompanho a relatora.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (2º Vogal)

Peço vênia à ilustre relatora para dela discordar. Dou provimento ao recurso, no que alinho os seguintes fundamentos:

Trata-se de recurso de apelação interposto por Vandete Dantas da Rocha dos Santos contra sentença (f. 22-37) que, nos autos da ação de cobrança que move em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido de concessão da pensão destinada a dependentes de policial militar excluído da corporação, prevista no artigo 117, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar n. 53/90.

Pois bem, assevera a apelante que, na qualidade de dependente de ex-policial militar com mais de 10 anos de serviço e excluído das fileiras da corporação, faz jus ao recebimento da pensão de 70% sobre os vencimentos de seu cônjuge.

A culta relatora negou provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença recorrida, sob o fundamento de que o dispositivo legal que institui o mencionado benefício padece de inconstitucionalidade.

Conquanto não seja unânime o entendimento manifestado por este Egrégio Tribunal de Justiça acerca da matéria em apreço, parte de seus componentes tem votado no sentido de não ser inconstitucional o artigo 117 da Lei Complementar n. 53/90, que concede tantas cotas de vencimentos aos dependentes de policial militar que foi excluído corporação.

Com efeito, os §§ 1º, 2º e 3º do artigo 117, da Lei Complementar n. 53/90 estabelecem:

> Art. 117 – O falecimento do policial-militar da ativa acarreta interrupção do serviço policial-militar, com o conseqüente desligamento ou exclusão do serviço ativo, a partir da data da ocorrência do óbito.

> § 1º - O policial militar que contar no mínimo, com 10 anos de serviço e for demitido ou excluído da Corporação em conseqüência de sentença transitada em julgado, será reputado na condição prevista no *caput* deste artigo.
>
> § 2º- No caso do parágrafo anterior os dependentes farão jus a tantas cotas de vencimentos quanto forem os anos de serviço trabalhados pelo policial-militar condenado, até o máximo de tempo exigido para a integralização do tempo de serviço, sendo de no mínimo 70% (setenta por cento) dos vencimentos que vinha recebendo.
>
> § 3º - Os vencimentos a que se refere o parágrafo anterior serão reajustados sempre que houver alteração nos vencimentos do pessoal da ativa e nos mesmos índices.

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 encontra-se 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.

In casu, 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, nada mais justo que conceder aos seus dependentes as cotas de vencimentos, proporcionando-lhes os meios de subsistência, a fim de minorar-lhes o constrangimento diante das agruras por que passam os dependentes de um policial excluído da corporação.

A lei prevê o benefício somente aos dependentes do policial excluído após 10 anos de serviço consecutivos e estipula que os valores a serem pagos serão de tantas cotas de vencimentos quantos forem os anos trabalhados, correspondentes a 70% do vencimento que vinha recebendo, o que é diferente da pensão concedida aos dependentes do policial falecido, que tem direito à remuneração e proventos integrais e sem prazo determinado.

Em caso semelhante, já decidiu nosso egrégio Tribunal de Justiça através da Terceira Turma Cível, no julgamento da Apelação Cível n. 1000.038427-2 – Campo Grande, Relator Des. João Carlos Brandes Garcia. Vejamos:

> O juiz *a quo*, ao examinar a alegação de inconstitucionalidade do artigo 117, da citada lei, houve por bem afastar referida argumentação, por entender que a pensão se destina aos dependentes do excluído e não a ele próprio. Portanto, a lei não estaria igualando o policial militar falecido em serviço ao policial criminoso, mas apenas objetivando não permitir que a pena passe da pessoa do condenado, atingindo seus dependentes.
>
> Neste aspecto, escorreito o entendimento do juiz *a quo*, porquanto o artigo 117, realmente não fere os princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, como pretende o Estado de Mato Grosso do Sul, que representa o comandante da PMMS, na qualidade de litisconsorte necessário. Vejamos por quê.
>
> Ao conceder o benefício da pensão policial militar aos dependentes do policial, com no mínimo 10 anos de serviço, excluído por sentença condenatória transitada em julgado, não quis o legislador, por certo, equiparar este ao policial

falecido em serviço, mas tão somente amparar seus dependentes, o que se constitui em norma condizente com o artigo 5º, XLV, da CF, segundo a qual nenhuma pena poderá passar da pessoa do condenado.

Mesmo assim, tal benefício não se estende generalizadamente aos dependentes de todo policial excluído, mas somente nos casos de policial que conta com o mínimo de 10 de serviço.

Parece justo que os dependentes de policial que serviu à Polícia Militar por, no mínimo, 10 anos, tenham direito de receber deste Órgão pensão que garanta o mínimo necessário à sobrevivência dos mesmos, o que nem sempre ocorre já que os valores a serem pagos são referentes a tantas cotas de vencimentos quantos forem os anos de serviço, não podendo, entretanto, ultrapassarem 70% dos vencimentos que o policial vinha recebendo.

Já os dependentes de policial militar falecido em serviço ou em conseqüência de acidente ou doença que tenha nexo causal com a atividade policial militar, tem direito à totalidade da remuneração ou proventos do falecido, além de não ser exigido o mínimo de 10 anos de serviços prestados.

Está claro, então, que de forma alguma a lei equiparou o policial criminoso ao policial falecido, amparando o favoritismo ou a imoralidade, como alega o Estado de Mato Grosso do Sul, em recurso adesivo. Pelo contrário, foi dado tratamento desigual aos desiguais, sendo preservados, assim, os princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da moralidade.

Ademais, os §§ 1º e 2º do artigo 117 da LC n. 53/90 equiparam os dependentes do policial excluído aos do policial falecido, estendendo-lhes o direito à percepção daquelas cotas de vencimentos, tão somente, com o objetivo de não deixar desamparada a família do militar apenado, o que não macula de inconstitucionalidade aquele dispositivo.

Corroborando o acima ventilado, os seguintes arestos, também oriundos desta Corte:

MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO A BEM DA DISCIPLINA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 53/90. INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 1º, 2º E 3º DO ART. 117 AFASTADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. Os dependentes de policial militar excluído ou demitido a bem do serviço público com o mínimo de 10 anos de serviços prestados antes da edição da Lei Complementar n. 123/2007, que revogou o art. 117, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar n. 53/90, têm direito ao benefício da pensão proporcional. Segurança concedida." (TJMS, MS 2007.036921-1, Campo Grande, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, DJ de 6.10.2008, p. 24) (Publicado no DVD Magister n. 23 - Repositório Autorizado do TST n. 31/2007)

MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR COM MAIS DE 10 ANOS DE SERVIÇO, EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO. ART. 117 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 53/90 QUE PREVÊ PENSÃO AOS DEPENDENTES DO POLICIAL EXCLUÍDO. LEGALIDADE DO BENEFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SIMETRIA LEGISLATIVA E DA ISONOMIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. São constitucionais os parágrafos 1º e 2º do artigo 117 da Lei Complementar n. 53/90, que estabelece o direito de receber pensão aos dependentes do policial militar excluído da corporação a bem do serviço público, equiparando-o ao policial falecido. Assim, o policial militar com pelo menos 10 anos de carreira e, necessariamente, de contribuição, antes da interrupção do serviço, assegura aos seus dependentes pensão por morte proporcional aos anos trabalhados, ou seja, de

contribuição, até o limite de 70% da sua remuneração. Segurança concedida. (TJMS, MS n. 2008.015863-5, Campo Grande, Terceira Seção Cível, Rel. Desig. Des. João Maria Lós, DJ de 2.10.2008, p. 65) (Publicado no DVD Magister n. 23 - Repositório Autorizado do TST n. 31/2007)

MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. TRATO SUCESSIVO. IMPOSSIBILIDADE DE AÇÃO DE COBRANÇA. PRELIMINARES REJEITADAS. PENSÃO PECÚLIO. POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO. ARTIGO 117, §§ 1º, 2º, E 3º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 53/1990. INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. Quando se trata de prestação de trato sucessivo, o prazo para impetrar mandado de segurança renova-se a cada mês que as autoridades praticam o ato considerado ilegal e abusivo. O *mandamus* é o meio adequado para pleitear o direito de receber a pensão militar, em conformidade com o disposto no art. 117 da Lei Complementar n. 53/90. A pensão prevista no artigo 117 da Lei Complementar Estadual n. 53/90 visa amparar os dependentes do policial militar excluído, com no mínimo de 10 anos de serviços prestados. O Estado detém competência para legislar sobre a remuneração dos policiais militares, consoante se depreende da leitura do artigo 42, § 1º, da CF. (TJMS, MS n. 2008.012609-2, Campo Grande, Terceira Seção Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, DJ de 7.8.2008, p. 22) (Publicado no DVD Magister n. 23 - Repositório Autorizado do TST n. 31/2007)

APELAÇÃO CÍVEL – PENSÃO – POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO – ARTIGO 117, §§ 1º, 2º E 3º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 53/1990 – ESTATUTO DOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – CONSTITUCIONALIDADE – RECURSO PROVIDO.

A pensão prevista no artigo 117 da Lei Complementar Estadual n. 53, de 30 de agosto de 1990, não ofende a Constituição Federal, pois constitui benefício concedido não ao militar excluído da corporação, mas à sua família, por prazo proporcional ao tanto que ele contribuiu para o sistema previdenciário, tendo por escopo amparar aqueles que do militar dependiam economicamente. (TJMS, AC n. 2005.015547-2, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, julgado em 19.2.2008, DJ de 4.3.2008).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA COMBINADA COM COBRANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - POLICIAL MILITAR - EXERCÍCIO SUPERIOR A 10 ANOS - CONDENAÇÃO À PERDA DO POSTO E PATENTE - EXCLUSÃO - PENSÃO - ART. 117 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 53/90 - INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - ISONOMIA E MORALIDADE - OFENSA AFASTADA - RECURSO PROVIDO.

Os dependentes do policial militar excluído ou demitido de seus quadros, em conseqüência de sentença transitada em julgado, desde que este conte, no mínimo, com 10 anos de serviço, fazem jus à pensão policial militar, prevista na Lei Complementar Estadual n. 53/90, que não ofende a princípios da Constituição Federal. (TJMS, AC n. 2001.005070-9, Rel. Des. Nildo de Carvalho, julgado em 11.3.2002, DJ de 3.4.2002, n. 287).

Destarte, restando afastada a inconstitucionalidade da norma em comento, e possuindo o militar em questão mais de dez anos de serviços prestados à corporação, conforme documento de f. 20, a concessão do benefício aos dependentes é medida que se impõe.

Outrossim, quanto à revogação dos §§ do art. 117 da Lei Complementar n. 53/90 pelos artigos 107 e 115 da Lei Complementar n. 123/2007, cabe apenas frisar que, ainda que se possa cogitar

de incompatibilidade entre as disposições contidas entre as normas em análise, a mais recente somente poderá operar efeitos *ex nunc* (art. 6º, da LICC), e como foi publicada em 21 de dezembro de 2007, não poderá ser aplicada ao caso em apreço, que diz respeito a benefício decorrente de exclusão de policial militar operada em 16 de maio de 2003 (f. 21).

De outra face, tampouco há falar em malferência às normas federais atinentes à matéria, à medida 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.

Dessarte, 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 artigos 71 e 72 da Lei n. 6.880/80.

Ademais, a proibição contida no art. 24 do Decreto-Lei n. 667/69 não alcança o caso em apreço, eis que o comando legal veda a concessão, aos policiais militares, de "condições superiores às que, por lei ou regulamento, forem atribuídas às pessoas das forças armadas" e, *in casu,* não se trata de uma vantagem adicional conferida ao policial militar excluído, mas de uma benesse concedida aos beneficiários do servidor que possua o tempo de contribuição previsto em lei.

Por fim, cumpre ressaltar 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).

Assim, não trata a hipótese de pagamento de vantagem como se morto fosse o segurado, mas de uma extensão de direitos com vistas à proteção da família do ex-policial, garantindo-se a seus dependentes um auxílio (cotas de vencimentos) para suportar os prejuízos materiais decorrentes da expulsão do provedor da subsistência familiar, tomando-se como parâmetro os anos de serviço trabalhados pelo policial militar condenado.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de reconhecer o direito de Vandete Dantas da Rocha dos Santos receber a pensão constante no artigo 117, §§ 1º e 2º da Lei Complementar n. 53/90, por ser dependente de policial militar excluído da corporação, condenando o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de 70% do valor dos vencimentos mensais percebidos em atividade pelo ex-soldado da PM, Altamiro Alves dos Santos, correspondente a tantas cotas de vencimentos quantos foram os anos trabalhados, bem como ao pagamento dos valores já vencidos desde a exclusão do ex-policial militar – 16.5.2003 (f. 21), valores esses que deverão ser devidamente corrigidos pelo INPC, acrescidos de juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação (f. 55).

Diante do resultado do julgamento, condeno o apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R$ 1.000,00, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR MAIORIA, VENCIDO O 2º VOGAL, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 18 de maio de 2010.

***

Mandado de Segurança n. 2009.008035-9 - Capital
Órgão Especial
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO DEMITIDO – REINTEGRAÇÃO – DIREITOS ÀS VANTAGENS COMO SE ESTIVESSE NO PLENO EXERCÍCIO DO CARGO – DECADÊNCIA AFASTADA – EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À RETROAÇÃO DAS PROMOÇÕES OCORRIDAS NO INTERREGNO – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

No presente caso, o ato tido como coator é omissivo e se renova a cada mês, motivo pelo qual não há falar em decadência.

Garantindo a reintegração todos os direitos e vantagens ligadas ao cargo ocupado, como se o servidor estivesse no exercício da função pública no período de afastamento, não há porque negar ao impetrante seu enquadramento no cargo e referência que estaria exercendo se não tivesse sido demitido, assim como a data de sua primeira admissão, tanto para fins de promoção funcional quanto para os demais reflexos relativos ao tempo de serviço.

Segurança parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e em parte com o parecer, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 9 de junho de 2010.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Ademir Galdino Rosa impetra mandado de segurança contra ato praticado pela Secretária de Estado de Administração, pelo Secretário de Estado de Fazenda e pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na exclusão de seu nome do quadro de promoção funcional dos servidores pertencentes ao Grupo Ocupacional Tributação, Arrecadação e Fiscalização – TAF, lotados na Secretaria de Estado de Fazenda-MS, ato instrumentalizado pelo Decreto "P" n. 4.409, publicado no DO n. 7364, de 18.12.2008.

Aduz, em síntese, que é servidor público estadual, lotado no cargo de Agente Tributário Estadual, sendo que em 21.11.1997 foi demitido do cargo que exerce e reintegrado somente em 10.10.2006, após a finalização do Processo de Revisão n. 11/035310/04, que concluiu pela ausência de provas dos ilícitos administrativos que lhe foram atribuídos.

Afirma que a reintegração do servidor lhe concede o direito de receber integralmente os vencimentos e vantagens do período em que esteve afastado, inclusive o tempo de serviço, contudo, foi reintegrado com a mesma classe e referência que possuía quando de sua demissão – classe B, referência 435. Nesse passo, para demonstrar seu prejuízo, utiliza como comparativo a situação do servidor Washington Luiz Mendes Martins, que ingressou no cargo pelo mesmo concurso, tendo a mesma data de admissão (6.11.1985), e estava investido na classe/referência E-447, tendo sido promovido pelo Decreto "P" n. 4.409, publicado em 18.12.2008, estando agora na classe/referência E-448.

Requereu a concessão da medida liminar, para determinar às autoridades impetradas o imediato reajuste da classe referência do impetrante para E-447 e, após os trâmites legais, sua promoção para E-448, assim como proceder a correção nos respectivos holerites, onde consta como data de admissão 1º.1.1995, devendo passar a constar 6.11.1985.

Ao final, pugnou pela concessão em definitivo da segurança, confirmando a liminar concedida e determinar aos impetrados o pagamento de todos os consectários decorrentes da reintegração, ou seja, o pagamento da diferença menor recebida pelo impetrante desde que foi reintegrado até as devidas implantações.

A liminar foi indeferida às f. 87-91.

As informações foram prestadas às f. 104-116, onde foi suscitada preliminar de decadência, por acreditar que o impetrante pretende ver modificado o Decreto "P" 3.465/2006, assim como de falta de prova constituída e necessidade de dilação probatória. No mérito, postulou-se a denegação da ordem ante a inexistência de direito líquido e certo e de abuso de poder ou ilegalidade.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer pugnando pela rejeição das preliminares e, no mérito, pela concessão da segurança no tocante à promoção funcional por tempo de serviço, bem como a retificação da data de admissão do impetrante, e pela denegação da equiparação salarial.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Ademir Galdino Rosa contra ato praticado pela Secretária de Estado de Administração, pelo Secretário de Estado de Fazenda e pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, para o fim de lhe ser assegurada sua promoção funcional, a retificação de sua data de admissão, assim como o pagamento da diferença salarial que lhe é devida desde a sua reintegração no cargo de Agente Tributário Estadual.

Da preliminar de decadência

Tenho que a decadência deve ser afastada.

Sustenta a autoridade impetrada que a pretensão do impetrante consiste em ver modificado o Decreto "P" 3.465/06 que o reintegrou aos quadros do serviço público, além de ver os efeitos patrimoniais produzidos até o presente, o que conduz ao reconhecimento da decadência de seu direito de impetrar o mandado de segurança.

Entretanto, verifica-se que o ponto nodal destes autos está centrado no suposto enquadramento equivocado do impetrante quando de sua reintegração, o que impediu sua progressão funcional, acarretando-lhe prejuízos na percepção da remuneração mensal.

Com efeito, "o ato administrativo ou é único com efeito permanente ou é de trato sucessivo... no primeiro caso (ato administrativo único com efeito permanente), o prazo do mandado de segurança se conta da data do ato impugnado; no segundo (atos administrativos sucessivos e autônomos), cada ato pode ser impugnado autonomamente, correspondendo a cada qual prazo próprio ou independente".[1]

No presente caso, o ato tido como coator é omissivo e se renova a cada mês, motivo pelo qual não há que se falar em decadência. Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECADÊNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. OMISSÃO. TRATO SUCESSIVO. PRECEDENTES. 1. "Em se tratando de ato omissivo da Administração, consistente na ausência de pagamento de verba remuneratória devida a servidores públicos estaduais a título de quintos incorporados pelo exercício de função de confiança, apresenta-se configurada a relação jurídica de trato sucessivo, razão por que não há falar em decadência do direito de impetrar mandado de segurança. Precedentes do STJ." (REsp n. 1.053.381/AM, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 26.6.2008, DJ de 1.9.2008). Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg do REsp n. 1046415/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes julgado em 5.11.2009).
>
> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. EXTENSÃO DE REAJUSTE CONCEDIDO A DETERMINADAS CATEGORIAS. LEI ESTADUAL N. 2.964/04. ATO OMISSIVO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO.DECADÊNCIANÃO-CONFIGURADA.PRECEDENTESDOSTJ.AGRAVO IMPROVIDO. 1. Em se tratando de ato omissivo, consistente no não-pagamento de reajuste, benefício ou vantagem que o servidor entende devido, a relação jurídica é de trato sucessivo, razão por que o prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança renova-se continuamente.
>
> Agravo regimental improvido. (AgRg no MS n. 26555/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 20.10.2009).

Ante o exposto, com o parecer, rejeito a preliminar de decadência.

Da preliminar de falta de prova pré-constituída e necessidade de dilação probatória

Tenho que tal preliminar se confunde com o mérito, tanto que foi tratada como tal na peça de defesa, razão pela qual com este será analisada.

Do mérito

No que tange ao mérito do mandamus, este merece ter sua ordem concedida.

Conforme Maria Sylvia Zanella di Pietro[2]:

> Reintegração é o reingresso do funcionário demitido, quando seja invalidada por sentença judicial a sua demissão, sendo-lhe assegurado ressarcimento das vantagens ligadas ao cargo. [...] Embora a Constituição se refira à reintegração como decorrente de anulação da demissão por sentença judicial, ela pode ocorrer também quando a anulação decorra de ato da própria Administração, pois, como o ato nulo não gera efeitos jurídicos, a anulação retroagirá, garantindo ao funcionário o direito de ser reintegrado no cargo.

1 BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 162. v. 1.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 470.

Assim, garantindo a reintegração todos os direitos e vantagens ligadas ao cargo ocupado, como se o servidor estivesse no exercício da função pública no período de afastamento, não há por que negar ao impetrante seu enquadramento no cargo que estaria exercendo se não tivesse sido demitido, assim como a data de sua primeira admissão, tanto para fins de promoção funcional quanto para os demais reflexos relativos ao tempo de serviço.

Aliás, a Lei n. 1.102/90, em seu art. 47 dispõe que: "Reintegração é a reinvestidura do funcionário estável no cargo anteriormente ocupado, com ressarcimento de todos os direitos e vantagens".

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. FUNCIONARIO PUBLICO ESTADUAL. EXCLUSÃO DE OFICIAL DA POLICIA MILITAR. REINTEGRAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL. VANTAGENS FUNCIONAIS. DIREITO A INDENIZAÇÃO. BEM SUCEDIDO NA PROPOSITURA DE AÇÃO ORDINARIA, QUE DECRETOU A NULIDADE DE SUA EXCLUSÃO E A CONSEQUENTE REINTEGRAÇÃO NO POSTO, ASSEGURAM-SE AO REQUERENTE TODOS OS DIREITOS E VANTAGENS, INCLUSIVE A INDENIZAÇÃO POR BENEFICIO DE QUE NÃO CHEGOU A DESFRUTAR. (REsp n. 12.048/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, julgado em 7. 6.1993, DJ de 28.6.1993, p. 12872).
>
> ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. INOCORRENCIA. REPARAÇÃO INTEGRAL.
>
> - A PRESCRIÇÃO VINTENARIA DO DIREITO DE AÇÃO (ART. 177 DO CC), NÃO PODE SER ACOLHIDA, NA ESPECIE, PELO SIMPLES FATO DE QUE O DIREITO A REPARAÇÃO PRETENDIDA SURGIU COM A SENTENÇA QUE REINTEGROU O FUNCIONARIO, NÃO PODENDO SER CONTADO O PRAZO PRESCRICIONAL DO ATO DE DEMISSÃO.
>
> - AS PROMOÇÕES DEVEM SER RECONHECIDAS, SEM AS LIMITAÇÕES COGITADAS, POIS SÃO CONSEQUENCIA DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO DIREITO, RESULTANTE DA REINTEGRAÇÃO.
>
> - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp n. 85.360/DF, Sexta Turma, Rel. Min. William Patterson, julgado em 19.8.1997, DJ 15.9.1997, p. 44459)
>
> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DEMISSÃO. OCUPANTE DE CARGO EFETIVO E FUNÇÃO COMISSIONADA. ANULAÇÃO. REINTEGRAÇÃO. EFEITOS FINANCEIROS. RESTABELECIMENTO DO STATUS QUO ANTE. RECEBIMENTO DOS VALORES DO CARGO EFETIVO E DA FUNÇÃO COMISSIONADA. POSSIBILIDADE.
>
> 1. A declaração de nulidade de um determinado ato deve operar efeitos *ex tunc*, ou seja, deve restabelecer exatamente o *status quo* ante, de modo a preservar todos os direitos do indivíduo atingido pela ilegalidade.
>
> 2. O servidor público reintegrado ao cargo, em razão da declaração judicial de nulidade do ato de demissão, tem direito ao tempo de serviço, aos vencimentos e às vantagens, que lhes seriam pagas durante o período de afastamento, inclusive aquelas referentes à função comissionada que estava ocupando à época.
>
> 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 499.312/MS, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 3.8.2004, DJ 30.8.2004, p. 319).

De outro vértice, tenho que a pretensão do impetrante, no que atine ao recebimento dos valores pretéritos à impetração, não merece guarida, já que este remédio constitucional não pode ser utilizado como medida substitutiva de ação de cobrança. O Supremo Tribunal Federal já sumulou a questão:

> Súmula 269. O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.
>
> Súmula 271. Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

A pretensão em comento deve ser buscada pelas vias adequadas.

Também é importante salientar que a Constituição Federal, em seu art. 37, XIII, veda a equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para fins de remuneração de servidor público, *verbis*:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. RESOLUÇÃO N. 170/01 DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL. TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. EQUIPARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> 1. A Constituição Federal veda o denominado provimento derivado, consistente na transferência interna ou transposição de cargos, assim como a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. Inteligência do art. 37, II e XIII, da Constituição Federal. Súmula n. 685/STF.
>
> 2. Hipótese em que a recorrente, que ocupa o cargo de Assistente Legislativo (nível médio), pretende a transposição para o cargo de Assessor Legislativo (nível superior), com observância dos efeitos financeiros correspondentes, por aplicação do disposto na Resolução n. 170/2001 da Câmara Legislativa do Distrito Federal.
>
> 3. Recurso ordinário conhecido e improvido. (MS n. 17.015/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 9.3.2006, DJ de 24.4.2006, p. 412).

Assim, diante de todo o exposto, ante a flagrante violação a direito líquido e certo do impetrante, com o parecer, concedo parcialmente a segurança, somente para determinar à autoridade que promova a retificação da data de admissão do servidor, que ocorreu em 06.11.1985, assim como efetive sua promoção/progressão funcional na referência a que teria direito se não tivesse sido demitido, observados os devidos requisitos legais, com efeitos a partir de 10.10.2006, data da reintegração do servidor.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (1º Vogal)

De acordo com a relatora.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (2º Vogal)

Concedo a segurança integralmente, inclusive determino o recebimento integral dos vencimentos e das vantagens durante o período em que ele foi afastado.

O Sr. Des.Claudionor Miguel Abss Duarte (3º Vogal)

Concedo integralmente a segurança, porque é pressuposto da reintegração, que é uma forma derivada de preenchimento de cargo público, em que o servidor volte ao cargo do qual ele foi ilegalmente demitido e receba todos os consectários pecuniários como se nunca tivesse saído.

Acompanho o Des. Rêmolo.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (4º Vogal)

De acordo com a relatora.

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves(5º Vogal)

Pelo que se pode inferir dos autos, o impetrante foi demitido (Decreto "P" publicado no DOE 4660 de 24.11.97) e em vista da procedência do processo de revisão (n. 11/035310/04) foi determinada sua reintegração no cargo de agente tributário estadual - ATE. Reintegração autorizada pelo Decreto "P" n. 3.465/2006 publicado no DOE em 16.10.2006.

Referida reintegração deu-se no cargo de quando da exoneração, sendo que entre o interregno da exoneração e da reintegração já adquiriu os direitos à promoção e, portanto, bate às portas do Judiciário para que seja concedida a promoção para a referência E-447 e após a efetivação do procedimento administrativo para tanto, que seja feita a promoção para a referência E-448.

Passo à preliminar.

Suscita preliminar de decadência sob argumentação de que o Decreto "P" n. 3.465/2006 publicado no DOE em 16.10.2006 é o ato coator e como o mandamus somente foi impetrado em 2009 estaria fulminado pela extinção.

Veja-se acórdão a respeito:

> Em se tratando de ato omissivo da Administração, consistente na ausência de pagamento de verba remuneratória devida a servidores públicos estaduais a título de quintos incorporados pelo exercício de função de confiança, apresenta-se configurada a relação jurídica de trato sucessivo, razão por que não há falar em decadência do direito de impetrar mandado de segurança. Precedentes do STJ (REsp n. 1.053.381/AM, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 26.6.2008, DJ de 1.9.2008). Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg do REsp n. 1046415/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 5.11.2009).
>
> Em se tratando de ato omissivo, consistente no não-pagamento de reajuste, benefício ou vantagem que o servidor entende devido, a relação jurídica é de trato sucessivo, razão por que o prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança renova-se continuamente (AgRg no MS n. 26555/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 20.10.2009).

Portanto, afasto tal preliminar.

Passo ao mérito.

Pois bem, se infere de sua pretensão deste mandado de segurança que busca, em vista da sua reintegração ao serviço público, de que lhe seja concedida as promoções ocorridas no interregno de tempo em que ficou afastado do serviço público, bem como, a condenação ao pagamento dos valores referente a seus vencimentos deste período.

Tenho que ordem deve ser parcialmente concedida para acolher o pedido de promoções, mas, para denegar o pedido de cobrança de valores.

Passo ao pedido das promoções.

Pois bem, a reintegração é instituto previsto na Lei n. 1.102/90 e que em seu art. 47 assim dispõe: "Reintegração é a reinvestidura do funcionário estável no cargo anteriormente ocupado, com ressarcimento de todos os direitos e vantagens".

Para a investidura do caso posto à apreciação houve a declaração de nulidade do ato administrativo que determinou a exoneração do impetrante. Ocorre que com a nulidade do ato, este fenômeno por si só, retroage desde o início (*ex tunc*).

O efeito inerente à nulidade é o *ex tunc*, conforme se infere do escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de direito administrativo**. Ed. Malheiros; p. 412): "Os efeitos da invalidação consistem em fulminar *ab initio*, portanto, retroativamente, o ato viciado e seus efeitos. Vale dizer a anulação opera *ex tunc*, desde então"

Luiz Roberto Barroso (**Interpretação e aplicação da constituição**. Ed. Saraiva; p. 88) é bastante claro em suas assertivas a respeito do tema: Nota típica do sistema de nulidade ao ato normativo é o efeito *ex tunc*, isto é, retroativos à data de início de vigência da lei.

Eis o porquê da redação da Lei n. 1.102/90 onde em seu art. 47 determina o ressarcimento de todos os direitos e vantagens do servidor reintegrado, porque os efeitos ex tunc significam, na prática, "como se ele nunca tivesse deixado o serviço público". Se nunca deixou o serviço público adquire os direitos deste interregno de tempo de "atuação fictícia".

Portanto, tem direito às promoções ocorridas neste tempo.

Em relação ao pedido de cobrança deixo de analisá-lo pela impossibilidade jurídica do pedido, ou seja, é vedado na ação de mandado de segurança fazer pedido de condenação de pagar quantia. Esta não é a via adequada para tanto.

Vejam-se duas súmulas do STF a respeito:

> Súmula 269. O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.
>
> Súmula 271. Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

Portanto, extingo tal pedido sem resolução de mérito para que faça o pedido condenatório de pagar quantia pela ação ordinária perante a Vara de Fazenda Pública.

Posto isso, concedo a ordem somente em relação ao pedido de promoções.

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (6º Vogal)

O Des. Rêmolo e o Des. Claudionor esclareceram bem essa situação, o Estado errou, evidentemente ele tem de arcar com esse ônus.

De acordo com o Des. Rêmolo.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (7º Vogal)

De acordo com a relatora.

O Sr. Des. João Maria Lós (8º Vogal)

De acordo com Des.Rêmolo.

O Sr. Des. Paschoal Carmelo Leandro (9º Vogal)

De acordo com a divergência, concedo a ordem.

A Srª. Desª. Marilza Lúcia Fortes (10ª Vogal)

De acordo com a relatora.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (11º Vogal)

De acordo com a relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E EM PARTE COM O PARECER, CONCEDERAM PARCIALMENTE A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

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, Rêmolo Letteriello, Claudionor Miguel Abss Duarte, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves, Atapoã da Costa Feliz, Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Paschoal Carmello Leandro, Marilza Lúcia Fortes e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 9 de junho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2007.024383-8 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – RESPONSABILIDADE CIVIL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – AFASTADA – PRESCRIÇÃO CRIMINAL – PRESCRIÇÃO CÍVEL – INDEPENDENTES – RESPONSABILIDADE CRIMINAL – QUESTÕES DECIDIDAS NO CRIME – IMPOSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO – DANO MORAL – DANO ESTÉTICO – INDIVIDUALIZÁVEIS – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Não há vício de nulidade na sentença que fundamenta devidamente a condenação em danos morais.

Não é causa de impedimento da pretensão cível a decisão penal que julgar extinta a pretensão executória em razão de prescrição intercorrente.

Não se pode questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.

Admite-se a cumulação do dano moral com o dano estético, ainda que derivados do mesmo fato, quando passíveis de apuração em separado, com fundamentos distintos.

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, dar parcial provimento ao recurso de Rodrigo e negar provimento ao de Camillo.

Campo Grande, 29 de abril de 2010.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

A) Apelação de Rodrigo Zacharias Rodrigues:

Rodrigo Zacharias Rodrigues apelou da sentença proferida pelo juízo singular, em especial, diante da exclusão da responsabilidade do réu Marcos César Amorim Leite pelo evento danoso, afirmando, para tanto, que este teve papel decisivo no evento danoso, conforme restou apurado no processo criminal.

Lembrou que, diante da sentença penal, não há que se falar em ferimento ao contraditório no feito cível, pois o próprio Código Civil afirma a impossibilidade de discutir a materialidade e a autoria quando as questões se acharem decididas no crime.

Ressaltou a necessidade de correção da indenização por danos materiais, já que comprovou o valor de R$ 1.025, 87 (um mil e vinte e cinco reais e oitenta e sete centavos), sendo insuficiente o valor fixado na sentença, R$ 169,66 (cento e sessenta e nove reais e sessenta e seis centavos).

Afirmou ter direito à importância de R$ 2.601,55 (dois mil, seiscentos e um reais e cinquenta e cinco centavos) pelos lucros cessantes, já que, por permanecer mais de quarenta e cinco dias afastado, foi dispensado do estágio remunerado, no qual percebia R$ 371,65 (trezentos e setenta e um reais e sessenta e cinco centavos) mensais, e restavam sete meses de curso quando foi obrigado a trancar a matrícula.

Destacou que o dano moral não se confunde com o dano estético, sendo que ambos são devidos separadamente.

Aduziu a necessidade de majoração dos honorários advocatícios para o percentual de vinte por cento do valor da condenação.

Finalizou, requerendo o conhecimento e provimento do recurso para o fim de condenar Marcos César Amorim Leite ao ressarcimento dos danos decorrentes do ato ilícito; especificar os valores das condenações pelos danos materiais, estéticos e morais sofridos, bem como sejam majorados os honorários advocatícios.

Contrarrazões de Camillo Ramirez Abati às f. 564-569.

Contrarrazões de Marcos César Amorim Leite às f. 573-584.

Contrarrazões de Virtuosa Amorim Leite às f. 599-609.

B) Apelação de Camillo Ramirez Abati:

Camillo Ramirez Abati interpôs recurso de apelação frente à sentença proferida em primeiro grau de jurisdição que o condenou ao pagamento de dano material e moral em decorrência dos danos aos que deu causa.

Arguiu preliminar de nulidade da sentença porque prescinde de motivação para o valor fixado pelo dano moral ou estético.

No mérito, aduz que o quantum arbitrado é excessivo pois não há prova nos autos de que as lesões sofridas foram graves ou que as cicatrizes tenham causado os alegados constrangimentos; bem como não se comprova que as lesões persistem atualmente.

Prequestionou o artigo 5º, incisos LIV e LV, e o artigo 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal.

Requereu, ao final, o conhecimento e provimento do recurso para julgar parcialmente nula a sentença, e, no mérito, para reduzir o valor da indenização fixado pelos danos morais/estéticos.

Requereu, ainda, a condenação do apelado ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência a serem arbitrados em favor da defensoria pública.

Contrarrazões de Rodrigo Zacharias Rodrigues às f. 592-596.

Contrarrazões de Virtuosa Amorim Leite às f. 599-606.

Contrarrazões de Marcos César Amorim Leite às f. 573-584.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Camillo Ramirez Abati arguiu preliminar de nulidade da sentença porque prescinde de motivação para o valor fixado a título de dano moral ou estético.

Não há vício de nulidade na questionada sentença, pois devidamente fundamentada a condenação em danos morais, nos seguintes termos:

> Por outro lado, no que tange ao dano moral, a jurisprudência tem conhecido o conteúdo moral do dano estético, encontrando, no entanto, grande dificuldade prática na fixação do provimento indenizatório. O que não se deve admitir, porém, é a cumulação do dano estético com o moral, para evitar a caracterização de autêntico bis in idem. Mesmo que o dano estético não tenha afetado, sobremaneira, a capacidade laborativa, ainda sim subsiste o dever de indenizar. Assinala Carlos Roberto Gonçalves, que tal como já vem acontecendo com a jurisprudência do trabalho, deve ser indenizado o dano estético, mesmo que não haja redução da capacidade laborativa. No caso em análise, por certo, a agressão causou ofensa à integridade moral do autor, pois de acordo com laudo pericial (f. 410-412), as lesões foram consideradas graves, e mesmo com qualquer tratamento médico e fisioterápico não haverá a eliminação total das cicatrizes deixadas no rosto do autor. Mesmo que a perícia tenha concluído que a lesão ocasionou apenas impossibilidade temporária para as ocupações habituais, inegável que o autor sofreu dano estético, consistente em cicatrizes visíveis em seu rosto. De registrar-se, na seqüência, que o nexo causal ficou bem caracterizado, haja vista que foi o réu Camilo Ramirez realmente quem praticou a lesão no autor. E isso se comprova com as provas produzidas nos autos, inclusive, com as declarações dos outros réus. Ademais disso, outro fator imprescindível, é o fato da agressão ter sido praticada sem qualquer motivo relevante que ao menos justificasse a conduta do réu ofensor ou mitigasse a responsabilidade. A agressão praticada pelo réu e as cicatrizes deixadas no rosto do autor comprovam o dano suportado pela vítima, a conduta culposa do ofensor e o nexo causal entre eles. Desse modo, por estar demonstrada a culpa do réu Camilo Ramirez consistente em sua conduta, como o dano suportado, tem-se que o autor deva ser indenizado. Não restam dúvidas que as cicatrizes no rosto do autor em decorrência da agressão sofrida gera o direito à indenização por dano moral ou estético. Presente o dever de indenizar, ante a configuração de sua culpa, se deve averiguar o dano. No concernente à quantificação dos danos morais para fins indenizatórios, é uma das tarefas mais difíceis impostas ao magistrado. Cumpre atentar, em cada caso, para as condições da vítima e do ofensor, o grau de dolo ou culpa presente na espécie, bem como para a extensão dos prejuízos morais sofridos pela vítima, tendo em conta a dupla finalidade da condenação, qual seja, a de punir o causador do dano, de forma a desestimulá-lo à prática futura de atos semelhantes, e a de compensar o ofendido pelo constrangimento e a dor que indevidamente lhe foram impostos, evitando, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado ou que seja inexpressivo a ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa. Denota-se que o quanto fixado a título de dano moral vem sendo feito baseado na construção pretoriana, caso a caso, na medida da repercussão do prejuízo e do grau de dificuldade em repará-lo, diante das características da reivindicação, com atenção ao grau de culpa do agente. Dessa forma, na hipótese dos autos, arbitro o dano moral ou estético em R$ 30.000,00 (trinta mil reais) suficiente para atender aos parâmetros fixados.

Pelo que se observa do texto transcrito, não há o que reparar na fundamentação do valor arbitrado pelos danos morais, não havendo afronta ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, prequestionado, ou ao artigo 458, inciso II, do Código de Processo Civil, razão pela qual afasto a preliminar de nulidade da sentença.

Pelas mesmas razões acima expostas, não há violação ao artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, já que há fundamentação pertinente, o que observa os princípios do devido processo lega, do contraditório e da ampla defesa.

Passa-se à análise da preliminar de prescrição da pretensão cível.

Os fatos se deram no dia 20 de dezembro de 1998, portanto, em plena vigência do Código Civil de 1916, o qual dispõe, expressamente, em seu artigo 1525, que a responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.

Há que se ressaltar que a prescrição da pretensão executória da sentença penal em razão da pena *in concreto* não implica na impossibilidade de exigir a reparação civil pelo dano, a qual se regula pelas regras de prescrição civil, posto que independe o dever de indenizar da possibilidade de se executar a pena do condenado.

Assim, à época, o prazo prescricional para a ação civil *ex delicto* era de 20 anos (art. 177, CC/1916), de sorte que não se encontrava prescrita a pretensão de Rodrigo Zacharias Rodrigues no momento da propositura da ação indenizatória, em 18 de outubro de 2001, já que os fatos se deram em 19 de dezembro de 1998, ou seja, menos de três anos antes; ademais, conforme preceitua o Código de Processo Penal, em seus artigos 63 e seguintes, a ação para ressarcimento dos danos pode ser proposta após o trânsito em julgado da ação penal e não é causa de impedimento da pretensão cível a decisão que julgar extinta a punibilidade (art. 67, II, CPP). Conforme se observam, sequer a extinção da punibilidade impede a pretensão de reparação civil e, no caso em tela, os autores do ilícito foram condenados, apenas não se pode executar a pena que lhes foi imposta.

Rodrigo Zacharias Rodrigues insurge-se quanto à ausência de responsabilização do réu Marcos César Amorim Leite pelo evento danoso e consequente exclusão do dever de indenizar o dano emergente, os lucros cessantes e o dano moral e estético que sofreu.

Observa-se que, antes mesmo da prolação da sentença, Marcos César Amorim Leite e Camillo Ramirez Abati foram julgados criminalmente pelos mesmos fatos que ensejaram a presente demanda, no processo crime 001.00.003395-2, os quais ocasionaram os danos materiais e morais suportados pelo ora apelante, e lá foram, ambos, condenados, nos seguintes termos:

> Ante ao exposto, julgo EM PARTE PROCEDENTE a denuncia para o fim de CONDENAR os acusados CAMILO RAMIRES ABATI e MARCO CESAR AMORIM LEITE, ambos qualificados nos autos, nas penas do art. 129, § 1º, inciso I, do Código Penal. PASSO A DOSAR-LHE A PENA. Réu: Camilo Ramires Abati. A culpabilidade do réu foi intensa, estava plenamente consciente de sua conduta criminosa. Embora primário e não possui antecedente, há informações de que o réu não era possuidor de bom comportamento social, envolvia-se em brigas. Demonstrou ser possuidor de personalidade voltada para prática de brigas. Os motivos do crime foram esclarecidos. As conseqüências foram graves. O comportamento da vítima não colaborou para a prática do delito e não influenciará na dosagem da pena. Tudo isso relevado fixo a pena base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. Não há atenuantes a considerar. Há que relevar que o réu agiu de modo a impossibilitar a defesa da vítima, assim, aumento a pena para 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão. Pena que a tenho como definitiva por ausência de causas de diminuição e aumento. O réu cumprirá a pena em regime aberto. O réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, vez que agiu com violência à pessoa. Todavia, preenche os requisitos do art. 77 do CPB, devendo a execução da pena ser suspensa pelo período de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, mediante cumprimento de

> condições que serão estabelecidas pelo juízo da execução penal. Réu: Marco César Amorim Leite. A culpabilidade do réu foi intensa, estava plenamente consciente de sua conduta criminosa. O réu é primário e não apresenta maus antecedentes. Sua conduta social é razoável, havendo nos autos informações acerca da existência ocupação lícita. Os motivos do crime foram esclarecidos, isto é, agiu por ciúmes. As conseqüências foram graves. O comportamento da vítima não colaborou para a prática do delito e não influenciará na dosagem da pena. Tudo isso relevado fixo a pena base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. Pena que reduzo para 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão por força da menoridade. Não se aplica a agravante genérica por motivo fútil, pois, ciúme não se coaduna com àquele, nesse sentido RT 566/309. Pena que fica assim em definitiva por ausência de causas de diminuição e aumento. O réu cumprirá a pena em regime aberto. O réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, vez que agiu com violência à pessoa. Todavia, preenche os requisitos do art. 77 do CPB, devendo a execução da pena ser suspensa pelo período de 2 (dois) anos, mediante cumprimento de condições que serão estabelecidas pelo juízo da execução penal.

Cumpre ressaltar que Marcos César Amorim Leite e Camillo Ramirez Abati apelaram da sentença penal condenatória, entretanto, o acórdão, que transitou em julgado em 5 de agosto de 2005, f. 419, confirmou a sentença, e restou ementado que é inviável a absolvição quando o caderno probatório indica a participação do co-réu Marco Cesar Amorim Leite cuja ação foi a de instigar a agressão de desafeto mitigado pelo ciúme da ex-namorada. Portanto, indiscutível sua autoria no ilícito.

Assim, é certa a responsabilidade civil do réu Marcos César Amorim Leite, posto que decidido no processo criminal ser co-autor do crime que causou os danos cuja reparação se pleiteia por agora.

Ademais, contava com vinte anos à época dos fatos (f. 196), de sorte que o Código Civil então vigente dispunha no artigo 159 que o menor, entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado.

Ressalta-se que o parágrafo único do artigo 1521, I, do Código Civil de 1916 dispõe que são solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas designadas no artigo 1.521, do Código Civil.

Portanto, resta evidente a responsabilidade de Marcos César Amorim Leite em responder, solidariamente, pela reparação civil pelos danos causados ao apelante.

O mesmo não se verifica em relação à sua genitora, Virtuosa de Amorim Leite, uma vez que apenas seria responsabilizada se o filho menor estivesse, além de sob sua guarda e em sua companhia, o que não se verificou no caso em tela.

Os danos materiais devem ser indenizados conforme comprovado nos autos. Assim, restou demonstrado que Rodrigo Zacharias Rodrigues teve as seguintes despesas: R$ 58,14 (cinquenta e oito reais e quatorze centavos) de despesas hospitalares (f. 30), R$ 109,66 (cento e nove reais e sessenta e seis centavos) de medicamentos (f. 114), R$ 60,00 (sessenta reais) também de medicamentos, mais R$ 788,52 (setecentos e oitenta e oito reais e cinquenta e dois centavos) de despesas hospitalares. Os gastos indenizáveis somam, portanto, o valor de R$ 1.016,32 (um mil e dezesseis reais e trinta e dois centavos).

A alegada despesa com fotografias, entretanto, não deverá ser indenizada, posto que não juntou comprovante de pagamento, mas tão-somente cópia de um envelope, com uma indicação, escrita à mão, de determinado valor, sequer sendo possível afirmar que corresponde ao exato pagamento das revelações que instruíram os autos, ou ainda da quantidade de cópias a que corresponde aquele valor; ao contrário das despesas hospitalares e com medicamentos, onde há recibos, indicação médica para o caso específico, e detalhadas em papéis timbrados de acesso mais controlado.

Quanto aos lucros cessantes, Rodrigo Zacharias Rodrigues alega ter perdido uma bolsa-estágio mensal no valor de R$ 371,65 (trezentos e setenta e um reais e sessenta e cinco centavos), posto que os acontecimentos o obrigaram a parar o curso no terceiro semestre; pleiteando o referido valor durante os sete semestres que restariam para concluir o curso.

Ocorre que o comprovante juntado à f. 110 informa o valor da mensalidade do curso que o apelante frequentava, entretanto, em momento algum restou demonstrado o valor percebido pelo estágio que frequentava. Sequer se demonstrou que ficou sem o estágio, em definitivo, por razão dos ferimentos, pois o que se observa às f. 43 é o deferimento da dispensa de seus serviços pelo prazo de quarenta e cinco dias por atendimento à recomendação médica (f. 42).

Observa-se, também, que em 5 de julho de 1999 pleiteava o trancamento do curso, juntamente com sua irmã Priscila Zacharias Rodrigues (f. 111), de sorte que não é possível concluir que o fato de deixar a faculdade tenha alguma ligação com suas lesões, posto que a irmã nada sofreu. Importante ressaltar, ainda, que não há como concluir que permaneceria no estágio após o trancamento do curso, caso de fato o tenha deixado definitivamente após o afastamento para tratamento das lesões faciais. Também não há provas do valor que percebia pelos serviços prestados à Divisão de Planejamento e Controle de Limpeza Pública.

Portanto, não há que se falar em indenização por lucros cessantes, posto que não restou comprovado nos autos.

Rodrigo Zacharias Rodrigues requer, ainda, que se determine o valor específico da condenação em dano moral e em dano estético.

O juízo de primeiro grau de jurisdição fixou em R$ 30.000,00 (trinta mil reais) o valor do dano moral ou estético.

A respeito da possibilidade de cumulação de indenização por dano moral e por dano estético, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 387, a qual disciplina que "é lícita a cumulação de dano estético e dano moral" Isto porque os dois são perfeitamente individualizáveis.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA – NATUREZA ESTÉTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – CULPA DO CIRURGIÃO PRESUMIDA – PLANO DE SAÚDE – PROCEDIMENTO ESTÉTICO NÃO AUTORIZADO – RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO INEXISTENTE – MÉDICO NÃO ESPECIALISTA – DESÍDIA NA INDICAÇÃO – RESPONSABILIDADE – DANOS ESTÉTICOS E DANO MORAL – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – FUNDAMENTOS DISTINTOS – JULGAMENTO *ULTRA PETITA* – NULIDADE DO EXCEDENTE.
>
> A cirurgia plástica com fim exclusivo ou preponderantemente estético é obrigação de resultado, presumindo-se a culpa do cirurgião, a quem incumbe provar sua inocência ou causa exonerativa.
>
> Se a empresa de plano de saúde não autorizou o procedimento médico realizado, não pode ser responsabilizada pelos danos causados pelo médico, máxime se não é locadora direta dos serviços médico-hospitalares prestados à paciente, não havendo relação de preposição a ensejar sua responsabilização. Todavia, se credencia médico sem os necessários cuidados quanto às qualificações indicadas, responde pelos danos causados ao usuário do plano.

> Admite-se a cumulação do dano moral com o dano estético, ainda que derivados do mesmo fato, quando passíveis de apuração em separado, com fundamentos distintos**.**
>
> Se o julgamento é *ultra petita*, ultrapassando o pedido feito na inicial, deve ser decotada a parte julgada a mais, de forma a adequar a sentença aos limites do pedido". (AC n. 2006.021397-3, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 8.1.2009).

No presente caso, é perfeitamente individualizáveis o dano moral do dano estético.

Rodrigo Zacharias Rodrigues foi surpreendido pela injusta agressão de Camillo Ramirez Abati no interior de uma danceteria, onde pretendia se divertir, em frente aos freqüentadores; saiu dali gravemente ferido, na madrugada, para um hospital, onde foi submetido a tratamento por cirurgião plástico. Após, veio a convalescença, período em que foi obrigado a evitar os raios solares para garantir uma melhor cicatrização dos ferimentos, sendo privado, portanto, de passeios diurnos, por mais de um ano, cuidado que efetivamente tomou, o que foi comprovado pela perícia técnica (f. 412), nos seguintes termos:

> No caso, para maior esclarecimento, a segunda fase se dá em torno de dois anos, onde ocorrerá a retração cicatricial, completo reparo. Motivo pelo qual, a proteção aos raios solares são de boa norma, visto que, os tecidos formados são novos, finos, e a exposição, principalmente aos raios ultra violeta B, são os mais agressivos. Salvo, moramos em uma região de altas temperaturas, baixa umidade onde a sensação térmica é aumentada, assim prejudicando uma hidratação adequada da pele, podendo prejudicar o resultado final das cicatrizes.

Há que se considerar, ainda, conforme explanação da senhora perita (f. 411), toda cicatriz causa vexame por se tratar de uma marca e, como pode se observar dos autos, Rodrigo Zacharias Rodrigues possui várias.

Mais, como um dos cortes atingiu o músculo, Rodrigo Zacharias Rodrigues teve comprometida a capacidade de se alimentar, sendo submetido a sessões de fisioterapia para recuperar as capacidades fisiológicas.

Portanto, não resta dúvida de que o dano moral está presente; ademais, o valor arbitrado não se mostra aviltante, tampouco exorbitante, pelo que não se verifica o que justifique seu reparo, permanecendo em R$ 30.000,00 (trinta mil reais) a indenização arbitrada para fins de ressarcimento do dano moral; motivos pelos quais não se verifica a alegada afronta aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, extraídos do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.

O dano estético, independente do dano moral, por sua vez, está caracterizado pelas lesões sofridas na face, as quais são permanentes e não têm reparação total, sequer por intervenção médica. Veja-se que no laudo pericial de f. 410-412, a perita afirma:

> 1. Existem várias cicatrizes em hemiface direita sendo uma de relevante importância, se prolonga do sulco nasogeniano à direita até a borda superior da projeção da borda mandibular superior do mesmo lado;
>
> 2. Tratamento algum garante 100% (cem por cento) de segurança, portanto as lesões mesmo sob tratamento, com qualquer decurso de tempo poderão perdurar com intensidade diversos, dependendo da profundidade;

> [...] Existem várias possibilidades de tratamento, sem que qualquer delas possa assegurar total eliminação das cicatrizes.

Portanto, é possível visualizar o dano estético no caso em tela, independentemente do dano moral, razão pela qual arbitro em R$ 30.000,00 (trinta mil reais) o valor da compensação, considerando a extensão, a perpetuidade dos danos e o fato das lesões se encontrarem na face de Rodrigo Zacharias Rodrigues, local evidente, de muita exposição.

Os honorários advocatícios, entretanto, foram fixados em quinze por cento do valor da condenação, cujo percentual deve permanecer, com a ressalva de que o valor dos honorários arbitrado em desfavor de Marco César Amorim Leite passa a ser fixado também neste percentual, já que não persiste, em razão da presente apelação, a ausência de responsabilidade pelos danos.

Ante o exposto, a) conheço do recurso interposto por Rodrigo Zacharias Rodrigues e dou-lhe parcial provimento para condenar, solidariamente, conforme o artigo 1.518, do Código Civil de 1916, os apelados Marcos César Amorim Leite e Camillo Ramirez Abati ao pagamento da indenização por danos emergentes no valor de R$ 1.016,32 (um mil e dezesseis reais e trinta e dois centavos), corrigido monetariamente a partir da data do efetivo desembolso (Súmula n. 43 do STJ), bem como ao pagamento da indenização por danos morais, no importe de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) e indenização por danos estéticos, no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), corrigidos monetariamente desde a data do presente acórdão (Súmula n. 362 do STJ).

As importâncias serão corrigidas monetariamente com base na variação do IGP-M/FGV e, sobre os valores já atualizados monetariamente, incidirá juros de mora de meio por cento ao mês, a partir da data do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ), até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, quando passam a ser de um por cento ao mês.

Condeno os apelados Marcos César Amorim Leite e Camillo Ramirez Abati, solidariamente, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em quinze por cento do valor da condenação pelo juízo singular, o que se mantém, cuja cobrança em face do primeiro apelado permanecerá sobrestada pelo prazo de cinco anos ou até que se comprove a possibilidade de fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, a teor do que dispõe o artigo 12 da Lei n. 1.060/1950.

Conheço do recurso interposto por Camillo Ramirez Abati, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES; NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE RODRIGO E NEGARAM PROVIMENTO AO DE CAMILLO.

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, 29 de abril de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.005848-0 - Aparecida do Taboado
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – ROUBO DE CAMINHÃO DURANTE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO CONTRATUAL – INOBSERVÂNCIA AO ARTIGO 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

De acordo com o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito, sendo certo que sua não desincumbência implica indeferimento do pedido.

Não restando demonstrada a existência do vínculo contratual entre as partes, impõe-se o desacolhimento da pretensão indenizatória.

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, 29 de abril de 2010.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Vanderson Cardoso dos Reis interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Aparecida do Taboado, na ação de indenização por dano moral, autos n. 024.07.003125-1, que julgou improcedente o pedido formulado em face de Pelmex MS Ltda, visando à reparação pelo dano moral que lhe teria sido ocasionado em decorrência do roubo de um caminhão de sua propriedade, mas que se encontrava sob os cuidados e responsabilidade da apelada.

Alega que mantinha com a apelada relação contratual de locação de caminhão, o qual originariamente havia sido celebrado com Ronaldo Rocha e posteriormente lhe foi cedido em razão da aquisição do bem.

Afirma que restou demonstrado que na data do roubo, o caminhão objeto do presente feito encontrava-se alugado e sob a responsabilidade da apelada, devendo ser responsabilizada pelos danos que lhe foram ocasionados na medida de sua extensão.

Ao final, requer o provimento do recurso, reformando a sentença proferida.

Intimada, a apelada apresentou suas contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Vanderson Cardoso dos Reis, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Aparecida do Taboado, na ação de indenização por dano moral, autos n. 024.07.003125-1, que julgou improcedente o pedido formulado em face de Pelmex MS Ltda, visando à reparação pelo dano moral que lhe teria sido ocasionado em decorrência do roubo de um caminhão de sua propriedade, mas que se encontrava sob os cuidados e responsabilidade da apelada.

O cerne da questão a ser dirimida consiste na existência de contrato de locação celebrado entre as partes, bem como a responsabilidade da apelada em indenizar o apelante pelos danos morais suportados por ocasião do roubo do veículo de sua propriedade, mas que se encontrava sob a responsabilidade da apelada.

Nos termos do que preceitua o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, compete ao autor a produção de provas constitutivas de seu direito, que no presente caso consistiria na demonstração da eventual relação locatícia existente com a apelada, a partir de onde seria analisada a responsabilidade dele decorrente.

Colhe-se dos autos que a fim de comprovar a relação contratual existente entre as partes, o apelante fez juntar contrato de locação que supostamente teria sido celebrado entre a apelada e o Sr. Ronaldo Rocha, antigo proprietário do caminhão (f. 14-15), o qual não pode sequer ser considerado como indício de prova, uma vez que desprovido da assinatura de qualquer das partes, além de estar praticamente ilegível.

Por outro lado, quanto às demais provas constantes nos autos, como bem observado pelo juízo singular: "as testemunhas ouvidas em juízo foram categóricas em apontar que mencionado contrato não foi finalizado tendo em vista que Ronaldo Rocha não concordou com a cláusula de exclusividade de prestação de serviços motivo por que não houve a assinatura nem dele nem da empresa-ré".

Para melhor ilustrar, passo a transcrever trechos dos depoimentos prestados quando da realização da audiência de instrução e julgamento:

a) depoimento prestado por Edison Éder Borges: "Está na empresa há 21 anos. Não tem conhecimento de qualquer contrato escrito entre o requerente e a requerida. A única responsabilidade da requerida quando faz contratação de frete autônomo, é pagar o quilômetro rodado. Conhece a pessoa de Ronaldo Rocha e pode dizer que esta pessoa tentou fazer contrato de locação de veículo com a requerida e que após a leitura de uma cláusula na qual se previa a exclusividade de prestação de serviços para a ré, Ronaldo desistiu do negócio";

b) depoimento prestado por José Francisco Favaro:

> Trabalha na requerida há mais ou menos 5 anos. Ingressou na empresa como contador e atualmente é gerente financeiro. O autor não fez nenhum contrato com a requerida. Ronaldo Rocha levou um caminhão para ser contratado, fizeram a

> minuta mas ele, em razão da exclusividade de prestação de serviço, não quis assiná-lo. Não tem certeza se o autor prestou serviço para a requerida. Se ele tem recibo é como autônomo. Como locador não. [...] Quanto Ronaldo Rocha se prestou algum serviço para a empresa o foi como autônomo. Mandaram o contrato para Ronaldo com assinatura da requerida mas por fax. Ronaldo não quis assinar;

c) depoimento prestado por Antonio Aparecido Serini:

> o autor prestava serviços como autônomo no transporte de fretes. Ele nunca teve caminhão locado para a empresa. Houve uma proposta de locação por parte de Ronaldo Rocha mas o contrato não foi concluído porque houve divergência de acordo uma vez que havia partes que o dono do caminhão não concordava. [...] Não havia recibo de pagamento para caminhão locado. O RPA mencionado só se destinava a pagamento de autônomo. Na época não foi feito nenhum contrato de fidelização de locação de caminhões.

Acerca dos demais depoimentos colhidos nos autos, conforme consta na sentença: "Ainda que o motorista do requerido, Frederico Rodrigues, tenha dito que trabalhava puxando sofá e colchão para a Pelmex (f. 139), não há como extrair-se desta assertiva a existência de contrato de locação, um vez que isolada dos demais depoimentos contidos nos autos, inclusive o da outra testemunha arrolada pelo requerente, Ageu Lourenço de Melo que, às f. 140, afirmou não ter conhecimento da existência de qualquer contrato desta natureza".

De tal forma, diante do conjunto probatório constante nos presentes autos, impossível concluir-se que Ronaldo Rocha tenha celebrado contrato de locação com a requerida e que posteriormente, com o consentimento desta, tenha transferido sua execução ao apelante. Muito pelo contrário, a conclusão a que se chega é que as partes realizaram contrato autônomo de fretamento e não locação, o que se presume da juntada do Recibo de Pagamento Autônomo.

Causa estranheza, ainda, aos fatos narrados o recibo de f. 115, onde consta o pagamento pelo transporte de mercadoria no valor de R$ 1,25 (um real e vinte e cinco centavos) o quilômetro rodado, valor que diverge totalmente daquele previsto no contrato de locação acostado às f. 14-15, cuja execução supostamente teria sido transferida ao apelado, onde consta que o valor pelo quilômetro rodado seria de R$ 0,99 (noventa e nove centavos).

Assim, o pedido do apelado não merece guarida, uma vez que desprovido de qualquer prova capaz de demonstrar a existência de relação contratual capaz de ensejar a concessão do direito pretendido.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 29 de abril de 2010.

***

Agravo Regimental em Agravo n. 2010.008332-8/0001-00 - Maracaju
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONVÊNIO MÉDICO-HOSPITALAR – UNIMED – OBESIDADE MÓRBIDA – NEGATIVA DE CIRURGIA BARIÁTRICA – ALEGAÇÃO DE NÃO-COBERTURA PELO PLANO – IMINENTE RISCO À SAÚDE – TUTELA ANTECIPADA MANTIDA PARA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – ART. 273 DO CPC – INTENÇÃO DE REDISCUSSÃO DE MATÉRIA SUFICIENTEMENTE ABORDADA NA DECISÃO MONOCRÁTICA – INADMISSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Cumpre à Unimed arcar com o pagamento dos custos referentes à realização de cirurgia bariátrica para a correção de obesidade mórbida.

Demonstrada a verossimilhança do direito invocado e a possibilidade de risco à saúde do agravado, bem como da reversibilidade da medida, é de ser mantida a tutela antecipada concedida, uma vez que a exclusão expressa do contrato deste tipo de cirurgia, desvirtua da finalidade básica que não é outra senão a prestação de serviço de saúde ao conveniado.

Se a questão encontra-se suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais.

Recurso conhecido e não provido.

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, 29 de abril de 2010.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Trata-se de agravo regimental em agravo de instrumento interposto por Unimed de Dourados – Cooperativa de Trabalho Médico, contra decisão monocrática, a qual julgou improcedente a pretensão deduzida em sede de agravo.

Critica a decisão agravada, aduzindo que não existem nos autos documentos que comprovem o aludido periculum in mora, bem como, inexiste qualquer comprovação médica de risco iminente a ensejar a realização da cirurgia de forma imediata, tão pouco, de qualquer das doenças apontadas pelo juiz singular.

Requereu, a conhecimento e provimento do presente, para reformar a decisão agravada, dando provimento ao agravo de instrumento interposto, reforma a decisão interlocutória proferida pelo juiz singular.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de agravo regimental em agravo de instrumento interposto por Unimed de Dourados – Cooperativa de Trabalho Médico, contra decisão monocrática, a qual julgou improcedente a pretensão deduzida em sede de agravo.

A decisão recorrida encontra-se assim fundamentada:

> Enfatiza que o plano de saúde da agravada remonta anterior a Lei Federal n. 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, sendo que a contratante do plano o qual a agravada aderiu foi procurada pela agravante, momento em que se quedou inerte, não adequando o plano de saúde a nova ordem legislativa.
>
> Primeiramente, é necessário esclarecer que a saúde é premissa básica no exercício de cidadania do ser humano, sendo que é de extrema importância para a sociedade e os indivíduos, pois a saúde diz respeito a qualidade de vida, sendo indispensável no âmbito dos direitos fundamentais sociais.
>
> A obesidade mórbida é um dos maiores problemas de saúde pública atualmente, que atinge cerca de um terço da população e com aumento progressivo de incidência sendo por isso chamada de "epidemia do terceiro milênio". No Brasil, cerca de 15% dos adultos são obesos. A obesidade não é um problema moral ou de falta de vontade, mas sim um sério problema médico, geralmente mal tratado e com muitas causas, envolvendo componentes genéticos, metabólicos, hormonais, comportamentais, culturais, psicológicos e sociais.
>
> Constata-se pela sua postulação que, após longo processo de avaliação, o seu médico concluiu pela necessidade de cirurgia bariátrica, já que o tratamento convencional, como sendo este a redução de peso com a utilização de inibidores de apetite e reeducação alimentar, não surte mais efeito.
>
> Qualquer cirurgia apresenta riscos, mas é preciso considerar os riscos da obesidade não tratada, que por si só já determina uma doença e implica numa redução da expectativa e da qualidade de vida.
>
> A possibilidade de, num processo determinado, o juiz, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente a tutela pretendida no pedido inicial; para tanto deverá existir prova inequívoca, capaz de convencer o magistrado da verossimilhança da alegação, havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado a irreversibilidade da medida antecipatória.
>
> Este instituto processual é um procedimento que se enquadra no processo de conhecimento, porém exige-se alguns requisitos para que se possa fazer valer, vejamos:
>
> [...]

Art. 273 – O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

[...]

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

[...]

Enfim, no caso vertente, há prova inequívoca, evidenciada pelos laudos médicos acostados, dando conta que a agravada necessita da cirurgia bariátrica pelo método menos gravoso à sua saúde, qual seja, o procedimento cirúrgico para redução de peso. Também há verossimilhança da alegação, pois a agravada está comprovadamente com dificuldades para andar e dormir, em razão de que é portador de psicopatias grave, uso de álcool e drogas, cirrose hepática, cardiopatia grave, pneumopatia grave, insuficiência renal crônica, hipotireoidismo, patologias estas que podem levá-la a óbito.

O fundado receio de dano está evidenciado no estado de saúde que poderá ser agravado, podendo levar o agravado a óbito, bem como sua incapacidade laborativa.

Assim, presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada, a decisão de primeiro grau merece ser ratificada, visto que o objetivo do tratamento cirúrgico é não só eliminar ou minimizar as doenças associadas à obesidade, como também resolver os problemas psicológicos e sociais causados pela mesma, melhorando a qualidade e o tempo de vida do obeso, resolvendo os problemas de ordem física e psicossocial que o excesso de peso acarreta.

Nesse sentido, colhem-se julgados do STJ:

Civil. Recurso especial. Ação cominatória cumulada com pedido de compensação por danos morais. Plano de saúde firmado em 1992. Recusa de cobertura de gastroplastia redutora, conhecida como 'cirurgia de redução de estômago', sob alegação de ausência de cobertura contratual. Operação recomendada como tratamento médico para gravíssimo estado de saúde e não com intuito estético. Técnica operatória que passou a ser reconhecida nos meios médicos brasileiros em data posterior à realização do contrato. Acórdão que julgou improcedentes os pedidos com base na necessidade de manutenção da equivalência das prestações contratuais. Extensão da cláusula genérica relativa à cobertura de 'cirurgias gastroenterológicas' para a presente hipótese.

- O CDC é aplicável à controvérsia, ao contrário do quanto afirmado pelo acórdão.

- A discussão sobre a equivalência das prestações deveria ter levado em conta que a análise contratual correta, em termos econômicos, depende, necessariamente, do estudo de dois momentos distintos no contrato de seguro-saúde: o primeiro é relativo à definição das doenças cobertas, e o segundo, às eventuais previsões de tratamentos específicos para tais doenças.

- Se o contrato previa a cobertura para a doença, qualquer constatação de desequilíbrio financeiro a partir da alteração do tratamento dependeria, naturalmente, de uma comparação analítica entre os custos derivados das duas prescrições – aquela prevista no momento da contratação e aquela desenvolvida mais tarde.

- Sem tal comparação, a argumentação desenvolvida é meramente hipotética, pois se presume, sem qualquer demonstração, que a nova técnica é necessariamente mais custosa do que a anterior.

- Não se desconsidera, de forma apriorística, a importância do princípio da equivalência das prestações nos contratos comutativos; porém, é de se reconhecer que a aplicação desse cânone depende da verificação de um substrato fático específico que aponte para uma real desproporção entre as prestações, não se admitindo que a tutela constitucional dos direitos do consumidor seja limitada com base em meras suposições.

- A ausência de adaptação do contrato às disposições da Lei n. 9.656/98 – que prevê expressamente a cobertura para a cirurgia de redução de estômago – é ponto irrelevante, pois a controvérsia, conforme visto, se desenvolve unicamente na perspectiva da análise do contrato firmado em data anterior a tal Lei.

- A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor.

- É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada.

Precedentes do STJ.

Recurso especial provido. (REsp n. 1106789/RJ, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ de 18.11.2009).

Portanto, o fato do plano de saúde do agravado remontar anteriormente a Lei Federal n. 9.656/98, não o legitima a reduzir sua cobertura, pois a finalidade precípua do contrato em questão é garantir a saúde do usuário ou segurado contra evento futuro e incerto por meio de assunção, pela operadora do plano de saúde, do dever de prestar serviços médicos necessários ao bem estar desse usuário.

Desse modo, tenho que a cláusula de exclusão de cobertura em discussão desvirtuou a própria finalidade básica do contrato de plano de saúde, sobretudo porque privou o agravado usuário de seu direito essencial à saúde. Aliás, recentemente, já me manifestei sobre caso análogo, in verbis:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – ILEGITIMIDADE DE PARTE – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRELIMINARES AFASTADAS – PLANO DE SAÚDE – OBESIDADE MÓRBIDA – NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DE ABDOMINOPLASTIA – CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA – EXCESSO DE TECIDO CAUSADO PELO EMAGRECIMENTO – FINS TERAPÊUTICOS – RESPONSABILIDADE DO PLANO DE SAÚDE – RECURSO IMPROVIDO.

O interesse de agir mostra-se presente nos casos em que há a necessidade da prestação jurisdicional para satisfazer ou preservar direito.

Sendo proveniente de relação contratual o vínculo estabelecido entre as partes, não há falar em ilegitimidade passiva do plano de saúde.

O julgamento antecipado da lide não enseja cerceamento de defesa, nos casos em que a matéria for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver a necessidade de produção de provas em audiência.

É dever do plano de saúde custear a cirurgia de abdominoplastia à paciente portadora de obesidade mórbida, por tratar-se de procedimento destinado a fins terapêuticos. (AC n. 2006.019666-0, Campo Grande, Quinta Turma Cível, julgado em 19.3.2009).

Ademais trago entendimento já externado por esta Corte, *in verbis*:

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

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

DANO MORAL – MERO DESCUMPRIMENTO OU INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – INOCORRÊNCIA.

O simples descumprimento ou inadimplemento contratual, por si só, não acarreta o dano moral, mas sim mero dissabor. (AC n. 2008.005698-4, Bataguaçu, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 13.1.2009).

Enfim, ao contrário do que pretende a agravante, a verossimilhança da alegação da requerente, ora agravada, encontram amplamente demonstrada, o que viabiliza a concessão de tutela antecipada neste momento, processual, a qual deverá perdurar, pois também em consonância com o entendimento dos Tribunais Superiores bem como desta Corte, *in verbis*:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONVÊNIO MÉDICO-HOSPITALAR – UNIMED – OBESIDADE MÓRBIDA – NEGATIVA DE CIRURGIA LAPAROSCÓPICA – ALEGAÇÃO DE NÃO-COBERTURA PELO PLANO – IMINENTE RISCO À SAÚDE – TUTELA ANTECIPADA MANTIDA PARA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – ART. 273 DO CPC – AGRAVO IMPROVIDO.

Cumpre à Unimed arcar com o pagamento dos custos referentes à realização de cirurgia indicada (por vídeo) para a correção de obesidade mórbida.

Demonstrada a verossimilhança do direito invocado e a possibilidade de risco à saúde do agravado, é de ser mantida a tutela antecipada concedida, uma vez que o contrato firmado não exclui expressamente este tipo de cirurgia. (Ag n. 2007.029732-9, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, Julgado em 4.12.2007).

Por derradeiro, não há o que se falar em irreversibilidade da medida, pois caso a pretensão jurisdicional deduzida pela requerente, ora agravada, não venha a ser acolhida, a requerida, ora agravante, deverá ingressar com ação de cobrança, para receber os custos da cirurgia, bem como de todo o procedimento, sem que com isso tenha colocado em risco de morte a requerente, ora agravada.

Portanto, as razões apresentadas neste regimental não têm o condão de alterar o entendimento externado na decisão acima transcrita.

Ademais, se a questão encontra-se suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir dos seguintes precedentes desta Corte, *in verbis*:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS LEGAIS. DESNECESSIDADE. O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais.[1]

1 TJMS, ED n 58.630-5/0001-00, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 12.1998, DJ de 24.2.1999

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO – REJEITADOS.

Tendo o acórdão tratado suficientemente da matéria aventada no recurso e não havendo nenhuma ofensa aos dispositivos prequestionados, impõe-se a rejeição dos declaratórios. [2] (grifo nosso).

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO – OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO – INEXISTÊNCIA – PREQUESTIONAMENTO – INTENÇÃO DE REDISCUSSÃO DE MATÉRIA SUFICIENTEMENTE ABORDADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO – INADMISSIBILIDADE – CARÁTER PROTELATÓRIO – MULTA – ART. 538 DO CPC – REJEITADOS.

O acolhimento ou rejeição dos fatos e fundamentos de direito invocados pela parte é próprio da atividade jurisdicional, de modo que o mero inconformismo da sucumbente não torna o decisum omisso, obscuro ou contraditório.

Os embargos de declaração não se prestam ao prequestionamento de eventual violação legal, mormente quando sequer foi anteriormente suscitada.

Consoante o entendimento da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento não reclama a expressa referência a dispositivos legais, cujas matérias tenham sido suficientemente debatidas pelo acórdão.

Afigura-se inadmissível a pretensão de rediscussão, via embargos de declaração, de matéria já apreciada integralmente.

Restando assente o intuito manifestamente protelatório dos embargos, impõe-se a aplicação de multa de 1% sobre o valor dado à causa, em desfavor da embargante, na forma do art. 538 do CPC.[3]

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 29 de abril de 2010.

***

2 TJMS, ED em AC n. 2006.004151-6/0001-00, Campo Grande, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 17.10.2006.

3 TJMS, ED em AC n. 2006.002171-0/0001-00, Camapuã, Relª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 10.10.2006.

Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Apelação Criminal n. 2009.004006-3 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL – CORRUPÇÃO PASSIVA – RÉU PRESTADOR DE SERVIÇOS – COMUNICABILIDADE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS COM O CORRÉU SERVIDOR PÚBLICO – ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO – AGENTE QUE SOLICITAVA E RECEBIA VANTAGENS INDEVIDAS EM NOME DE TERCEIRO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E COERENTE – NÃO PROVIMENTO.

O crime de corrupção ativa é cometido por servidor público; contudo, essa condição pessoal se comunica ao terceiro, prestador de serviços, conforme interpretação do art. 30, do Código Penal.

Aquele que solicita e recebe vantagem indevida, em seu nome ou de terceiro, incide nas penas do art. 317, *caput*, do Código Penal, não havendo de se falar na ausência de dolo específico quando sabedor do ilícito praticado intermediando negócio fraudulento praticado por outrem.

Apelação Criminal defensiva a que se nega provimento, mantendo a condenação frente o conjunto probatório robusto e coerente desfavorável às pretensões 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, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 26 de abril de 2010.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Trata-se de apelação criminal interposta por Sidnei Torales de Oliveira, condenado pela prática do crime previsto no artigo 317*, caput*, do Código Penal, ao cumprimento das penas de 2 (dois) anos e pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituídas por restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade.

O recorrente pede a absolvição, ante a insuficiência de provas quanto à prática delitiva e em razão da atipicidade a conduta, pois não é funcionário público.

O apelado bate-se pelo não provimento do recurso (f. 304-309).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento (f. 321-328).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Sidnei Torales de Oliveira inconformado com a sentença que pela prática do crime previsto no artigo 317*, caput*, do Código Penal, ao cumprimento das penas de 2 (dois) anos e pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituídas por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, interpõe recurso de Apelação Criminal.

O apelante foi denunciado porque – em meados de novembro e dezembro de 2001, em Campo Grande – associou-se ao funcionário público Edvaldo Sodré Meira, que era policial militar, para solicitar e receber vantagens indevidas com o fim de que fossem canceladas infrações de trânsito de terceiros.

Conforme se apurou, o apelante trabalhava como segurança do prédio onde se localizava o Núcleo de Trânsito de Campo Grande. Assim, diversas pessoas que tiveram seus veículos apreendidos compareciam àquele local tentando reavê-los e não os localizavam, terminando por pedir informações ao recorrente, o qual lhes solicitava e delas recebia quantias para o Sgt PM SODRÉ, sob o pretexto de que referido funcionário iria liberar o veículo com rapidez.

Tenho, pois, que o recurso não merece provimento.

O apelante era vigia contratado pela empresa SEGURO, que por sua vez prestava serviços ao ente estatal, e trabalhava no prédio do DERSUL, onde estava localizada a CIAPTRAN (f. 223).

Assim, na condição de prestador de serviços ao Estado, é considerado agente público por equiparação, podendo ser sujeito ativo do crime de corrupção ativa. Por outro lado, o art. 30, do Código Penal, prevê que as circunstâncias e as condições pessoais não se comunicam, salvo se constituírem elementares do crime, o que é o caso dos autos.

Por esta razão, ser funcionário público constitui uma condição pessoal para a configuração do tipo, que se comunica ao corréu – o apelante, no caso em apreço – por se tratar e uma elementar do tipo, conhecida pelo agente, pois é incontroverso que o réu sabia da função exercida pelo Sgt SODRÉ (f. 222-223).

De qualquer forma, a doutrina admite que "o sujeito ativo, qualificado pela condição de funcionário público, consorcie-se com um *extraneus*, para a prática do crime" [1]. Assim sendo, o fato de se tratar de empregado terceirizado não tem o condão de afastar a tipicidade da sua conduta.

De outro tanto, o recorrente sustenta que a conduta seria atípica em razão da ausência do dolo.

Do modo como a defesa argumenta, seria em princípio possível entender a dinâmica dos fatos da seguinte maneira: o apelante recebia as pessoas e seus envelopes com dinheiro na guarita onde trabalhava, remetia os documentos ao Sgt PM Edivaldo Sodré, bem como encaminhavas pessoas com problemas relacionados à infração de trânsito ao aludido policial.

Entretanto, não foi dessa forma que os fatos ocorreram, porque o apelante e o Sgt MP Edivaldo Sodré trabalhavam como uma dupla, em unidade de desígnios. O recorrente era o homem de frente, aquele que tinha o primeiro contato com as pessoas para quem eram oferecidos os serviços de liberação de veículos, enquanto o policial era quem executava o serviço.

1 BITENCOURT, Cezer Roberto. **Código Penal comentado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.023.

No interrogatório prestado em juízo (f. 222-223), o apelante nega que tenha recebido dinheiro dos infratores e que sabia do dinheiro contido nos envelopes; porém, contraditoriamente, afirma que recebeu do Sgt SODRÉ a incumbência de lhe encaminhar as pessoas com problemas de trânsito tendo, inclusive, indicado seus amigos João Carlos Chagas e Antônio Sérgio com essa finalidade.

Assim, somente por essa declaração, já estaria configurado o delito previsto no art. 317, do Código Penal, porque o tipo penal menciona o ato de solicitar, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem indevida.

Por isso, pouco importa se o apelante solicitava o dinheiro fazendo as vezes do Sgt Sodré, ou a pedido deste, porquanto à configuração do crime o agente não precisa agir em nome próprio como o solicitador.

João Carlos das Chagas, amigo do apelante, ouvido perante a autoridade policial (f. 85), afirmou ter entregado o dinheiro para o recorrente, que ficou na incumbência de passá-lo ao Sgt Sodré, visando a liberação do veículo. Todavia, o "serviço" estava difícil, razão porque o recorrente encaminhou João Carlos diretamente para o referido militar.

Em juízo, a testemunha confirmou os termos das declarações prestadas na fase investigativa, e reiterou que entregou o dinheiro para **Sidnei**.

Portanto, restou comprovado o conluio entre o apelante e o policial militar, consistente na captação de pessoas com problemas de infração de trânsito, onde o recorrente solicitava em nome de um agente público as quantias em dinheiro para a liberação de veículos, razão porque a condenação pelo crime de corrupção passiva há de se manter.

Ante todo o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação criminal interposto por Sidnei Torales de Oliveira.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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 Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 26 de abril de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.007313-8 - Dourados
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – RENÚNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO – INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU – PACIENTE EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO – DECRETAÇÃO DA REVELIA E NOMEAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA SEM PRÉVIA INTIMAÇÃO POR EDITAL – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NULIDADE AFASTADA – INTIMAÇÃO DO DEFENSOR ACERCA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – OCORRÊNCIA – NÃO CONCESSÃO.

Com a renúncia do advogado constituído, cabe a intimação do acusado para que exerça o seu direito de nomear novo procurador de sua confiança; no entanto, se esse não é encontrado para tal fim e o juiz, sem lançar mão da prévia intimação editalícia, decreta a revelia e nomeia a Defensoria Pública, que atua a contento ao longo do processo, não há falar em nulidade, eis que não se constata prejuízo para a defesa. Inteligência do art. 563 e 572, II, ambos do Código de Processo Penal.

Verificado que o defensor constituído foi devidamente intimado da sentença condenatória, afasta-se da hipótese de nulidade.

Habeas corpus a que se nega concessão em face da regularidade procedimental.

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, denegar a ordem.

Campo Grande, 29 de março de 2010.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

O advogado Vanderlei Celestino de Oliveira ingressa com pedido de *habeas corpus*, com pleito de liminar, em favor de Adriano Gimenez Medina, sob a alegação de que esse sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

Relata que o paciente foi condenado, por sentença transitada em julgado, ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, sendo que o mandado de prisão foi executado aos 25 de fevereiro último.

Aduz que o processo de conhecimento é nulo a partir da nomeação da Defensoria Pública, visto que destituída da prévia intimação por edital do paciente.

Subsidiariamente, argui nulidade ocorrida após a sentença, porquanto o defensor do não foi intimado e deixou transcorrer o prazo recursal.

Assim, requer a concessão da ordem para que seja declarada a nulidade do processo.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 346-347) e a autoridade coatora prestou as informações de estilo (f. 350-351).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação (f. 391-394).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

O paciente Adriano Gimenez Medina foi condenado ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento 80 (oitenta) dias-multa porque – aos 16 de junho de 1999, na BR-463, km 32, em Dourados – transportava um veículo GM/Corsa que havia sido furtado em São Paulo (SP), rumo ao Paraguai.

Malgrado a argumentação expendida pelo impetrante, razão não lhe assiste.

No tocante à ausência da intimação por edital para constituir novo procurador, inicialmente, é importante ressaltar que, embora exista nos autos comprovação de que o paciente realmente resida no mesmo endereço há muito tempo (f. 23-34), o fato é que não foi encontrado quando o Oficial de Justiça lá o procurou, obtendo a informação junto a um vizinho de que "*referido acusado sumiu de casa a mais de três meses, sem dizer para onde ia, e quando voltaria*"(f. 197 v.).

Ora, diante de tais circunstâncias, é óbvio que o paciente encontrava-se em lugar incerto e não sabido, não sendo exigível que o Poder Judiciário permaneça de "plantão" no endereço fornecido pelo acusado até encontrá-lo.

Por outro lado, não obstante assista ao réu o direito de nomear o advogado de sua confiança, é certo que a intimação por edital, no caso concreto, não surtiria efeito prático algum, antes, serviria para cumprir uma formalidade muitas vezes obsoleta, que só presta para atrasar o andamento processual, até porque a ausência de intimação somente acarreta nulidade se disser respeito a atos de que caiba recurso (art. 564, III, "o", do Código de Processo Penal).

Em caso semelhante, já se decidiu:

> Descabimento de exigência de intimação editalícia, reservada aos casos de intimação do resultado do feito, não guardando, a situação, qualquer similitude com a citação por edital, justificada esta pela necessidade de angularização do processo. Acusada que, tendo ciência da ação penal instaurada contra si, deixou de acompanhar os termos do processo, ônus do qual foi devidamente cientificada quando da citação. Nulidade inexistente. [1]

Ademais, a decretação da revelia antes da intimação editalícia não acarretou prejuízo algum, eis que a Defensoria Pública foi imediatamente designada para patrocinar os interesses do paciente (f. 204) e, nos termos do art. 563, Código de Processo Penal, *"*nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.*"*

Outrossim, o chamamento por edital, na hipótese versanda, teria o objetivo de cientificar o paciente a respeito da renúncia do seu advogado, a fim de dar continuidade a sua defesa; no entanto, ainda que tal intimação não tenha ocorrido, é fato que **Adriano** não ficou indefeso, dada a indicação da Defensoria Pública, que atuou a contento ao longo do processo.

1 TJRS, ACr 70.031.662.315, Oitava Câmara Criminal, Rel.ª Des.ª Fabianne Breton Baisch, julgado em 23.9.2009.

Conforme preceitua o art. 572, II, do Código de Processo Penal, *"as nulidades* [...] *considerar-se-ão sanadas* [...] *se praticado por outra forma, o ato tiver atingido seu fim*."

Em elação à ausência de intimação da defesa acerca da sentença condenatória, tal não ocorreu, consoante certifica o termo de intimação acostado às f. 334, evidenciando que Defensoria Pública tomou ciência e optou por não recorrer.

Vale ressaltar que o fato de não ter havido irresignação defensiva também não enseja nulidade, eis que "os recursos são voluntários", na letra do art. 574, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, nego concessão ao pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de Adriano Gimenez Medina**.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargador Carlos Eduardo Contar, Juiz Manoel Mendes Carli e Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 29 de março de 2010.

***

Agravo Criminal n. 2010.008375-1 - Dourados
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – REMUNERAÇÃO DO INTERNO POR SERVIÇOS PRESTADOS – VOLUNTARIEDADE – ATIVIDADES DE NATUREZA COMUNITÁRIA E FINS RESSOCIALIZADORES – AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO AO ESTADO – NÃO PROVIMENTO.

O Estado não tem a obrigação de remunerar o preso pela execução de tarefas voluntárias internas, dada a ausência de previsão legal nesse sentido e em razão de que tais atividades constituem dever moral e têm natureza comunitária, contribuindo para a ressocialização, de maneira que a sua recompensa tangencia questões financeiras e fica adstrita à remição da pena.

Por outro lado, ainda que se reconhecesse o direito à remuneração por prestação de tarefas tais, o repasse do benefício estaria condicionado aos prévios descontos previstos no art. 29, da Lei de Execução Penal, e à extinção da pena.

Agravo de Execução Penal a que se nega provimento face à ausência de fundamento jurídico 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, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 19 de abril de 2010.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Vladson Barbosa Da Silva interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma do *decisum* que indeferiu o pedido de pagamento do pecúlio.

Aduz que, após trabalhar longos anos no regime fechado na Penitenciária Harry Amorim Costa, pleiteou o pagamento da remuneração devida; no entanto, o magistrado *a quo* não reconheceu alegado direito sob o pretexto de que as atividades desenvolvidas têm cunho educativo, e o Estado não tem obrigação de ressarcir.

Argumenta que tal decisão não merece subsistir, porquanto a legislação de regência garante ao preso a remuneração pelo trabalho prestado e não se pode admitir que o Estado enriqueça-se ilicitamente, auferindo lucro com labor gratuito alheio.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 12-39).

O juízo singular manteve o entendimento combatido (f. 66).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento (f. 72-80).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Vladson Barbosa da Silva, por intermédio do qual pretende a reforma da sentença que desobrigou a AGEPEN – Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de remunerá-lo pelos trabalhos prestados durante o cumprimento da pena no regime fechado.

O agravante foi condenado ao cumprimento da pena total de 31 (trinta e um) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, parte em regime inicial fechado, pela prática de roubos circunstanciados, furto qualificado e homicídio qualificado, e permaneceu pouco mais de 9 (nove) anos recluso na Penitenciária Harry Amorim Costa, onde exerceu atividades na limpeza e conservação, bem como na marcenaria (f. 151), sendo que atualmente executa a pena no regime semiaberto.

A pretensão do agravante cinge-se ao reconhecimento do direito de perceber remuneração em decorrência de atividades laborais prestadas durante sua estadia no regime fechado.

O pedido não encontra guarida jurídica.

Primeiro, antes mesmo de discutir o mérito da tese ventilada pelo agravante, vale lembrar que o teor do art. 29, da Lei de Execução Penal, segundo o qual:

> Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.
>
> § 1° O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:
>
> a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
>
> b) à assistência à família;
>
> c) a pequenas despesas pessoais;
>
> d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.
>
> § 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Assim, para que o chamado pecúlio seja repassado ao egresso é necessário que primeiro se realize todas as deduções previstas em lei, e aquele seja posto em liberdade.

In casu, ainda que houvesse alguma remuneração a ser paga ao agravante, dever-se-ia promover os descontos legais e ocorrer a extinção da pena, o que somente se dará aos 27 de setembro de 2025 (f. 153), de modo que o crédito ora invocado carece de liquidez e certeza, circunstância que, por si só, seria suficiente para repelir seu pedido.

Entrementes, não é só.

Não obstante o Estado Democrático de Direito seja totalmente incompatível com o trabalho sem remuneração, o que remontaria à época da escravatura, no caso em questão, as atividades exercidas pelo agravante não se enquadram no conceito jurídico de trabalho, emprego ou serviços prestados, tampouco geram o dever de contraprestação por parte do Estado.

Com efeito, o recluso, ao participar da limpeza e conservação do estabelecimento prisional que ocupa, bem como de serviços outros que se revertem em favor da comunidade carcerária, como cozinha e marcenaria, não gera lucro algum para Estado, muito ao contrário, põe em prática o dever moral de solidariedade, que auxilia na sua ressocialização – que bem ou mal é exercido pelo ente estatal em nome de toda a sociedade.

Tanto é assim que a Lei de Execução Penal, em seu art. 126, criou o instituto da remição, por intermédio do qual o sentenciado que não adere ao ócio é incentivado e premiado com dias a menos de pena, evidenciando que o assunto não tem e não deve ter cunho ou inspiração financeira.

No ponto, é importante deixar claro que a situação retratada não se confunde com aquela em que empresas privadas, mediante convênio, instalam-se nos estabelecimentos prisionais e criam as oficinas de trabalho, que produzem bens de consumo que serão comercializados.

Nessa hipótese, é claro que haverá a configuração de uma relação formal de labor, com as peculiaridades inerentes à privação de liberdade do "empregado", incidindo todo o regramento legal invocado pela defesa, tal qual o art. 39, do Código Penal, e art. 29 de seguintes da Lei de Execução Penal, inclusive o direito à remuneração.

> No entanto, vale repetir, tal não é o caso dos autos, haja vista que o agravante pretende receber contraprestação da própria autarquia estadual que administra o sistema penitenciário por tarefas voluntárias desenvolvidas em benefício da massa carcerária, o que é inadmissível.
>
> Ora, o Estado já carrega o pesado ônus de punir e ressocializar os delinquentes, não sendo razoável imputar-lhe mais a responsabilidade de pagar aqueles que resolvem se ocupar de atividades básicas, essenciais ao bom funcionamento da casa e fruíveis pelos próprios internos.
>
> O raciocínio é tão absurdo que pode ser comparado à hipótese de se atribuir aos pais a obrigação de remunerar os filhos que os auxiliam no desempenho das atividades domésticas, reconhecendo-se que entre ambos existe uma relação de trabalho; ou imputar ao Estado a obrigação de remunerar os cidadãos que cumprem com os seus deveres cívicos – tal qual não jogar lixo na calçada, conservar bens de uso comum – pois em ambos os casos, haveria uma "economia" por parte dos mantenedores, que não precisariam contratar funcionários para o desempenho de tais misteres.
>
> É uma inversão total de valores! Verdadeiro absurdo! Um disparate que só pode ser fruto dos tempos atuais em que não há ordem, segurança, autoridade e responsabilidade de boa parte da população e de seus governantes.
>
> Além disso, analisando-se a matéria sob o aspecto publicista, não se pode olvidar que a Administração Pública está jungida ao princípio da legalidade, de maneira que somente pode agir quando a lei assim determina.
>
> Inexiste, pois, no ordenamento jurídico vigente veículo normativo que imponha às administrações penitenciárias a obrigação de remunerar os presos que colaboram com os serviços internos.
>
> Com efeito, como bem ressalta o Parecer PGE n. 070/99, "a remuneração nunca deverá caracterizar ônus para o Estado executor da pena imposta. Lembremo-nos que a relação em tela é de custódia e sua natureza é institucional, não contratual. [...] A geração de despesas em face do patrimônio público deve ter fundamento em lei específica e os eventuais beneficiados sempre serão submetidos a certame (concurso ou licitação)." (f. 166).

Sobre o assunto, colhem-se iterativos julgados:

> O escopo precípuo da Lei de execuções penais (artigo 28), ao disciplinar acerca do trabalho exercido pelo detento, é no sentido de fomentar sua ressocialização, focando-se principalmente a questão educativa e produtiva do condenado, não implicando necessariamente contraprestação pecuniária. Sendo assim, é plenamente razoável a possibilidade de o trabalho prestado, notadamente o voluntário, importar tão somente a hipótese de remição da pena. Precedentes. [1]
>
> O trabalho do presidiário, voluntário, tem como objetivo exclusivo remir a pena, inexistindo obrigação do Estado em remunerá-lo [2].
>
> Finalmente, seria bom que os eventuais interessados no ressarcimento das atividades realizadas no cárcere tivessem a lembrança de que o Estado bem poderia – aliás, deveria – cobrar de seus hóspedes compulsórios as despesas decorrentes de água, luz, abrigo, alimentação, assistência jurídica, psicológica, profissionalizante, saúde, etc., etc., etc., etc., posto que toda a sociedade honesta e trabalhadora paga pelos mesmos, enquanto aqueles lá segregados estão isentos de qualquer ônus pelos serviços a eles prestados.
>
> Ante o exposto, nego provimento ao recurso de agravo de execução penal interposto por Vladson Barbosa da Silva.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargador Carlos Eduardo Contar, Juiz Manoel Mendes Carli e Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 19 de abril de 2010.

***

1 TJDF, AC n. 395.154, Sexta Turma Cível, Rel. Des. João Egmont, DJ 3.12.2009, p. 136.

2 TJDF, AC n. 381.611, Sexta Turma Cível, Rel. Des. Jair Soares, DJ 8.10.2009, p. 194.

Habeas Corpus n. 2010.009149-7 - Bonito
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ESTELIONATO – PRISÃO PREVENTIVA – POSSÍVEL INTIMIDAÇÃO DE TESTEMUNHAS – OITIVA JÁ REALIZADA, DURANTE O TRÂMITE DO *WRIT* – PERDA DO SUBSTRATO FÁTICO-JURÍDICO ENSEJADOR DA CUSTÓDIA CAUTELAR – ORDEM CONCEDIDA.

A prisão preventiva decretada, com fundamento na possível intimidação de testemunhas, perde sua razão de existir após a oitiva destas em audiência, por ausência de substrato fático jurídico. Nestas condições, a custódia cautelar deve ser revogada.

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, conceder a ordem.

Campo Grande, 19 de abril de 2010.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrado por Benedicto Arthur de Figueiredo Neto e Emanuelle Ferreira Sanches, em favor de Hérico Monteiro Braga, apontando a Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Bonito como autoridade coatora.

O paciente em questão é advogado atuante na área previdenciária, principalmente na região da comarca de Bonito, e está sendo acusado do cometimento de diversos crimes de estelionato contra seus clientes.

O cerne da impetração é referente à decisão da autoridade apontada coatora que decretou a prisão preventiva do paciente, sob o fundamento de que ele estaria prejudicando a colheita de provas (f. 280-282), conforme depoimentos prestados perante membro do *Parquet* daquela urbe.

O impetrante sustenta que os fundamentos utilizados para o decreto prisional estão equivocados, visto que o paciente não teria tentado alterar o conteúdo das declarações das supostas vítimas, bem como goza de total confiança das mesmas, tanto que continua patrocinando seus interesses, no tocante a pretensões previdenciárias.

Afirma, também, que o Delegado responsável pela condução do Inquérito Policial já fora representado pelo paciente, junto à Corregedoria da Polícia Civil, por suposta má conduta no decorrer das investigações.

Alega, também, que a competência para processamento e julgamento das ações criminais para a apuração destas acusações de estelionato é da 1ª Vara da Comarca de Bonito, já que os fatos investigados, e denunciados, são todos oriundos de um mesmo Inquérito Policial.

O pedido liminar foi indeferido (f. 294 e v.).

A autoridade coatora prestou informações (f. 305-306).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (f. 311-314).

VOTO

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

Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada por Benedicto Arthur de Figueiredo Neto e Emanuelle Ferreira Sanches, em favor de Hérico Monteiro Braga, apontando a Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Bonito como autoridade coatora.

O paciente em questão é advogado atuante na área previdenciária, principalmente na região da comarca de Bonito, e está sendo acusado do cometimento de diversos crimes de estelionato contra seus clientes.

O cerne da impetração é referente à decisão da autoridade apontada coatora que decretou a prisão preventiva do paciente, sob o fundamento de que ele estaria prejudicando a colheita de provas (f. 280-282), conforme depoimentos prestados perante membro do *Parquet* daquela urbe.

O impetrante sustenta que os fundamentos utilizados para o decreto prisional estão equivocados, eis que o paciente não teria tentado alterar o conteúdo das declarações das supostas vítimas, bem como goza de total confiança das mesmas, tanto que continua patrocinando seus interesses, no tocante a pretensões previdenciárias.

Afirma, também, que o Delegado responsável pela condução do Inquérito Policial já fora representado pelo paciente, junto à Corregedoria da Polícia Civil, por suposta má conduta no decorrer das investigações.

Alega, outrossim, que a competência para processamento e julgamento das ações criminais para a apuração destas acusações de estelionato é da 1ª Vara da Comarca de Bonito, já que os fatos investigados, e denunciados, são todos oriundos de um mesmo Inquérito Policial.

Inicialmente, cumpre destacar que, não obstante os impetrantes sustentem a existência de diversas irregularidades processuais, a matéria a ser analisada neste *writ* é referente apenas à liberdade do paciente, sob pena de antecipação de julgamento e/ou supressão de instância.

Questões acerca de possível suspeição do Delegado de Polícia local, bem como da competência do Juízo da 2ª Vara da Comarca de Bonito para processamento da demanda, devem ser decididas em tempo oportuno, pelas vias adequadas.

Desta forma, observa-se que a prisão preventiva do paciente foi decretada com fundamento na ocorrência de intimidação das testemunhas Ramão Insabralde Martins, Orlanda Paim Leite e Joelson Paim Martins, pai, mãe e filho, respectivamente.

Assim sendo, constata-se que o único fundamento ensejador da custódia cautelar do paciente foi a conveniência da instrução criminal, a fim de que os depoimentos das testemunhas acima relacionadas fossem tomados sem nenhum vício.

Ocorre que, em virtude da prisão preventiva decretada, a autoridade apontada como coatora determinou a antecipação da fase instrutória, com a consequente expedição de Carta Precatória para oitiva das testemunhas residentes na cidade de Guia Lopes da Laguna (f. 232).

Em consulta ao Sistema SAJ, constata-se que foi distribuída, na 1ª Vara da Comarca de Jardim, a Carta Precatória n. 013.10.000931-2. A audiência para a oitiva das testemunhas já foi realizada, no dia 5 de abril de 2010.

Dessa forma, o fundamento crucial para a constrição do paciente já não mais existe; sendo despiciendo discutir quaisquer outros argumentos apontados pela impetração.

Diante do exposto, divergindo do parecer, concedo a ordem de *habeas corpus* em favor de Hérico Monteiro Braga, para revogar a sua prisão preventiva, anteriormente convertida em prisão domiciliar, decretada nos autos da Ação Penal de n. 028.09.000932-8.

Expeça-se Alvará de Soltura, imediatamente, independente de publicação deste acórdão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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 abril de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.015198-2 - Nova Andradina
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TENTATIVA DE ESTELIONATO – UTILIZAÇÃO DE GUIA DE CUSTAS EM VÁRIOS PROCESSOS – IMPETRAÇÃO ANTERIOR – FUNDAMENTOS DIVERSOS – CONHECIMENTO – PLEITO DE ADEQUAÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DA DENÚNCIA – IMPROPRIEDADE DA ANÁLISE – *EMENDATIO LIBELLI* – INSTRUÇÃO PROBATÓRIA – SENTENÇA – TRIBUTOS PAGOS, ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA – IRRELEVÂNCIA – DEMORA NO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE TRANCAMENTO – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – PACIENTE EM LITÍGIO COM MAGISTRADO – NÃO RECONHECIMENTO DE SUSPEIÇÃO OU IMPEDIMENTO – VALIDADE DO ATO JUDICIAL – PRINCÍPIO DA BAGATELA – QUANTIA INSUFICIENTE PARA EXECUÇÃO FISCAL – NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA – RESPONSABILIDADE DO PACIENTE NA CONDUTA – MÉRITO DA AÇÃO PENAL – ORDEM DENEGADA.

A existência de habeas corpus anterior, com a mesma pretensão – trancamento da ação penal –, não obsta o conhecimento da impetração atual, quando a causa de pedir (fundamentação) for diversa.

É inviável a análise da tipificação legal abstrata da denúncia por este Sodalício, via habeas corpus. É certo que o CPP permite a emendatio libelli, mas este procedimento deve ocorrer na sentença, após a regular instrução processual, sob pena de supressão de instância e antecipação do julgamento.

A quitação dos tributos referentes às guias de custas, antes do oferecimento da denúncia, não tem nenhuma relevância, quanto à acusação versa sobre o crime de estelionato. Apesar na hipótese de a sentença de mérito acolher a pretensão de desclassificação da conduta para crime tributário, é que a quitação tributária deverá ser analisada.

A demora no oferecimento da denúncia não acarreta a sua nulidade, devendo-se prestigiar o princípio da instrumentalidade das formas. O recebimento da denúncia por magistrado que litiga com o paciente não retira a validade do ato judicial, mormente quando se observa que não houve reconhecimento de impedimento ou suspeição em nenhuma instância.

A análise da aplicação do princípio da bagatela é condicionada à classificação jurídica da conduta nos moldes pretendidos pela impetração, inviabilizando a sua análise neste writ, sob pena de antecipação de julgamento.

Reconhecer que a imputação da responsabilidade exclusivamente ao seu patrono é uma das teses defensivas do paciente, não ser recomendável sua apreciação diretamente por este Sodalício, sob pena, novamente, de supressão de instância.

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, denegar a ordem.

Campo Grande, 14 de junho de 2010.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada por Fabricio dos Santos Gravata, em favor de Luiz Eduardo Auricchio Bottura, apontando o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina como autoridade coatora.

O impetrante sustenta, em apertada síntese, que o paciente vem sofrendo constrangimento ilegal, consubstanciado no trâmite da ação penal de n. 017.09.000714-6, pela suposta prática do delito previsto no artigo 171, *caput*, c/c art. 14, II (tentativa de estelionato), ambos do Código Penal.

Argumenta, inicialmente, que a denúncia não narra nenhum crime de estelionato, mas sim um crime tributário e "*somente no 'Código de Processo Penal Pantaneiro', que a conduta se transforma em estelionato tentado*" (sic – f. 2).

Alega que a própria denúncia reconhece a inexistência e a não utilização de qualquer documento falso, sendo que todos os tributos foram devidamente recolhidos, antes do oferecimento da denúncia.

Frisa que "a tipificação adotada pelo Ministério Público, é um estratagema para submeter o Paciente a uma absurda ação penal por 'tentativa de estelionato' ao 'TENTAR deixar de recolher tributos', máxime pelo engavetamento do inquérito por meses para se oferecer a denúncia nas férias do Juiz Titular para um Juiz que é processado pelo Paciente." (sic – f. 3).

Assinala que o valor da vantagem indevida narrada na denúncia é de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), sendo, portanto, valor de bagatela, que nem sequer seria executado pela Fazenda Pública.

Por fim, aduz que não há nenhuma narrativa de sua participação na conduta em questão, eis que a responsabilidade pela juntada das guias seria do advogado subscritor das peças processuais.

Ao final da argumentação, requer "l*iminarmente, pelo sobrestamento da ação até o julgamento do mérito, ou, ao mínimo, da audiência de instrução e julgamento agendada para o dia 10.8.2010, e, no mérito, depois dos trâmites legais, pelo: I) sobrestamento da ação até o transito em julgado do Habeas Corpus; II) reconhecimento da ilegitimidade passiva do Paciente, que não pode ser objetivamente responsabilizado por eventual erro de seu advogado no recolhimento do preparo; III) trancamento da ação, já que o suposto crime descrito na denúncia (de tentar, através do uso de comprovantes de pagamento de taxas judiciais inexatos, deixar de pagar tributos – taxas judiciais – talvez devidos à Fazenda) é crime material contra a ordem tributária e não há crédito fiscal regularmente inscrito, violando a Súmula n. 24 do Supremo Tribunal Federal; IV) trancamento da ação por falta de pretensão punitiva do Estado, pois todas as taxas estão pagas como reconhece o MP; V) trancamento da ação, pelo valor das supostas taxas devidas, de menos de duzentos reais, que não daria ensejo a execução fiscal, tornando ilegal sua repressão penal."* (sic – f. 6).

A liminar foi indeferida, pelo Desembargador substituto (f. 77-78).

A fim de verificar a possibilidade de repetição da impetração, foi juntada fotocópia da petição inicial do *habeas corpus* de n. 2010.007047-9 (f. 79-111).

A autoridade apontada como coatora, prestou informações (f. 115).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 119-125), opina pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO

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

Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada por Fabricio dos Santos Gravata, em favor de Luiz Eduardo Auricchio Bottura, apontando o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina como autoridade coatora.

O impetrante sustenta, em apertada síntese, que o paciente vem sofrendo constrangimento ilegal, consubstanciado no trâmite da ação penal de n. 017.09.000714-6, pela suposta prática do delito previsto no artigo 171, *caput*, c/c art. 14, II (tentativa de estelionato), ambos do Código Penal. Portanto, o objetivo desta impetração é o trancamento daquela ação penal.

Inicialmente, cabe esclarecer que o *writ* deve ser conhecido. Apesar de a mesma pretensão – trancamento da ação penal de n. 017.09.000714-6 – já ter sido deduzida neste juízo anteriormente – *habeas corpus* de n. 2010.007047-9 –, constata-se que a pretensão atual possui fundamento diverso, portanto deve ter sua resposta jurisdicional.

Num primeiro momento, o impetrante busca adequar a tipificação da conduta narrada na denúncia, para tanto, afirma que a denúncia não narra nenhum crime de estelionato, mas sim um crime tributário e "*somente no 'Código de Processo Penal Pantaneiro', que a conduta se transforma em estelionato tentado*" (sic – f. 2).

Importante lembrar que o réu não se defende da tipificação penal estabelecida pela denúncia, mas sim dos fatos descritos como criminosos, naquela peça processual. Neste sentido, se o impetrante entende que a tipificação é diversa da classificação adotada pelo *Parquet*, deve defender-se pelas vias adequadas e o juízo de 1.ª instância deve apreciar esta tese, no momento oportuno (*emendatio libelli*).

A análise da tipificação legal abstrata da denúncia por este Sodalício, indubitavelmente, acarretaria supressão de instância, antecipação de julgamento e, até mesmo, usurpação da função ministerial. É certo que o Código de Processo Penal permite que o juiz atribua definição jurídica diversa da contida na denúncia, entretanto, tal procedimento ocorre após a instrução processual e não via *habeas corpus*, por órgão jurisdicional distinto.

Destarte, é inviável o pedido de classificação jurídica diversa da denúncia.

Em consequência, a alegação de que a própria denúncia reconhece a inexistência e a não utilização de qualquer documento falso, sendo que todos os tributos foram devidamente recolhidos, antes do oferecimento da denúncia, não tem nenhuma relevância, neste momento.

Isso porque a matéria é, eminentemente, probatória; diz respeito ao suposto crime tributário que o impetrante entende descrito na exordial. Não havendo o reconhecimento neste momento, não há que se discutir se eventuais tributos estão pagos ou não.

Quanto à alegação de que *"a tipificação adotada pelo Ministério Público, é um estratagema para submeter o Paciente a uma absurda ação penal por 'tentativa de estelionato' ao 'TENTAR deixar de recolher tributos', máxime pelo engavetamento do inquérito por meses para se oferecer a denúncia nas férias do Juiz Titular para um Juiz que é processado pelo Paciente"* (sic – f. 3), não há nenhuma irregularidade que acarrete a nulidade ou o trancamento da ação penal em questão.

Não se observa nenhum prejuízo ao paciente na demora do oferecimento da denúncia. Pelo contrário, o suposto "engavetamento" do inquérito policial poderia apenas trazer benefícios ao paciente, como a prescrição, por exemplo. Admitir que a demora no oferecimento da denúncia acarrete a sua nulidade, seria prestigiar a formalidade em demasia, jogando por terra o princípio da instrumentalidade das formas.

Nota-se, também, que não há notícia de que o magistrado que recebeu a denúncia seja suspeito ou imparcial em relação ao paciente. O fato de a autoridade apontada como coatora litigar com o paciente, por si só, não caracteriza impedimento ou suspeição, mormente quando se observa que o paciente já processou um grande contingente de magistrados deste Estado.

Aliás, importante mencionar que o próprio impetrante ressalta que já ofereceu representação (f. 43-73), na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, alegando sofrer "*tortura, prisão política e arbitrária, censura prévia, perseguição política, juízo de exceção e outras infrações" (sic – f. 43) deste relator, inclusive, isso porque "no HC n. 2010.007047-9, demonstrou possuir manifesto pré-conceito contra o Representante, usando inclusive a palavra 'presume-se*'." (sic – f. 69).

Verifica-se, assim, que o oferecimento de representações e queixas-crime contra magistrados que decidem de forma diversa dos interesses do paciente é um expediente corriqueiro a ele. Desta forma, não há como este simples fato acarretar suspeição ou impedimento, por si só, sob pena de inviabilizar a prestação da tutela jurisdicional a ele.

Quanto à alegação de que o valor da vantagem indevida narrada na denúncia é de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), sendo, portanto, valor de bagatela, que nem sequer seria executado pela Fazenda Pública, não há como dar acolhimento, neste momento.

A questão é bastante singela e se assemelha da fundamentação relativa ao pedido de classificação da conduta narrada na denúncia como crime tributário. Isso porque a matéria é fático-probatória e depende, fundamentalmente, da análise do juízo de 1.ª instância.

Analisar, e aplicar (como quer o impetrante), o princípio da bagatela neste momento, violaria vários princípios processuais constitucionais e infraconstitucionais. D'outro norte, não há unanimidade sequer quanto à classificação jurídica da conduta, tornando desaconselhável a adoção do princípio da insignificância ao caso.

Por fim, o impetrante aduz que não há nenhuma narrativa de sua participação na conduta em questão, eis que a responsabilidade pela juntada das guias seria do advogado subscritor das peças processuais.

Deve-se reconhecer que a imputação da responsabilidade exclusivamente ao seu patrono é uma das teses defensivas do paciente, não sendo recomendável sua apreciação diretamente por este Sodalício, sob pena, novamente, de supressão de instância.

De fato, a narrativa da denúncia deixa claro que o paciente seria o beneficiado direto da conduta classificada como estelionato. Isso torna possível a conclusão de que ele tem legitimidade processual para figurar no pólo passivo da demanda. A verificação adequada da responsabilidade de cada agente deve ser apontada pela sentença de mérito.

Diante do exposto, acompanhando o parecer, denego a ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Carlos Eduardo Contar e Juiz Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 14 de junho de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.029110-3 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – JÚRI – AFASTADAS AS PRELIMINARES DE INCONSTITUCIONALIDADE, NULIDADE DA QUESITAÇÃO E LESÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA DAS PARTES, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – MÉRITO: COM O PARECER, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO – PRELIMINARES.

1. Não há inconstitucionalidade, uma vez que o artigo 472, parágrafo único, do CPP, não tem do condão de influenciar na íntima convicção destes, pois a entrega das peças aos jurados, visa à facilitar a compreensão do feito e qualquer dúvida pode ser sanada por meio de indagação diretamente ao juiz presidente, como prevê o artigo 480 do CPP. A vedação não se dirige aos jurados, mas refere-se às partes, para que não se utilizem da pronúncia e demais peças, previstas no artigo 478, I, do CPP, como meio de influenciar corpo do júri. Benefício para a defesa. 2. Quesito foi formulado na forma disposta na lei, nos termos do artigo 483 do Código de Processo Penal, elaborado de forma clara, completa e fática. 3. Inexistência de violação aos princípios da isonomia das partes, contraditório e ampla defesa, pois as expressões do Promotor não podem ser consideradas elementos novos, tampouco depoimento pessoal.

MÉRITO: Não prospera a alegação da defesa de que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos quanto ao reconhecimento do motivo fútil, justificando que a discussão e vias de fato ocorridas entre o apelante e a vítima antes do crime descaracterizariam tal qualificadora, porquanto o Júri considerou, de acordo com as provas dos autos, que a razão pela qual o acusado ceifou a vida da vítima apresentou-se fútil, diante da pequenez da situação, decorrente de discussão entre ambos. Decisão contrária à prova dos autos ocorre quando há equívoco, erro, consistente na falsa percepção da verdade pelos Jurados e, não quando decorre de interpretação destes em livre convencimento. A argumentação da defesa de que a ingestão de bebida alcoólica, ainda que parcial, excluiria a qualificadora, além de incomprovada é inservível, pois se trata tese nova, não apresentada aos jurados, logo, caracterizaria supressão de instância e ameaça à soberania dos veredictos. Com o parecer, negado provimento ao recurso.

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, rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 27 de abril de 2010.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de apelação interposta por João Antônio Moura, condenado, pela prática do delito de homicídio qualificado pelo motivo fútil à pena de 13 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicialmente fechado.

Inconformada, a defesa apelou (f. 340) e, nas razões de apelação de f. 362-407, alega preliminarmente: 1) a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 472, p. único ou do artigo 478, I, ambos do Código de Processo Penal, argumentando existir incongruência entre as normas, dizendo que o jurado ao receber uma cópia da sentença de pronúncia, como determina o p. único do art. 472, CPP, lê a decisão e paradoxalmente o artigo 478, I, CPP impede que seja feita qualquer menção, inclusive explicativa da mesma decisão, o que diz, impedir que sejam os jurados levados ao real sentido e significado da sentença de pronúncia, prejudicando a amplitude da defesa. Menciona que a arguição da inconstitucionalidade foi registrada quando da realização do júri. Invoca os princípios do devido processo legal e da publicidade dos atos processuais; 2) o sexto quesito formulado acerca do motivo fútil induziu os jurados à resposta positiva, pretendo tenha havido violação ao artigo 564, III, "k", do Código de Processo Penal; 3.) lesão aos princípios da isonomia das partes, contraditório e ampla defesa ao argumento de que o Promotor influenciou os jurados se utilizando de elementos inexistentes nos autos, consistente em pretenso depoimento pessoal nos minutos finais de sua sustentação. No mérito, sustenta que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos quanto ao reconhecimento do motivo fútil, justificando que discussão e vias de fato ocorridas entre o apelante e a vítima antes do crime descaracterizariam tal qualificadora, assim como aduz, a ingestão de bebida alcoólica, ainda que parcial, a excluiria. Requer a anulação do julgamento e que seja realizado outro.

O Ministério Público contrarrazoou às f. 413-423, combatendo as argumentações do apelado, defendendo a constitucionalidade dos dispositivos legais, fundamentando que durante os debates são sustentadas as teses defensivas e combatidos os argumentos que ensejaram a pronúncia do réu. Quanto ao quesito do motivo fútil, assevera haver obedecido ao que dispõe o artigo 483 do CPP, e, que teria ocorrido a preclusão da matéria.

Argumenta que a informação acerca do não funcionamento da empresa aos sábados é questão periférica e constitui fato notório, incapaz de influenciar de qualquer modo os jurados e tampouco constituiria depoimento, que só pode ser considerado o prestado pelas partes e pela testemunha acerca dos fatos principais. No mérito assegura a configuração da qualificadora do motivo fútil, dizendo ser decorrente de opção Conselho de Sentença dentre duas versões verossímeis apresentadas nos autos. Pugna pelo improvimento do recurso.

No mesmo sentido está o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 429-440, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Preliminares

1. Inconstitucionalidade do artigo 478, I ou do artigo 472, p. único, ambos do CPP

Não há inconstitucionalidade, vez que se mantém intacto o princípio do devido processo legal, no qual se incluem o contraditório e a ampla defesa, bem como da publicidade dos atos, porquanto, o fornecimento da peça de pronúncia aos jurados, na forma do artigo 472, p. único, do CPP, não tem do condão de influenciar na íntima convicção destes, ante os limites estreitos da linguagem empregada na referida decisão, sendo incapaz de incitar juízo de valor, pois somente expressa a presença da materialidade e a dúvida acerca da autoria, razão pela qual a questão é submetida ao julgamento do Conselho de Sentença.

A entrega das peças aos jurados visa a facilitar a compreensão do feito e qualquer dúvida pode ser sanada por meio de indagação diretamente ao juiz presidente, como prevê o artigo 480 do CPP:

> Art. 480. A acusação, a defesa e os jurados poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado.
>
> § 1º Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos.
>
> § 2º Se houver dúvida sobre questão de fato, o presidente prestará esclarecimentos à vista dos autos.
>
> § 3º Os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente.

Assim, a vedação não se dirige aos jurados, mas refere-se às partes**,** para que não se utilizem da pronúncia e demais peças, previstas no artigo 478, I, do CPP, como meio de influenciar corpo do júri. Logo, maior é o benefício para a defesa.

Como bem aponta Walfredo Cunha Campos:

> Ao que parece, quis o legislador impedir que o tribuno em seu discurso leia trechos da decisão de pronúncia ou do acórdão que julgaram admissível a acusação e argumente que o juiz técnico ou os desembargadores do Tribunal de Justiça, com a autoridade que lhes é própria, entenderam que há prova da materialidade, indícios de autoria de que foi o acusado o autor do crime ou que estão evidenciadas as qualificadoras articuladas na denúncia e, com isso, influenciar os jurados. Esse dispositivo tem, portanto, alvo certo: o Ministério Público, a quem, a partir de agora, será imposta severa censura quando discursar no Tribunal do Júri.[1]

Oportuna também a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

> Pretendeu-se com essas restrições estabelecer uma paridade de armas. Se a Acusação não pode tirar partido do silêncio do réu ou da sua recusa a comparecer à sessão de julgamento, ela também não pode prevalecer-se dos argumentos invocados pelo Juiz para a pronúncia. A primeira restrição é válida. É direito constitucional do cidadão. A segunda, não; é um direito do Acusador sustentar a pronúncia. E como sustentá-la sem a ela se referir nos pontos mais importantes?[2]

A par das diversas críticas feitas pelo apelante em face da forma como é feita o júri, argumentando uma possível influência por parte da figura do juiz togado que preside o Júri, sob a fundamentação de que *"goza de elevado prestígio perante a comunidade*" (f. 368), a organização e competência do Tribunal do Júri é matéria constitucional, integrante do conjunto de direitos e garantias fundamentais, incluída dentre as cláusulas pétreas, na forma do artigo 60, § 4º, IV, da Lei Maior.

Como bem decidiu o magistrado *a quo* na reunião do Tribunal do Júri a f. 327:

> Defiro a entrega das cópias da pronúncia aos jurados com base no art. 472, parágrafo único do CPP. Outrossim, não é inconstitucional o dispositivo enfocado pela defesa, dada a presunção de constitucionalidade da lei, que sobre este aspecto, há controle acentuado no projeto de lei desde o nascedouro, pelo Poder Legislativo, o qual possui uma comissão específica para apreciar tal instituto. Acresce-se que em nenhum momento a defesa alegou, por ocasião da pronúncia, excesso de linguagem. Logo, a linguagem da referida pronúncia é módica, sem nenhum potencial capaz de influenciar, pela simples leitura, os jurados. Por fim, o que a lei veda, é de a parte, acusação ou defesa, fazer uso dos termos da pronúncia como matéria de argumentação para influenciar os jurados para condenar ou absolver, o que não se verificou durante a sessão.

1 CAMPOS, Walfredo Cunha. **O novo júri brasileiro**. São Paulo: Primeira Impressão, 2008.

2 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

Assim inexiste incongruência entre o artigo 472, p. único e o artigo 478, I, ambos do Código de Processo Penal, sendo as normas harmônicas e consonantes com a Constituição Federal.

Desta feita, afasto a preliminar de inconstitucionalidade levantada em face dos artigos 472, p. único e 478, I, ambos do Código de Processo Penal, por estarem totalmente em consonância com o artigo 5º, XXXVIII, "a" a "d", da Constituição Federal.

2. Quesitação

Afasto a preliminar de nulidade acerca do sexto quesito formulado sobre o motivo fútil, ao argumento de que induziu os jurados à resposta positiva, pretendo tenha havido violação ao artigo 564, III, "k", do Código de Processo Penal.

Entendo não tenha havido a preclusão da arguição da questão, porquanto a formulação errônea da quesitação enseja a anulação do julgamento por ofensa à ampla defesa, logo, matéria de ordem pública, arguível na fase recursal.

Todavia, no presente caso, a preliminar deve ser rejeitada porque, o quesito foi formulado na forma disposta na lei, nos termos do artigo 483 do Código de Processo Penal:

> Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:
>
> I – a materialidade do fato;
>
> II – a autoria ou participação;
>
> III – se o acusado deve ser absolvido;
>
> IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
>
> V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. (g.n.)

Segundo se constata do Termo de Votação de f. 332, o dispositivo legal foi rigorosamente obedecido, sendo elaborado o sexto quesito nos seguintes termos:

> [...]
>
> 6) O acusado JOÃO ANTÔNIO MOURA agiu por motivo fútil, devido a uma discussão e briga anterior aos fatos?
>
> (quatro) SIM por maioria (dois) NÃO
>
> [...].
>
> Segundo se verifica, referido quesito foi claro, completo e fático, como, orienta a doutrina que deva ser, consoante ensina Walfredo Cunha Campos:
>
> 5) – circunstâncias qualificadoras: devem ser justificadas sucintamente, através de narrações dos fatos que as constituem, sob pena, de assim não procedendo, os jurados decidirem a respeito de um conceito jurídico abstrato (v.g. motivo fútil, motivo torpe, etc.), deixando de julgar as circunstâncias fáticas do caso concreto em análise.[3]

3 CAMPOS, Walfredo Cunha, *op. cit.*

3. <u>Lesão aos princípios da isonomia das partes, contraditório e ampla defesa</u>

Rejeito também a alegação de lesão aos princípios da isonomia das partes, contraditório e ampla defesa ao argumento de que o Promotor influenciou os jurados se utilizando de elementos inexistentes nos autos, consistente em pretenso depoimento pessoal nos minutos finais de sua sustentação.

O apelante imputa tais fatos ao Promotor de Justiça sob a narrativa, que me permito transcrever (f. 391):

> O Douto Promotor, com óbvio intuito de reforçar a qualificadora do motivo fútil afirmou que tal testemunha, juntamente com a irmã do Apelante, estavam mentindo. A testemunha é o maior mentiroso que já vi!! Afirmou o Promotor. Daí em diante, utilizando-se de depoimento pessoal, passou a afirmar que havia entrado em contato com a secretária da empresa (Cristiane) eu que esta havia informado que a empresa sequer trabalha nos dias de sábado (o crime se deu num sábado), por esta razão a testemunha estava mentindo.

As expressões do Promotor não podem ser consideradas elementos novos, tampouco depoimento pessoal, pois se refere a fato notório acerca do horário de funcionamento do estabelecimento comercial, logo, não tiveram força de influenciar os jurados acerca da autoria do delito, sendo argumentação irrelevante, logo, não identificada a violação ao devido processo legal.

<u>Mérito</u>

No mérito, não prospera a alegação da defesa de que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos quanto ao reconhecimento do motivo fútil, justificando que a discussão e as vias de fato ocorridas entre o apelante e a vítima antes do crime descaracterizariam tal qualificadora, pois restou constatado nos autos a situação do motivo fútil.

Motivo fútil *"é o motivo insignificante, banal. Motivo fútil não se confunde com motivo injusto, uma vez que o motivo justo pode, em tese, excluir a ilicitude, afastar a culpabilidade ou privilegiar a ação delituosa."*[4]

Como bem define Rogério Greco:

> É o motivo insignificante, que faz com que o comportamento do agente seja desproporcional. Segundo Heleno Fragoso, 'é aquele que se apresenta, como antecedente psicológico, desproporcionado com a gravidade da reação homicida, tendo-se em vista a sensibilidade moral média.'[5]

Desse modo, a discussão antecedente não serve por si só como fator a caracterizar decisão contrária à prova dos autos, pelo contrário, o Júri considerou, de acordo com as provas dos autos, que a razão pela qual o acusado ceifou a vida da vítima apresentou-se fútil, diante da pequenez da situação, decorrente de discussão entre ambos.

No mesmo vértice, a argumentação da defesa de que a ingestão de bebida alcoólica, ainda que parcial, excluiria a qualificadora, além de incomprovada é inservível, pois se trata tese nova, não apresentada aos jurados, logo, caracterizaria supressão de instância e ameaça à soberania dos veredictos.

Escorreita a explicação do Promotor de Justiça, quanto ao acolhimento da qualificadora do motivo fútil pelos juízes de fato exposta nas contrarrazões (f.421): "*É que, havendo duas versões verossímeis nos autos, é lícito ao Conselho de Sentença optar por qualquer uma delas, sem que isto constitua decisão contrária à prova dos autos* [...]".

Com efeito, decisão contrária à prova dos autos ocorre quando há equívoco, erro, consistente na falsa percepção da verdade pelos Jurados e, não quando decorre de interpretação destes em livre convencimento.

4 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

5 GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 4. ed .Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

Brilhante a explicação de NUCCI:

> Não cabe anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente.[6]

De todo exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, REJEITARAM AS PRELIMINARES E 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, 27 de abril de 2010.

***

6 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

Apelação Criminal n. 2009.029129-9 - Amambai
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA – LEI N. 8.173/91 – REVENDA DE COMBUSTÍVEL EM DESACORDO COM NORMAS ESTABELECIDAS EM LEI – LAUDO PERICIAL – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE BEM DEFINIDAS – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – REDUÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Restando constatado na análise da amostra arrecadada no posto de abastecimento de propriedade do apelante, que o combustível líquido carburante por ele comercializado era impróprio para o consumo e em desacordo com as normas estabelecidas por lei, a condenação se impõe, em razão da previsão inserta na Lei n. 8.173/91.

A quantidade da prestação pecuniária deve ser estabelecida de tal modo que possibilite ao apenado satisfazê-la, assim, provida sua redução, ante a alegação de insuficiência financeira do apelante.

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, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 15 de abril de 2010.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de apelação interposta por Ramão Espíndola contra decisão que o condenou pela prática do delito previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.176/91, por duas vezes, em concurso material, c.c. art. 8º, inciso XV, da Lei n. 9.478/97 e art. 11, § 2º, da Portaria ANP n. 116, de 5.7.2000, à pena de 3 (três) anos de detenção, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes no pagamento de 15 (quinze) salários-mínimos em favor do Conselho da Comunidade de Amambai e prestação de serviço à comunidade.

Apresentou razões às f. 209-219, pleiteando sua absolvição, sob o argumento de ausência de dolo. Alternativamente requer a redução ao mínimo da pena pecuniária imposta, uma vez que não possui condições financeiras.

Contrarrazões ministeriais às f. 222-226, pugnando pelo não provimento do recurso.

Ouvida, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento da apelação e, no mérito, pelo seu desprovimento, mantendo-se a sentença hostilizada (f. 234-246).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Infere-se da peça acusatória que o denunciado, Ramão Espíndola, representante legal do Auto Posto Albatroz Ltda., revendia combustível em desacordo com as normas estabelecidas em lei, fato que foi confirmado em Certificado de Análise em Campo (f. 69), expedido pela ANP – Agência Nacional do Petróleo –, em fiscalização realizada em conjunto com o Ministério Público Estadual e com o Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado – GAECO.

Consta que, segundo apurou-se, o combustível comercializado estaria impróprio para consumo, já que o teor alcoólico e massa específica apresentavam irregularidades, isto é, "adulteração de combustível". E, ainda, que referida empresa, embora exibisse a marca comercial da Distribuidora Petrobrás, adquiria e revendia combustíveis da Simarelli Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda.

A materialidade resta evidenciada pelo auto de exibição e apreensão de f. 14, auto de depósito de f. 15, bem como nos documentos de fiscalização de f. 19-26; 62-74.

Quanto à autoria, o apelante sustenta a tese de ausência de dolo de sua parte, alegando para tanto, que o combustível analisado foi considerado impróprio para o consumo porque se tratava de "[...] 'fundo de estoque', quer dizer o resto do combustível que sobra no tanque não sendo possível revender essa sobra, mesmo porque a bomba de combustível não trás esse resto até as mangueiras (f. 213), e, portanto, teria cometido o delito sem qualquer intenção. Assinala ainda, que a verificação de qualquer alteração, como a constatada, no presente caso, mínima, só poderia ter sido por exames laboratoriais, não sendo perceptível aos leigos.

Em que pese tais argumentações defensivas, sorte não socorre ao apelante, visto que revendia produto em desacordo com as normais legais, de livre e consciente vontade, não podendo alegar em proveito próprio o desconhecimento dos fatos. Sua desídia em manter a qualidade do produto a ser comercializado, demonstra, ao menos, sua omissão delituosa, razão pela qual não há que se falar, aqui, em qualquer excludente de sua conduta ilícita.

De tal forma, de pouca ou mesmo nenhuma importância a afirmativa de que os litros existentes na bomba interditada tivessem ou não capacidade de serem extraídos para a revenda, por ser "fundo de estoque", o que, também, argumento solto, não comprovado nos autos. A interdição da bomba foi regular, de inteira propriedade, pois ligada a tanque que continha material impróprio, a impedir seu funcionamento.

Acrescentando, nas suas declarações prestadas à autoridade policial, o réu esclareceu que:

> [...] é dono do Auto Posto Albatroz há dois anos e dois meses, situada na Av. Internacional, s/n., nesta cidade, sendo que o posto tem a bandeira BR em exibição, e revende combustível da Empresa SIMARELLI, tanto aquele que apresentou irregularidade (álcool hidratado carburente), quanto à gasolina e óleo diesel; QUE, o autuado confirma que há dois anos e dois meses vêm adquirindo combustíveis da Empresa SIMARELLI, conquanto ostente a bandeira da BR; [...] (SIC) (f. 9-10).

Na fase judicial, o apelante, mesmo devidamente citado (f. 103v.), deixou de comparecer à audiência, acarretando-lhe a decretação de sua revelia (f. 104). Contudo, apresentou defesa prévia e rol de testemunhas (f. 109), foi intimado para a audiência para oitiva das testemunhas da defesa (f. 160v.), tendo comparecido a ambas (f. 161 e 169).

Portanto, considero bem demonstradas a autoria e materialidade do delito em tela, sendo certo que o teor das declarações do acusado, mesmo que apenas na fase inquisitorial, corroboradas pelos depoimentos das testemunhas e as informações trazidas nos documentos expedidos pela fiscalização realizada pela ANP e pelo GAECO, confirmam o fato de que o apelante comercializava o combustível que, submetido à analise, contatou-se fora das especificações da ANP.

Assim, a prova é farta e lastreada por elementos técnicos importantes, sendo de rigor a condenação do apelante.

Prescreve o artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.176/91:

> Art. 1° Constitui crime contra a ordem econômica:
>
> I - adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei

Por sua vez, o art. 11, § 2º, da Portaria n. 116/2000, estabelece:

> Art. 11. O revendedor varejista deverá informar ao consumidor, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível automotivo comercializado.
>
> [...]
>
> § 2° 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.
>
> [...]
>
> Restando por constatadas a materialidade e a autoria delitivas, uma vez que, constatado na análise da amostra arrecadada no posto de abastecimento de propriedade do apelante, que o combustível encontrava-se em desacordo com as normas estabelecidas por lei e, ainda, não havendo causa excludente da ilicitude de sua conduta, a condenação se impõe, em razão da previsão inserta no art. 1º, I, da Lei n. 8.173/91 (por duas vezes), c.c. art. 8º, inciso XV, da Lei n. 9.478/97 e art. 11, § 2º, da Portaria ANP n. 116/2000, devendo ser mantida a sentença prolatada pelo magistrado primevo.
>
> **Da pena substitutiva.**
>
> Compulsando-se os autos observa-se a insuficiência de recursos financeiros do réu, conforme se verifica com o recibo de pagamento de salário à f. 219.
>
> A respeito, cito o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:
>
> A quantidade da prestação pecuniária deve ser estabelecida de tal modo que possibilite ao apenado satisfazê-la. Ordem concedida. (HC n. 57909/RS, Quinta Turma, Relª. Minª. Jane Silva (DESª CONVOCADA DO TJ/MG), julgado em 7.8.2007, DJ de 3.9.2007 p. 194).

Assim, reduzo tal prestação antes fixada em quinze salários-mínimos para cinco salários-mínimos, valor tido por necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito, acolhendo, assim, o pedido alternativo formulado pela defesa.

Posto isso, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para reduzir a pena restritiva de direitos imposta ao apelante – prestação pecuniária – definindo-a no pagamento de cinco salários-mínimos, compatível com a renda do apelante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DERAM PARCIAL 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, 15 de abril de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.030228-6 - Coxim
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – PRODUTOS EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS PARA CONSUMO, EXPOSTOS À VENDA – DATA DE VALIDADE EXPIRADA – RESPONSABILIDADE DA REPRESENTANTE DA EMPRESA, ÚNICA RESPONSÁVEL PELA ADMINISTRAÇÃO DO ESTABELECIMENTO.

A conduta do comerciante que expõe à venda matéria-prima ou mercadoria, com o prazo de validade vencido configura, em princípio, a figura típica do art. 7º, inciso IX da Lei n. 8.137/90 c/c o art. 18 § 6º da Lei n. 8.078/90. Sendo a recorrida – representante legal da empresa - à única pessoa responsável pela administração do estabelecimento, que pertence ao filho menor e a outro sócio que não influência na administração do comércio, a ela incumbe à autoria do crime previsto no inciso IX do art. 7º da Lei n. 8.137/90.

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, não conhecer do recurso.

Campo Grande, 8 de junho de 2010.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Renata de Cezare Parmezan Galante interpôs recurso de apelação criminal em face da sentença que a condenou pelo crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, a uma pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, substituindo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (multa no valor de R$ 1.000,00 e prestação pecuniária consistente na doação de R$ 1.000,00 ao Conselho da Comunidade deste Município).

Sustenta, em apertada síntese, que não pode ser responsabilizada criminalmente, visto que não possui poder de mando na empresa Comercial Prudente, e que não existem provas concretas acerca da autoria e materialidade do delito que lhe está sendo imputado (expor a venda produto impróprio para o consumo).

Às f. 149-154 foram apresentadas contrarrazões pugnando pelo não-provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do recurso e manutenção da sentença em todos os seus termos.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Consoante relatado, Renata de Cezare Parmezan Galante interpôs recurso de apelação criminal em face da sentença que a condenou pelo crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90 (vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo), a uma pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Depreende-se dos autos que em 10 de março de 2008, na empresa denominada "Comercial Prudente", situada na cidade de Coxim-MS, foram expostos à venda mercadoria em condições impróprias para o consumo.

A Vigilância Sanitária constatou que várias mercadorias expostas à venda no local, estavam com a data de validade vencida.

A materialidade está demonstrada no Auto de Infração lavrado pela Vigilância Sanitária (f. 16) e pelo Auto de Prisão em Flagrante (f. 6).

A autoria está devidamente comprovada. Conforme se depreende do depoimento da própria apelante ela é a única responsável pela administração do estabelecimento comercial, pois a empresa pertence a seu filho - menor de idade - e a Roberto dos Santos Vicente, o qual, sequer fica na cidade. Vejamos.

> [...] MP: O outro sócio, pelo que eu entendi, ele viaja muito, uma pessoa que viaja bastante?
>
> INTERROGANDA: É, na realidade, porque ele, assim, em termos de administração, como ele mesmo fala, ele não, ele queria investir, na época, e a gente, também, então, unimos o útil ao agradável.
>
> MP: Então é a senhora mesma quem faz a administração da empresa, já que o outro sócio é seu filho que é menor ainda?
>
> INTERROGANDA: É. Eu me prendo mais à parte de prestar atenção nesses recolhimentos de nota, fazer pagamentos, não deixar a parte de imposto, tudo em ordem, né, que é a parte que eu sei controlar melhor[...] (depoimento da apelante, acostado às f. 95)

Ora, se a recorrida possui amplos, gerais e ilimitados poderes para administrar a empresa, conforme está expressamente consignado na Procuração de f. 59, considerando que um dos sócios é seu filho menor e o outro não influência nas decisões administrativas, é evidente que é sua a responsabilidade pelos produtos expostos à venda no "Comercial Prudente".

O fato da recorrente não constar como sócia da empresa não lhe retira a responsabilidade, pois, devidamente demonstrado que era sua, e de mais ninguém, a incumbência de administrar a empresa.

A respeito cito o seguinte precedente do Tribunal de Justiça de Espírito Santo:

> APELAÇÃO CRIMINAL PENAL - CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO - PRODUTO IMPRÓPRIO - AUSÊNCIA DE LAUDO DE ANÁLISE DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA - CONDUTA TÍPICA NÃO COMPROVADA - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO 1. Sendo o delito previsto no inciso IX, art. 7º da Lei n. 8137□ 90, formal e de perigo abstrato, responde o representante legal do estabelecimento que tem em depósito, para venda, produto impróprio para consumo, pois este tem o dever de fiscalizar a qualidade dos produtos que fabrica ou que coloca à

venda. - 2. Comprovado nos autos, que a conduta imputada ao recorrente, qual seja, produto sem nota, não se enquadra entre as hipóteses delineadas, seja, no artigo 18, parágrafo 6º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor, seja, no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137 90 e, ainda, inexistente o Laudo de Análise da Vigilância Sanitária ou de qualquer outro órgão sanitário, suficientemente lastreado no sentido de apontar que o material apreendido era impróprio para o consumo humano, tem-se como correto e prudente a absolvição do mesmo, com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. 3. Recurso Conhecido e Provido. (TJES, ACr n. 24050133065, Segunda Câmara Criminal, Rel. José Luiz Barreto Vivas, Relator Substituto Designado: Telemaco Antunes de Abreu Filho, julgado em 28.11.2007, DJ de 6.5.2008).

O Supremo Tribunal de Justiça já decidiu:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. FABRICAÇÃO E DEPÓSITO DE PRODUTO EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO. INCISO IX DO ART. 7º DA LEI N. 8.137/90, COMBINADO COM O INCISO II DO § 6º DO ART. 18 DA LEI N. 8.078/90. CONFIGURAÇÃO DO DELITO. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA EFETIVA NOCIVIDADE DO PRODUTO. REAJUSTAMENTO DE VOTO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA IMPROPRIEDADE DO PRODUTO PARA USO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ÔNUS DA PROVA DO TITULAR DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Agentes que fabricam e mantém em depósito, para venda, produtos em desconformidade com as normas regulamentares de fabricação e distribuição. Imputação do crime do inciso IX do art. 7º da Lei n. 8.137/90. Norma penal em branco, a ter seu conteúdo preenchido pela norma do inciso II do § 6º do art. 18 da Lei n. 8.078/90. 2. São impróprios para consumo os produtos fabricados em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. A criminalização da conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos. 3. Ordem concedida. (STF, HC n. 90779-PR, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 17.6.2008).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 7º, INCISO IX DA LEI N. 8.137/90 (LEI DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO) E ART. 18 § 6º, INCISO I DO CBDC. JUSTA CAUSA.

I - A própria conceituação de dolo mostra que não há necessariamente incompatibilidade entre o fato de um crime ser de perigo presumido e a exigência, no campo penal, da responsabilidade subjetiva e pessoal. Da mesma forma, inocorre a pretensa ausência de compatibilidade com a norma penal em branco, mormente de complementação homóloga (de igual instância legislativa).

II - A conduta do comerciante que expõe à venda matéria-prima ou mercadoria, com o prazo de validade vencido, configura, em princípio, a figura típica do art. 7º, inciso IX da Lei n. 8.137/90 c/c o art. 18 § 6º da Lei n. 8.078/90, sendo despicienda, para tanto, a verificação pericial, após a apreensão do produto, de ser este último realmente impróprio para o consumo. O delito em questão é de perigo presumido (Precedentes).

Writ indeferido (HC n. 9.768/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 4.11.1999, DJ de 13.12.1999, p. 163).

Posto isso, com o parecer, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença objurgada na íntegra.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, João Batista da Costa Marques e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 8 de junho de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.009540-8 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 54, *CAPUT*, C/C ART. 15, INCISO II, ALÍNEAS "E" E "H" DA LEI N. 9.605/98 – POLUIÇÃO SONORA – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE LAUDO PERICIAL – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS – RECURSO IMPROVIDO.

Por se tratar de um crime que não deixa vestígios, a realização da perícia pode ser dispensada, mormente quando suprida pela confissão do apelante e pelos depoimentos testemunhais.

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, 20 de abril de 2010.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Trata-se de apelação criminal interposta por Ailson Martins dos Santos, objetivando a reforma da sentença (f. 92-97) que houve por bem julgar procedente a denúncia formulada pelo Ministério Público Estadual, condenando o apelante nas penas do art. 54, caput, c/c art. 15, inciso II, alíneas "e" e "h", da Lei n. 9.605/98, a 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, fixando como regime inicial de cumprimento de pena o aberto, e ao final, substituindo a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, em instituição a ser designada pelo Juízo da Execução, pelo mesmo período da condenação, e por uma pena pecuniária de 35 (trinta e cinco) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo, bem como a pena pecuniária cumulativa de 85 (oitenta e cinco) dias-multa, na mesma proporção.

Dos autos consta que, no dia 30.11.2003 (domingo), por volta das 19h20min, na Avenida Afonso Pena, próximo à Reserva Ecológica Parque dos Poderes, nesta Capital, o apelante causou poluição sonora acima do nível permitido pelo anexo (Tabela I) da Lei Complementar Municipal n. 08/96, que alterou a Lei Municipal n. 2.909/92, por encontrar-se estacionado no referido local com o som ligado de seu veículo, marca Dodge-Dakota, placa CQZ 8588/Piracicaba-SP, o qual produzia 86 dB (oitenta e seis decibéis) de sonorização.

Em suas razões recursais (f. 125-127) o apelante pleiteia pela reforma da sentença recorrida, pleiteando a sua absolvição por não restarem comprovadas a materialidade do delito, argumentando que o documento acostado às f. 10 não pode ser tido como laudo, pleiteando, assim, a sua nulidade uma vez que não preenche os requisitos legais estabelecidos nos art. 159 e 160 do CPP, infringindo, também, a Súmula 361, do STF.

O Ministério Público em contrarrazões (f. 129-133), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 141-148), opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Ailson Martins dos Santos, objetivando a reforma da sentença (f. 92-97) que houve por bem julgar procedente a denúncia formulada pelo Ministério Público Estadual, condenando o apelante nas penas do art. 54, *caput*, c/c art. 15, inciso II, alíneas "e" e "h", da Lei n. 9.605/98, a 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, fixando como regime inicial de cumprimento de pena o aberto, e ao final, substituindo a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, em instituição a ser designada pelo Juízo da Execução, pelo mesmo período da condenação, e por uma pena pecuniária de 35 (trinta e cinco) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo, bem como a pena pecuniária cumulativa de 85 (oitenta e cinco) dias-multa, na mesma proporção.

Dos autos consta que, no dia 30.11.2003 (domingo), por volta das 19h20min, na Avenida Afonso Pena, próximo à Reserva Ecológica Parque dos Poderes, nesta Capital, o apelante causou poluição sonora acima do nível permitido pelo anexo (Tabela I) da Lei Complementar Municipal n. 08/96, que alterou a Lei Municipal n. 2.909/92, por encontrar-se estacionado no referido local com o som ligado de seu veículo, marca Dodge-Dakota, placa CQZ 8588/Piracicaba-SP, o qual produzia 86 dB (oitenta e seis decibéis) de sonorização.

Em suas razões recursais (f. 125-127) o apelante pleiteia pela reforma da sentença recorrida, pleiteando a sua absolvição por não restarem comprovadas a materialidade do delito, argumentando que o documento acostado às f. 10 não pode ser tido como laudo, pleiteando, assim, a sua nulidade uma vez que não preenche os requisitos legais estabelecidos nos art. 159 e 160 do CPP, infringindo, também, a Súmula 361, do STF.

O Ministério Público em contrarrazões (f. 129-133), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 141-148), opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Passo a análise do recurso.

Irresignado com a sentença condenatória o apelante interpôs recurso (f. 125-127), pleiteando a sua absolvição aduzindo a ausência de materialidade do delito, argumentando que o documento acostado à f. 10 não pode ser tido como laudo, pleiteando, assim, a sua nulidade, uma vez que não preenche os requisitos legais estabelecidos nos art. 159 e 160 do CPP, infringindo, também, a Súmula 361, do STF.

Em análise detida dos autos conheço do recurso e vislumbro que não assiste razão ao apelante.

Primeiramente, entendo que a alegação de que o Laudo de Medição acostado à f. 10 dos autos deve ser declarado nulo por não atender os requisitos estabelecidos nos arts. 159 e 160 do CPP, não merece ser acolhido, uma vez que não se trata de perícia, vejamos:

Consta nos autos que no dia do cometimento do delito, uma equipe de servidores da SEMUR - Secretaria Municipal de Controle Ambiental e Urbanístico de Campo Grande estava participando de uma operação programada com a Polícia Militar, para fiscalizar a região da Avenida Afonso Pena, próximo ao Parque dos Poderes, justamente com o intuito de vigiar a emissão excessiva de ruídos pelos veículos que se encontravam estacionados naquela avenida.

Consta ainda que, o Sr. Antonio Carlos Sampaio da Silva, engenheiro ambiental devidamente inscrito no CREA/MS, servidor da SEMUR, de posse de um decibelímetro (equipamento utilizado para a medição de níveis de ruído/som), realizou a medição do som naquele momento, oriundo do veículo do Apelante, lavrando o laudo de f. 10, o que foi devidamente assinado pelo apelante (f. 24).

Ora, conforme se vê nos autos, um servidor do Órgão responsável por tal fiscalização que, munido de um decibelímetro, instrumento este utilizado para constatar os índices de intensidade sonora, realizou a medição no momento em que o som do carro estava ultrapassando os limites previstos pela legislação.

Ademais, a poluição sonora é uma espécie de poluição ambiental, que possui o caráter peculiar de nocividade orgânica, que não produz fumaça, não torna o solo estéril, mas perturba a mente, abala o equilíbrio, deteriorando o meio ambiente social, prejudicando a saúde e o bem-estar.

Logo, por tratar-se de um crime que não deixa vestígios, a realização da perícia pode ser dispensada.

Ademais, a autoria do delito está comprovada não só pela confissão do apelante (f. 12), como também, pelos depoimentos testemunhais colhidos nos autos (f. 72 e 73). Do mesmo modo, a materialidade se comprova pela notificação (f. 9) e pelo Laudo de Medição de Ruído (f. 10).

Nesse sentido, tem-se a jurisprudência do STF:

> *HABEAS CORPUS* - ALEGADA NULIDADE DO PROCEDIMENTO PENAL POR AUSÊNCIA DO EXAME DE CORPO DE DELITO - INOCORRENCIA - POSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO DO EXAME PERICIAL POR OUTROS ELEMENTOS PROBATORIOS - PEDIDO INDEFERIDO. (*HC* n. 69174/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 7.4.1992).

Ante o exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 141-148), nego provimento ao presente recurso, mantendo-se a sentença condenatória em sua íntegra.

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, Dorival Moreira dos Santos e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 20 de abril de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2010.001432-3 - Cassilândia
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÕES CORPORAIS, ESTUPRO E AMEAÇA – CONDENAÇÃO EM APENAS DOIS DOS CRIMES – INCONFORMISMO DO MP – PRETENSÃO DE QUE A CONDENAÇÃO SE ESTENDA AO CRIME DE ESTUPRO – MARIDO E MULHER – PROVAS DUVIDOSAS SOBRE A JUSTA CAUSA DA NEGATIVA AO ATO SEXUAL – CIRCUNSTÂNCIAS PUNIDAS PELOS OUTROS DELITOS – EVENTUALIDADE DA CONSUNÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Sendo a relação sexual (supostamente não consentida) vinculada ao relacionamento marido e mulher e sendo duvidosa a justa causa relativa à negativa do ato sexual e já tendo o cônjuge varão sido condenado pelo crime de lesão corporal e ameaça, surge a eventualidade do princípio da consunção, além de outras circunstâncias que permitem ocasionar a dúvida sobre os atos sexuais não consentidos, mantendo-se a absolvição pelo crime de estupro.

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÕES CORPORAIS, ESTUPRO E AMEAÇA – CONDENAÇÃO EM APENAS DOIS DOS CRIMES – INCOFORMISMO DA DEFESA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS ROBUSTAS SOBRE AS AMEAÇAS E A TRUCULÊNCIA CONTRA A VÍTIMA – RECURSO IMPROVIDO.

Havendo provas robustas e inquestionáveis sobre as truculências e ameaças proferidas contra a vítima, não há falar em absolvição ante o princípio do *in dúbio pro reo.*

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, negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 15 de abril de 2010.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

O Ministério Público Estadual, inconformado com a sentença de f. 176-184, interpõe recurso (f. 229-249), em face da absolvição do acusado Walter Rosa Dias, quanto ao crime do artigo 213 c.c. o artigo 226, II, 7ª figura, ambos do Código Penal, com o argumento de que a absolvição não se traduz a realidade probatória existente no processo que é quase toda no sentido de demonstrar que a vítima era submetida, reiteradamente, à prática de relações sexuais com o réu, mediante graves ameaças com arma de fogo, o que se impõe a condenação no dispositivo acima apontado.

Walter Rosa Dias também apela (razões de f. 190-200), suscitando preliminar de nulidade, por ser tratar de crime relativo à Lei n. 11.340/06 (Maria da Penha), que exige representação. No mérito, pretende a absolvição também quanto ao crime de lesões corporais, com a alegação de que a vítima inventou as agressões, tanto que o laudo não descreve com precisão essas lesões, além do que aponta locais do corpo distintos daqueles mencionados pela suposta vítima. Acentua que soa falsa a alegação das truculências a partir do momento em que a vítima viveu 26 anos com o réu. Requer sua absolvição nos termos do artigo 386, III e VII, do Código de Processo Penal.

As contrarrazões do representante do *parquet* foram acostadas aos autos (f.202-228), conquanto a defesa, embora intimada, não as apresentou.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se sobre o tema pelo parecer de f. 265-271, opinando pelo improvimento do recurso do acusado e provimento do recuso do Ministério Público Estadual.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

O apelante Walter Rosa Dias suscita uma preliminar de nulidade, pela falta de representação da vítima, com o argumento de que a formalização de tal ato é absolutamente necessária, pois cabe à vítima dizer se quer ou não processar o acusado. Acentua que não tendo havido esse ato, que diz respeito à vontade da vítima, o processo está fulminado por uma mácula que lhe retira a validade, devendo a falha vir em favor do réu, para que seja absolvido.

É cediço que a representação se traduz apenas numa formalização da vontade da vítima. Ou melhor, dá ao processo o ensejo de ter prosseguimento, em face da demonstração de que a ofendida deseja o processamento do seu agressor, posto que essa manifestação de vontade visa a resguardar a possibilidade do casal se reconciliar no futuro, já que a convivência pode ser tornar harmônica, resguardando assim um bem maior, que é a paz social e a manutenção do seio familiar.

Entretanto, essa representação não requer uma formalização absoluta de forma que precise estar configurada através de um termo processual, bastando que exista no processo a vontade inequívoca da vítima de que deseja continuar com o processo, demonstrando, assim, que o objetivo inicial da vítima continua latente, evidentemente, por não ter havido no decorrer de certo tempo, a reconciliação e a harmonia do casal.

Vejamos um julgado nesse sentido:

> EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. REPRESENTAÇÃO APONTANDO DELITO DIVERSO. ATO INFORMAL. MISERABILIDADE DA VÍTIMA. SITUAÇÃO NOTORIAMENTE RECONHECIDA. DISPENSABILIDADE DE ATESTADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. 1. Se a decisão embargada manteve o aresto proferido no Tribunal de Origem por entender que a representação, nos casos de crimes contra liberdade sexual, prescinde de formalidades, bastando a simples manifestação da vontade de ver o agente processado, não há o que se falar em ausência de condição de procedibilidade da ação, ao fundamento de que o delito expresso na referida peça é diverso do capitulado na condenação. 2. A miserabilidade da ofendida, nas hipóteses de ilícito de estupro, desde que exsurja de forma notória dos elementos contidos no processado, dispensa prova documental. 3. Inexistente ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão impugnado, o qual apreciou de forma motivada a matéria, inviável acolher-se embargos declaratórios ao argumento de que a representação formulada pelo pai da

> vítima não se presta ao oferecimento de denúncia contra o recorrente por parte do Ministério Público, nos termos do disposto no art. 225, § 1º, I, do CP. 4. Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl no REsp n. 819.766/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 11.12.2008, DJ de 16.3.2009)" – grifei.

Nesse caso é nítido que a vítima nunca se reconciliou e nunca teve vontade de rever sua determinação de ser feita justiça, para que o acusado respondesse por seus atos selvagens que a fizeram sofrer por longos anos.

Vamos ao que disse a vítima Sebastiana Soares da Silva, f. 9:

> Que a DECLARANTE gostaria que o acusado fosse preso, pois ela tem medo de que ele vá matar alguém de sua família ou até a DECLARANTE.

No depoimento da vítima da fase judicial, f. 129, além dela historiar todas as situações de humilhação que passava na companhia do acusado, com agressões de todo tipo; ela conta que estava disposta a se separar, porque não agüentava mais as tantas "judiarias" que o réu fazia com ela durante a convivência mútua na situação de marido e mulher. Não foi perguntado diretamente se ela queria continuar processando o réu, até porque o ato não era próprio para tal fim, mas pelas suas manifestações não há dúvida de que ela se mantinha firme nesse propósito, até porque, certamente, que a prisão de Walter Rosa Dias tinha lhe causado grande bem, pois ficou livre de tanta humilhação. Assim, seria fazer vistas grossas a essa realidade cristalina existente no processo, para se exigir a formalização da representação, havendo tantas informações no processo do que o maior desejo da vítima era continuar sendo protegida pela Justiça, através deste processo. Ignorar essa realidade 'nua e crua' é o mesmo que desprezar o porto seguro que o Poder Judiciário estão oferecendo a uma pessoa tão sofrida. Aliás, é exatamente essa a objetividade jurídica da Lei Maria da Pena, ou seja, dar proteção às mulheres que se sentem humilhadas na vida em comum.

De outro tanto, há quem defenda neste tipo de ação penal, a natureza de pública incondicionada, que mostra a desnecessidade da representação, em face do crime ter sido praticado com violência à pessoa, baseando-se, ainda na regra estabelecida no artigo 41 da Lei n. 11.340/06, que nos crimes desta natureza, veda os benefícios disponíveis na Lei n. 9.099/95. Assim, também por este motivo não há invocar formalismo na representação em tela, até porque, nem seria necessária.

Assim, rejeito essa preliminar.

Passo ao exame do mérito.

Vamos aos fatos objetos da acusação, conforme a narrativa exposta na denúncia:

> No dia 6 de agosto de 2009, por volta das 22 horas, na residência localizada na Rua Teotônio Reis Costa, n. 410, centro, nesta cidade, Walter Rosa Dias ofendeu a integridade corporal da vítima SEBASTIANA SOARES DA SILVA, sua convivente, causando-lhe lesões corporais, sendo as agressões consistentes em puxões de cabelos, tapas no rosto e golpes fazendo uso de pedaços de couro; bem como a ameaçou de mal injusto e grave, consistente em atear fogo em seu corpo; e ainda a constrangeu, mediante violência e grave ameaça, a que com ele praticasse conjunção carnal.
>
> No dia dos fatos, o denunciado agrediu sua convivente fisicamente, bem como a ameaçou de morte fazendo uso de arma de fogo e também jogando álcool em seu corpo (na vítima), ameaçando atear-lhe fogo.
>
> Ressalte-se, ainda, que o acusado constantemente ameaça a vítima fazendo uso de arma de fogo, um revólver calibre 38, que o acusado deixa sempre embaixo da cama do casal.

> A vítima também narrou que o acusado mantem relações sexuais consigo mediante violência e ameaças, inclusive com a arma de fogo, bem como a agride antes, durante e após as relações sexuais, o que se repetiu na data dos fatos.
>
> Com a autorização da vítima a Autoridade Policial compareceu na residência do casal e logrou êxito em apreender a arma de fogo, um revólver calibre 38, devidamente municiado com 5 munições, além de mais 7 que estavam junto ao revólver.
>
> O Laudo de Exame de Corpo de Delito comprova a conjunção carnal.

Nota-se pela denúncia que réu e vítima eram marido e mulher e que os fatos transcorriam no interior da residência comum, sendo certo que a vítima era compelida a maus tratos pelo acusado Walter Rosa Dias, que lhe aplicava repetidas agressões, inclusive quando ela não queria se relacionar sexualmente. Essas agressões antecediam e também se estendiam depois do ato sexual.

Daí a razão do Ministério Público Estadual desejar a extensão do edito condenatório, por entender que as relações sexuais não eram desejas pela vítima, logo, aplica-se o dispositivo de proteção estabelecido na lei penal, haja vista que a objetividade jurídica dos crimes contra os costumes é proteger a liberdade sexual.

Apreciarei a súplica do réu Walter e também do MP concomitantemente, a partir da evolução das provas e de sua interpretação sistemática.

A meu sentir nenhuma das pretensões merecem ser atendidas, porque o processo reúne um contexto objetivo e concreto de onde se extrai elementos significativos na demonstração da sua culpabilidade.

A versão da vítima demonstra certa harmonia e pode ser tida de grande significado para a verificação da realidade factual historiada no processo, pois além dessa linha de semelhança na narrativa ainda existem outros elementos que denotam que fala a verdade desde o início, até em razão da prova material que confirme as lesões de natureza leve pelo corpo da vítima.

Disse ela na primeira oportunidade, f. 8:

> [...] que a DECLARANTE sofre agressões por parte do acusado, sendo que as agressões consistem em puxões de cabelos, bate na declarante com uma "TACA" (pedaço de couro para bater em gado); tapas no rosto, bate na declarante com o revólver, socos e chutes; Que, convive com o acusado há 26 anos; Que desde os 13 anos de idade o acusado tem arma de fogo; Que a arma de fogo (revolver) esta guardado em baixo da cama juntamente com as munições aqui na casa da cidade, localizado no endereço citado; Que o acusado trabalha na fazenda de sua propriedade, cujo nome é 3 SSS; Que tem horário certo do acusado sair e retornar de casa; Que a arma de fogo dele é um revólver calibre 38; Que a declarante tem fotos da arma dele, a qual está em seu celular; Que a declarante esclarece que o acusado está a procura de uma arma maior [...] dias atrás o acusado comentou que ia adquirir uma caixa de munição e ia levar a declarante para a fazenda, e que ela ia ver o "ZUMZUM ZUMZUM"; Que a declarante gostaria que o acusado fosse preso, pois ela tem medo de que ele vá matar alguém de sua família ou até a declarante".

O único detalhe que chama atenção neste propedêutico é a falta de referência às relações sexuais não consentidas. Não se sabe o porquê da vítima só expressar essa questão em juízo, depois que o processo já tinha enveredado por muitos detalhes probatórios. Isso, a meu ver, retira um pouco da razão esboçada no recurso do MP. Ora, como a vítima tinha tomado coragem de denunciar o acusado dos maus tratos, não se entende a razão de calar-se ante uma condição que deveria ter sido exposta desde o nascimento das peças investigatórias.

Entretanto, essas questões das relações sexuais não consentidas só aparecem no comunicado feito no momento da lavratura do Boletim de Ocorrência, f. 7, mas fica só nisso.

Pelo teor do interrogatório do réu, f. 20, observa-se que ele nega que tenha obrigada a vítima a manter relação sexual com ele, além de negar que a tivesse humilhado com as agressões por ela narradas.

Entretanto, verifica-se pela sede das lesões descritas no laudo de corpo de delito de f. 37, que a vítima apresentou escoriações, edemas e equimose leve, periorbitária do olho direito. Equimose de cor escura de forma arrendada, localizada na região do rebordo costal anterior direito. Assim, a versão do acusado de que não batia na vítima, acha-se um tanto quanto suspeita, posto que não há outra justificativa plausível que possa indicar as razões desses ferimentos apresentado no corpo da vítima.

O laudo relativo à conjunção carnal demonstra a existência de conjunção carnal recente, entretanto, isso não justifica a possibilidade de uma relação não desejada, pois o casal tinha uma relação de convívio em comum, assim, o ato sexual fazia parte do acordo nupcial, em que pese a lei proteger o direito de manutenção um não do ato sexual.

Na fase judicial, f. 126-129, a vítima Sebastiana relatou fatos que dão conta de que o réu lhe agredia com palavras e através de truculência física, dizendo que era obrigada a ter relações sexuais, porque era ameaçada. Diz que era utilizado o revólver para lhe subjugar, mediante gestos de como ficar com o braço direcionado para baixo da cama, como se fosse sacar a arma.

A Assistente Social Franciane Carvalho dos Santos que atendeu à vítima, ouvida em juízo, f. 130, também acentua que a vítima lhe contava que era obrigada a manter relação sexual. Confirma também as agressões físicas, inclusive percebendo as manchas pelo corpo decorrente da truculência praticada pelo réu.

No mesmo sentido o depoimento do policial Lázaro Geraldo da Silva Neto, dizendo que a vítima reclamava de truculência por parte do acusado, tinha manchas pelo corpo que indicavam as agressões e que a vítima também relatou que era obrigada à prática do ato sexual.

Assim, não há dúvida de que há prova razoável sobre a questão das relações sexuais não consentidas pela vítima, entretanto todo o contexto das provas ressurge exatamente do que era relatado pela vítima. Assim, embora na primeira oportunidade em que tenha sido ouvida, não se referiu aos atos sexuais não consentidos, nos demais momentos que se manifestou relatou que era obrigação à prática do ato sexual, mediante ameaças.

Há, assim, um contexto pouco duvidoso, com relação ao ato sexual abusivo, porque todas as informações vêm da palavra da vítima, entretanto, não o fez no momento crucial, ou seja, na primeira vez que depôs no processo.

Talvez até não seja tão importante o fato de a vítima não ter revelado inicialmente as relações sexuais forçadas, entretanto, separando essa questão do ato sexual realizado entre marido e mulher das agressões em si, verifica-se que as agressões sofridas pela vítima não era apenas porque não queria a prática do ato sexual, já que as sevícias também ocorriam em outros momentos da vida do casal, tanto que em certo trecho da versão da vítima ela diz que era mal tratada durante os momentos em que estavam no mangueiro tratando dos animais. Isso implica dizer que o réu era um agressor contumaz e que não escolhia um momento próprio para agredir, pois fazia costumeiramente, em qualquer hora, ou em qualquer lugar. Diante desse quadro, o que se deve verificar é a constância das agressões, que não tinham limites e que também não tinha motivo previamente justificado. Assim, pode-se dizer que o conflito comum que existe entre marido e mulher (quanto a essa questão do relacionamento sexual) era tratado de forma diversa da comum pelo réu. Melhor dizendo, o que um casal normal vivencia por simples diálogos ou até discussões insignificantes, em face da negativa de um dos cônjuges se negar à prática do ato sexual, o réu Walter Rosa Dias resolvia com a truculência e através de agressões. Por este norte, não se deve vincular uma coisa com a outra, já que a vítima também poderia ser agredida por outro motivo e nem por isso, deveria o acusado responder por outro crime. É diante dessa ótica que não vejo possibilidade de condenação pelo crime de estupro.

Nesse sentido estou de acordo com o fundamento elencado na sentença, no seguinte sentido:

> Viviam como marido e mulher, em regime de união estável, durante 26 anos conforme afirmam. Logo, sexo é coisa comum.
>
> Não há contradição entre o que se concluir aqui e o concluído alhures, pois a ameaça e agressões concluídas em título próprio se deram sob outras circunstâncias, que não no contexto sexual.
>
> O Estado como titular do direito de punir, deve sempre buscar a verdade real dos fatos, como um dos princípios que sustentam o Direito Penal, banindo-se desta forma do ordenamento jurídico certas situações que geram notáveis injustiças, como corolário do reconhecimento da dignidade humana, dando vida a mais pura justiça.
>
> O magistrado, não deve ser somente um aplicador da lei como se ela não tivesse que ser interpretada diante de todo um contexto, mormente social, sim pois não se vive um período napoleônico, amarrados pela Escola Exegética. Ele está, sem dúvida, submetido à lei, pena de regime arbitrário, contrário ao Estado de Direito adotado pela CF/88, mas o "regime de legalidade", em oposição ao regime de arbítrio, não significa submeter o magistrado ao culto idólatra da lei.
>
> O que se espera da justiça é nada mais do que justiça, e por mais que se esforce em prol da impunidade, não há como considerar justa a condenação de uma pessoa que, sabe-se se lá os motivos por que está sendo acusada.
>
> Não há como concluir que o fato criminoso se dera, pois os elementos não levam a isso, seja pela incongruência da forma com que foi narrado nas vezes em que a vítima foi ouvida, seja em face da fragilidade probatória mesmo.
>
> Pode até ser que o crime ocorreu, mas não há prova suficiente para convencer esse magistrado a tanto.
>
> [...]
>
> Portanto, prevalece a regra **in dúbio pro reo,** de modo que não havendo prova de que o acusado tenha praticado o delito impõe a sua absolvição.

De outro tanto, verifico que o réu também respondeu pelo crime de ameaça. Ora, a ameaça antecedia o ato sexual não desejado pela vítima. Assim, não acho justo que o réu responda por dois delitos em face de uma mesma conduta, embora há que se admitir a autonomia entre eles. Creio que o princípio da consunção pode dirimir a controvérsia.

No mais, essa questão que envolve o ato sexual se vista sob o ponto de vista dos *experts* na área médica, denota certa complexidade já que a sexualidade das pessoas são particularizadas pelos próprios hormônios inerentes a cada organismo humano e não se pode condenar àquele que mais deseja e mais procura o ato sexual numa relação comum, pois há uma diferença notória entre ambos, por isso fica temeroso condenar à alguém que na relação comum e particularizada encontra obstáculo para a satisfação da sua necessidade sexual.

De mais a mais, não se sabe ao certo as razões para que a vítima tenha se negado ao ato sexual, embora tivesse um convívio tão extenso com o réu, pois ela própria diz que convivia com ele há mais de 26 anos. Ora, quem vive tanto tempo com uma pessoa e não tem mais o desejo inerente ao ato sexual, o normal seria que se afastasse do réu há um bom tempo, entretanto, mesmo sabendo que ele exigia o ato sexual forçado, assim mesmo, continuou o convívio mútuo, situação esta que indica que a falta de consentimento no ato sexual não era motivo de indignação da vítima, mas sim os maus tratos e as ameaças que se seguiam no contexto da convivência.

Assim, por todas essas razões estamos diante de duas situações distintas e já catalogas e interpretadas pelo magistrado de 1ª Instância, ou seja, a prática de dois crimes pelo réu Walter Rosa Dias, decorrentes das lesões corporais e também das ameaças proferidas contra a esposa. Creio que também acertada a conclusão de que não houve o crime de estupro, por se constituir num elemento circunstancial que surgiu no decorrer dos atos abusivos, não devendo ser analisado na sua particularidade, até porque a análise dos fatos, por ocorrem num ambiente familiar e dentro das particularidades que envolvem o relacionamento do casal, não se pode julgar a justa causa nem de um nem de outro.

Por todas essas razões, nego provimento aos recursos, mantendo a sentença como está.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

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, 15 de abril de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2010.001671-2 - Bataguaçu
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ART.180, § 3°, DO CÓDIGO PENAL – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ALEGAÇÃO DE NÃO CONHECIMENTO DA ORIGEM ILÍCITA DO BEM – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PERDÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE – APELANTE QUE PREENCHE OS REQUISITOS DISPOSTOS NO ART.180, § 5°, DO CP – CONCESSÃO DA BENESSE – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

A mera alegação de desconhecimento da origem ilícita da res apreendida não tem o condão de obstar a condenação pelo delito de receptação culposa.

Partindo do pressuposto que os requisitos legais e implícitos para a concessão do perdão judicial estão presentes, há que ser declarada a extinção da punibilidade ao caso dos autos.

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, dar provimento ao recurso e julgar extinta a punibilidade.

Campo Grande, 6 de maio de 2010.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

O apelante Flávio Silva Vilela foi condenado pelo juiz da 2° Vara de Bataguassu-MS (f. 150-163) à pena de 3 (três) meses de detenção a ser cumprida no regime inicial aberto e ao pagamento de 40 (quarenta) dias multa, pela prática do delito previsto no Art.180, § 3°, do Código Penal.

Segundo consta nos autos, no dia 10 de agosto de 2008, por volta das 10h40, Rodrigo Vilela de Andrade com abuso de confiança adentrou na residência de propriedade de seu primo Leandro Pereira dos Santos, sito na quadra B, lote 8, Jardim Campo Grande, na comarca de Bataguassu-MS, a qual tinha livre acesso em decorrência de seu parentesco, de onde subtraiu um aparelho celular, da marca Nokia, modelo 2760 (f. 11), avaliado em R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) (f. 12), o qual foi trocado com Flávio da Silva Vilela, por uma porção de entorpecente, para após revendê-lo a Maurino Bezerra da Silva Junior por preço abaixo de seu valor de mercado e sem as cautelas necessárias, numa demonstração que ambos conheciam a origem ilícita do aparelho.

O apelante inconformado com a sentença proferida pelo magistrado (f. 150-163) requer em suas razões recursais (f. 198-207) primeiramente a absolvição pelo crime que lhe fora imputado, bem como a aplicação do benefício previsto no art.180, § 5°, do Código Penal, qual seja, o perdão judicial, já que o apelante não ofendeu

o bem jurídico tutelado; e ainda, alternativamente requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos visto que o recorrente preenche os requisitos necessários.

O Ministério Público Estadual em suas contra razões (f. 210-217) requer o improvimento do recurso, a fim de que seja mantida incólume a sentença condenatória.

A Procuradoria-Geral de justiça opinou em seu parecer (f. 223-227) pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto, mantendo-se o decreto condenatório em seus exatos termos e fundamentos.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

O apelante Flávio Silva Vilela foi condenado pelo juiz da 2ª Vara de Bataguassu-MS (f. 150-163) à pena de 3 (três) meses de detenção a ser cumprida no regime inicial aberto e ao pagamento de 40 (quarenta) dias multa, pela prática do delito previsto no Art.180, § 3°, do Código Penal.

Segundo consta nos autos, no dia 10 de agosto de 2008, por volta das 10h40, Rodrigo Vilela de Andrade com abuso de confiança adentrou na residência de propriedade de seu primo Leandro Pereira dos Santos, sito na quadra B, lote 8, Jardim Campo Grande, na comarca de Bataguassu-MS, a qual tinha livre acesso em decorrência de seu parentesco, de onde subtraiu um aparelho celular, da marca Nokia, modelo 2760 (f. 11), avaliado em R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) (f. 12), o qual foi trocado com Flávio da Silva Vilela, por uma porção de entorpecente, para após revendê-lo a Maurino Bezerra da Silva Junior por preço abaixo de seu valor de mercado e sem as cautelas necessárias, numa demonstração que ambos conheciam a origem ilícita do aparelho.

O apelante inconformado com a sentença proferida pelo magistrado (f. 150-163) requer em suas razões recursais (f. 198-207) primeiramente a absolvição pelo crime que lhe fora imputado, bem como a aplicação do benefício previsto no art.180, § 5°, do Código Penal, qual seja, o perdão judicial, já que o apelante não ofendeu o bem jurídico tutelado; e ainda, alternativamente requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos visto que o recorrente preenche os requisitos necessários.

O Ministério Público Estadual em suas contra razões (f. 210-217) requer o improvimento do recurso, a fim de que seja mantida incólume a sentença condenatória.

A Procuradoria-Geral de justiça opinou em seu parecer (f. 223-227) pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto, mantendo-se o decreto condenatório em seus exatos termos e fundamentos.

Passo à análise do recurso.

O apelante inconformado com a sentença proferida pelo magistrado (f. 150-163) requer em suas razões recursais (f. 198-207) primeiramente a absolvição pelo crime que lhe fora imputado, bem como a aplicação do benefício previsto no art.180, § 5°, do Código Penal, qual seja, o perdão judicial, já que o apelante não ofendeu o bem jurídico tutelado; e ainda, alternativamente requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos visto que o recorrente preenche os requisitos necessários.

Em análise detida dos autos, tenho que assiste razão ao apelante somente no que tange à concessão do perdão judicial, já que o recorrente além de ser primário possui as circunstâncias judiciais favoráveis à benesse da Lei.

Quanto ao pleito absolutório, vislumbro nos autos que este não merece prosperar, pois as provas coligidas nos autos comprovam a prática do crime de receptação culposa por parte do recorrente.

Vejamos o que declarou o apelante às f. 21-22 dos autos:

> [...] Que neste o interrogando confirma ter sido procurado por Rodrigo Oliveira Andrade esclarecendo que Rodrigo estava de posse de um aparelho celular Nokia 2760 dizendo que estava vendendo o mesmo ao preço de R$ 100,00 (cem reais) e tendo se interessado pelo aparelho disse ter perguntado para Rodrigo sobre a procedência do citado aparelho, sendo que Rodrigo lhe disse que era dele mesmo e que inclusive tinha nota fiscal do aparelho; Que diante disso informa que comprou o aparelho dando a Rodrigo a quantia de R$ 50,00 (cinquenta reais) dizendo para ele que no momento em que ele desse a nota fiscal ele pagaria o restante; Que Rodrigo pegou os R$ 50,00 (cinquenta reais) e não voltou mais a procurar o interrogando; Que afirma que seu colega Maurino ficou interessado em comprar o aparelho do interrogando, esclarecendo que ficou com o aparelho durante dois dias e acabou vendendo o mesmo para seu colega Maurino pela quantia de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais) [...] Neste ato informa que não são verdadeiras as informações prestadas por Rodrigo (Gandula) de que trocou o aparelho celular com o interrogando por uma porção de cocaína equivalente ao valor de R$ 50,00 (cinquenta reais).

E ainda o que declarou em juízo às f. 125-126:

> [...] Interrogando: Primeiramente, eu estava lá em casa, estava eu, o Mimoso (F), esse menino que estava aqui. A gente estava mexendo no computador, onde foi que chegou o Gandula. Chegou lá, oferecendo o celular. Eu ainda fiz várias perguntas, perguntei se era roubado. Logicamente, devia ter consciência que era roubado. Daí decidi comprar o celular.
>
> Juiz: Porque você acha que deveria ter tido consciência de que era roubado?
>
> Interrogando: Porque estava no valor de R$ 100,00. E, pelo que a gente já tinha conhecimento do Gandula, sabia tudo [...] Só que eu decidi comprar o celular. Daí, o que aconteceu? Essa, essa [...] Que nem o Leandro, que estava aqui, falou que era casado, tal e tal, meu irmão tinha parentesco. Dessa[...] a Viviane chegou em casa, a mulher do meu irmão, e falou que tinha sumido o celular do Leandro, só que não tinha visto foto, não tinha visto nada no celular. Eu falei: "Não Viviane", eu acho que sei com quem está o celular. Eu não ia falar que estava comigo. Disse que o celular eu já tinha vendido, acho que tinha sido para o Diu(F).
>
> Juiz: Para o Maurino?
>
> Interrogando: Pro Maurino.
>
> [...]
>
> Juiz: Você quando mencionou do Rodrigo ter te procurado, oferecido o aparelho celular, você falou que fez várias perguntas pra ele sobre a origem do aparelho, e aí, você falou assim: "Ah, eu devia ter desconfiado que pudesse ser roubado, porque eu já conheço o Rodrigo". Quando você fala que já conhece o Rodrigo, exatamente o que você quer dizer com isto?
>
> Interrogando: Não, tipo, pela [...]Ele já tinha sido preso por roubo, né? Ele já tinha sido preso por roubo, a gente já sabia a fama dele, que ele gostava de drogas, estas coisas. Daí eu peguei [...] Na minha cabeça, já era roubado. Só que [...] Por isso que eu falei.
>
> Juiz: Quanto você pagou pelo aparelho?
>
> Interrogando: R$ 100,00.
>
> [...]

Verifico sem sombra de dúvidas que a conduta praticada pelo apelante amolda-se ao caso de receptação culposa, visto que aquele desconfiou da origem ilícita do bem e mesmo assim adquiriu o produto.

Nesse passo, é impossível absolver o apelante.

No que tange ao pedido de aplicação do perdão judicial, tenho que este merece prosperar, atendendo aos critérios do art.180, § 5°, do CP que dispõe o seguinte:

> Art.180
>
> [...]
>
> § 5°- Na hipótese do § 3°, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. Na receptação dolosa, aplica-se o disposto no § 2°, do Art.155.

O apelante é primário, pois às f. 78 dos autos verifico a presença da prática do crime de rixa, porém por este delito aceitou a transação penal no Juizado Especial Criminal, o que não gera antecedentes. Outrossim as circunstâncias judiciais do recorrente são favoráveis, não havendo motivos para não aplicar a benesse do perdão judicial ao presente feito.

Restou comprovadamente nos autos que o apelante incorreu no crime de receptação culposa, restando cabível o reconhecimento do perdão judicial.

Mesmo porque a concessão de tal benefício não consiste em direito subjetivo do réu, mas faculdade que o juiz exercerá ou não, dependendo das peculiaridades do caso.

Dessa forma, estando caracterizada a receptação culposa, bem como a primariedade do apelante e favoráveis circunstâncias judiciais, cabível a hipótese da aplicação do perdão judicial previsto no art. 180, § 5º, do CP. Ademais o valor da coisa é de pequena monta, pois o celular foi adquirido pelo valor de R$ 100,00 (cem reais) e avaliado em R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), assim como comprovam às f. 12.

Nesse sentido, colhe-se a jurisprudência:

> TAMG: Na receptação culposa o perdão judicial é facultativo se o agente for primário, tendo em consideração das circunstâncias, tais como o pequeno valor da coisa receptada e a reduzida culpabilidade. Presente apenas uma circunstância, não se recomenda o deferimento do benefício. Só os bons antecedentes autorizam o perdão judicial, diante da clareza da regra insculpida no § 3º do art. 180 do CP (RT 622/337).

Vale ressaltar os ensinamentos do renomado autor Guilherme de Souza Nucci, 8.eEd., p. 542:

> [...] Perdão Judicial: é a clemência do Estado para determinadas situações expressamente previstas em lei, quando não se aplica a pena prevista para determinados crimes, ao serem preenchidos certos requisitos objetivos e subjetivos que envolvam a infração penal. Trata-se de uma autêntica escusa absolutória, que não pode ser recusado pelo réu.

Com relação ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devido a concessão do perdão judicial este resta prejudicado.

Diante de todo o exposto, contra o parecer, conheço e dou provimento ao recurso interposto por Flávio Silva Vilela, e aplico a benesse do perdão judicial, restando extinta a punibilidade quanto ao delito previsto no Art.180, § 3°, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO E JULGARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE.

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, 6 de maio de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.015306-1 - Bonito
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS – ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DE MANDATO – DENÚNCIA QUE NARRA VALOR INCAPAZ DE PREJUDICAR OU INVIABILIZAR A ADMINISTRAÇÃO SUBSEQUENTE – INEXISTÊNCIA DE OFENSIVIDADE À OBJETIVIDADE JURÍDICA DA NORMA – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – PROVIMENTO.

A conduta de assunção de obrigação no último ano de mandato ou legislatura, para ser típica, deve ter o condão de inviabilizar e comprometer a administração subsequente, colocando em risco o equilíbrio das contas públicas.

APELO MINISTERIAL – ORDENAÇÃO DE DESPESA NÃO ORDENADA POR LEI – PREFEITO QUE ORDENA PAGAMENTO DE DÍVIDAS ACREDITANDO ESTAR AMPARADO POR LEI – DECRETOS MUNICIPAIS PREVENDO OS ADICIONAIS E PARECERES FAVORÁVEIS – ERRO DE TIPO – RECONHECIMENTO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – IMPROVIDO.

Se as provas demonstram, extreme de dúvida, que o réu, quando autorizou a despesa, agiu acreditando estar amparado legalmente para prática do ato e, na ausência da previsão para punição da modalidade culposa, a absolvição em razão do reconhecimento do erro de tipo é imperiosa.

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, dar provimento ao recurso da defesa e negar provimento ao apelo ministerial.

Campo Grande, 25 de maio de 2010.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Geraldo Alves Marques, inconformado com a sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia para absolvê-lo do crime previsto no art. 359-D, e condená-lo pela prática do crime tipificado no 359-C, ambos do Código Penal, interpõe o presente recurso, onde objetiva a reforma parcial do *decisum*.

A defesa pede absolvição, pois argumenta que o tipo penal descrito no art. 359-C do Código Penal não restou configurado, tendo em vista que, não obstante o réu tenha ordenado a assunção de obrigação nos dois últimos quadrimestres, deixou efetivas disponibilidades de caixa, suficientes para atender as parcelas

remanescentes quando findou sua administração. Afirma, ainda, que o pequeno valor da dívida jamais seria capaz de afetar as finanças públicas, além de ter acreditado estar dando cumprimento legal, o que evidencia a ausência de dolo.

O Ministério Público Estadual também se insurge contra sentença, sob a alegação de que as provas dos autos demonstram a inocorrência do erro de tipo, bem como que a atenuante da confissão não devia ter sido reconhecida, sendo certo, ademais, que o reconhecimento de atenuante não permite a fixação da pena em quantidade aquém ao mínimo legal.

Contrarrazões às f. 319-324 pelo improvimento do apelo do réu.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso do Ministério Público e improvimento do apelo do réu (f. 333-341).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público Estadual e Geraldo Alves Marques contra sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia para absolver o réu do crime tipificado no art. 359-D, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VI do CPP, condenando-o ao cumprimento de 9 meses de reclusão, em regime aberto, pela prática do delito tipificado no art. 359-C, do CP, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito.

Narram os autos que Geraldo Alves Marques, ex-prefeito de Bonito foi denunciado pela suposta prática de crimes contra as finanças públicas, porque, segundo a inicial acusatória:

> Segundo a representação, tal fato causou prejuízo ao Município de Bonito, uma vez que com a inexistência de empenho, não foi feita a devida reserva de recursos para pagamento.
>
> O fato consistiu em haver o ex-prefeito feito parcelamento de dívida com os funcionários Anísio Alves Teixeira e Joana de Souza Farias, em relação a suposto crédito que os mesmos teriam no que diz respeito à produtividade como fiscais de tributos do município.
>
> Em negociação com tais funcionários, foi feito acordo para pagar parceladamente a Anísio Alves Teixeira a soma de R$ 19.800,81 (dezenove mil, oitocentos reais e oitenta e um centavos), dividido em vinte parcelas de R$ 990,04 (novecentos e noventa reais).
>
> À funcionária Joana de Souza Farias, seria paga a soma de R$ 20.515,39 (vinte mil, quinhentos e quinze reais e trinta e nove centavos), divididas em vinte parcelas de R$ 1.025,76 (mil e vinte e cinco reais e setenta e seis centavos).
>
> Das parcelas comprometidas, foram pagas cinco parcelas para cada um dos funcionários, sendo suspenso seu pagamento na Administração atual.
>
> Ocorre que, segundo apurou-se, este crédito não era devido, uma vez que foi criado um direito pelo Decreto n. 21/04, que não estava previsto em lei. Ferindo-se assim o princípio da legalidade.
>
> Ademais, o réu estabeleceu parcelamento sem empenhá-lo junto à contabilidade municipal, além de haver deixado as demais parcelas para a nova administração sem a reserva de recurso em caixa para pagamento das mesmas. (sic, f. 3).

Regularmente processado o feito, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para o fim de absolver o acusado do crime previsto no artigo 359-D, do Código Penal, com amparo no art. 386, VI, do CPP, condenando-o nas penas do crime previsto no art. 359-C do Código Penal.

Inconformados, o Ministério Público Estadual e Geraldo Alves Marques interpõem recursos de apelação, onde objetivam a reforma do *decisum*.

Passo à análise conjunta dos apelos.

O art. 359-C do Código Penal descreve o crime de assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura:

Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos 2 (dois) últimos quadrimestres do último ano do mandado ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

O tipo penal acima transcrito objetiva proteger a regularidade e o equilíbrio das contas públicas em relação à sucessão de administradores ou titulares de mandato.

A propósito do assunto, Cezar Roberto Bitencourt leciona:

> O dispositivo criminaliza a criação de despesa para ser resgatada pela próxima administração. Objetiva-se moralizar as administrações públicas que, ao longo do tempo, têm-se mostrado perdulárias, especialmente quando os encargos são empurrados para os sucessores.
>
> Todo administrador probo deve assumir, em tese, obrigação que possa honrar durante o lapso temporal de seu mandato. Aqueles projetos, no entanto, que demandem maior diluição no tempo não podem ser elaborados ou implementados praticamente no final do mandato ou legislatura do sujeito ativo (nos dois últimos quadrimestres do último ano). **Objetiva-se impedir que o administrador, por quaisquer razões, acabe invializando ou pelo menos dificultando a próxima administração em razão do endividamento procedente**. Era essa 'política orçamentária' irresponsável que criava débitos impagáveis para a Administração Pública. grifo nosso (*in* **Código Penal Comentado**, Ed. Saraiva, 5, ed. 2009, p. 1234).

Outrossim, a respeito da objetividade jurídica do referido dispositivo, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini afirmam que:

> A Lei, nesse dispositivo, ocupa-se em precaver que atos de gestores públicos não venham a comprometer, por falta de recursos, o mandato de seus sucessores. Tratam-se das denominadas heranças fiscais, que imobilizam os governos no início do mandato, por terem de pagar dívidas e/ou assumir compromissos financeiros deixados pelo antecessor. (*in* **Crimes de Responsabilidade Fiscal**, Série: As ciências criminais no século XXI, vol. 2, São Paulo: **RT**, 2001, p. 46).

Damásio E. De Jesus, por sua vez, ao tratar a respeito da tutela penal da referida norma, assevera que "*Protegem-se a regularidade e o equilíbrio das contas públicas em relação à sucessão de administradores titulares de mandato.*" (*in* **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**, Organizadores: Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento, 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 634).

Portanto, o ponto crucial para o julgamento do caso em estudo é o conhecimento da objetividade jurídica do art. 359-C do Código Penal, que, consoante doutrina acima arrolada, é o equilíbrio das contas públicas.

Vale dizer, a conduta de assunção de obrigação no último ano de mandato ou legislatura deve ter o condão de inviabilizar e comprometer a administração subsequente.

No caso, a denúncia imputou ao apelante a conduta referente à assunção de obrigação de pouco mais de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), já que se referiu às parcelas remanescentes de crédito devidas pela então administração aos funcionários Anísio Alves Teixeira e Joana de Souza Farias.

Ora, é evidente que essa soma representativa de obrigação não comprometeu ou dificultou sobremaneira a administração posterior, nem se desincumbiu a acusação de qualquer prova nesse sentido, o que impõe dizer, que não houve ofensividade ao bem jurídico protegido.

No tocante ao delito previsto no art. 359-D, do Código Penal, pelo qual o réu foi absolvido na sentença, busca a acusação sua condenação ao argumento de que inexistiu o erro de tipo, porém, observo que não merece guarida sua insurgência.

Com efeito, dispõe o art. 359-D do Código Penal que constitui crime contra finanças públicas: "Art. 359-D Ordenar despesa não autorizada por lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."

Segundo a acusação, o réu, então Prefeito de Bonito, na data de 12 de agosto de 2004, dentro dos dois últimos quadrimestres de seu mandato, reconheceu que Anísio Alves Teixeira e Joana de Souza Farias eram credores do Município e ordenou despesa não autorizada em lei.

Sucede que, pela análise das provas colhidas nos autos, especialmente o parecer feito pela Procuradoria Jurídica do Município de Bonito (f. 117-118) que "o direito à produtividade tem embasamento na Lei Municipal n. 730/97 e Decreto Municipal 009/97" (*sic*), além do Decreto Municipal n. 21/2004 que disciplinou como o acúmulo de pontos relativos à produtividade deveria ser pagos aos fiscais.

O réu, interrogado judicialmente, afirmou que acreditava estar amparado pela lei quando autorizou o pagamento em questão, *verbis*:

> [...] que não é verdadeira a acusação constante na denúncia; que havia uma lei de 1997 que criou a possibilidade de pagamento de produtividade aos fiscais de tributos do município; que foi parcelado o pagamento de renda decorrente da produtividade dos funcionários referidos, sendo que o que foi empenhado, foi pago na administração do interrogando [...] o interrogando teve auxílio jurídico quando efetuou o parcelamento em questão pela assessora Dra. Fernanda Maia de Souza; que também o Dr. Norival Nunes, atual procurador jurídico do município havia dado parecer sobre a legalidade do pagamento de produtividade aos fiscais de tributos. (sic, f. 162-163).

Essas afirmativas foram confirmadas judicialmente pelas testemunhas Fernanda Maia de Souza (f. 216) e por Norival Nunes (f. 202).

Assim, resta evidente que o réu, quando autorizou a despesa, agiu acreditando estar amparado legalmente para pratica o ato e, na ausência da previsão para punição da modalidade culposa, a absolvição em razão do reconhecimento do erro de tipo é imperiosa.

Prejudicado, no mais, o conhecimento das outras matérias.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso de Geraldo Alves Marques, para, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. Nego provimento ao recurso do Ministério Público.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL.

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, 25 de maio de 2010.

***

Conflito de Competência n. 2010.006456-2 - Bonito
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – CRIME DE AMEAÇA – JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUSTIÇA COMUM – RÉU INCAPAZ EM RAZÃO DE DOENÇA MENTAL – ARTIGO 8º DA LEI N. 9.099/95 – INAPLICABILIDADE AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – CONFLITO ACOLHIDO – JUIZADO ESPECIAL COMPETENTE PARA O FEITO.

A vedação de o incapaz ser parte no processo instituído pela Lei n. 9.099/95, artigo 8º, diz respeito somente aos processos que tramitam nos juizados especiais cíveis.

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 conflito.

Campo Grande, 4 de maio de 2010.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal Residual em face da Juíza de Direito do Juizado Especial Adjunto, ambos da Comarca de Bonito, nos autos em que se apura a ocorrência do crime previsto no artigo 147 do Código Penal, cuja prática é imputada ao acusado André Alves Machado da Silva, o qual seria portador de doença mental, em razão de exame pericial realizado em outro feito.

Alega a suscitante, em síntese, que o disposto no artigo 8º da Lei n. 9.099/95 não se aplica na esfera criminal, sendo de restrita aplicação nos processos cíveis, pois o fato de o acusado ser considerado incapaz, por si só, não retira a competência do Juizado Especial Adjunto.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do conflito, no sentido de que a competência para julgar o feito seria do Juizado Especial Adjunto da comarca de Bonito.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal Residual da comarca de Bonito em face da Juíza de Direito do Juizado Especial Adjunto da mesma comarca, que declinou de sua competência sob o argumento de que consoante prova pericial comprobatória de que o acusado é portador de doença mental, seria vedado à Justiça Especializada o processo relativo a parte incapaz, nos termos do artigo 8º da Lei n. 9.099/95.

A suscitante, por sua vez, argumenta que referido dispositivo legal é de aplicação restrita no âmbito dos processos cíveis.

Assiste razão à suscitante.

Isso porque, o artigo 8º da Lei n. 9.099: "*Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil*", está inserido no Capítulo II, intitulado "Dos Juizados Especiais Cíveis", na Seção III, "Das Partes", não havendo nenhuma menção que tal vedação se estenda aos processos criminais, como bem observou a Procuradoria-Geral de Justiça.

Ainda com base no Parecer do Ministério Público em Segunda Instância:

> Na esfera criminal, a situação é outra. Em sendo constatada a incapacidade do autor por menoridade deve o feito ser encaminhado à Vara da Infância e Juventude. Em sendo a incapacidade em decorrência de doença mental, deve ser aplicada a regra do artigo 26 do Código Penal, referente à imputabilidade penal.
>
> É cediço que o art. 77, §§ 2º e 3º, da Lei n. 9.099/95, prevê a possibilidade de encaminhamento de procedimento relativo a crime de menor potencial ofensivo ao Juízo Comum, quando a causa for complexa ou apresentar circunstâncias especiais. Contudo, verifica-se que o Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Adjunto equivocou-se ao declinar sua competência à Justiça Comum, pois o caso dos autos envolve questão jurídica bastante singela e o fato não demanda a produção de prova de difícil obtenção. (f. 52-53).

Recentemente, tomei parte no julgamento do Conflito de Competência n. 2010.006439-7, oriundo da mesma comarca de Bonito, em que a magistrada com fundamento no mesmo dispositivo da Lei n. 9.099/95 declinou de sua competência para a justiça comum, desta feita por se tratar de réu preso.

Na ocasião, acompanhei o voto da lavra do Desembargador Dorival Moreira dos Santos, proferido com base em estudo doutrinário da matéria, senão confira-se:

> Assiste razão à suscitante, devendo ser o conflito provido.
>
> Efetivamente cabe ao Juizado Especial processar autos envolvendo delitos de contravenção penal, independente de os réus estarem presos ou soltos. A regra é que os acusados de infrações de menor potencial ofensivo sejam julgados nos termos da Lei n. 9.099/95 e a condição narrada, envolvendo réu preso, não se enquadra nas exceções.
>
> Como ensinam Grinover et al[1], as infrações de menor potencial podem ser encaminhadas para a Justiça comum "se o acusado não for encontrado para ser citado (art. 66, parágrafo único) ou se, conforme dispõe o art. 77, §§ 2º e 3º, a complexidade ou as circunstâncias do caso não permitirem a formulação imediata da denúncia ou queixa.

1 GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: RT, 1999. p. 64.

Os autores assim resumem a fixação da competência do Juizado: "a) natureza da infração (menor potencial ofensivo) e b) a inexistência de circunstância especial que desloque a causa para o juízo comum (acusado não encontrado para ser citado, complexidade ou circunstâncias do caso)"[2].

Ainda trata-se de exceções as infrações de menor potencial ofensivo que sejam processadas com outras infrações em face de conexão ou continência.

No caso em comento, constata-se que o réu está preso e, portanto, em local em que pode ser encontrado e citado.

A doutrina especifica a condição do réu preso que foi denunciado para responder a infração em Juizado Especial. Colaciono:

"Eventualmente, pode o acusado encontrar-se preso por ouro delito qualquer. Por isso, além do mandado de citação, o juiz deve expedir a requisição à autoridade competente para a apresentação do preso no dia e hora designados na audiência".[3]

Novamente trago o ensinamento de GRINOVER et al:

Se o réu estiver preso, deverá também tomar ciência da acusação por mandado, sendo encaminhado ao Juizado no dia marcado para a audiência. Essa hipótese, apesar de rara, porque a lei impede a prisão em flagrante quando o réu se compromete a comparecer perante o Juizado (art. 69, parágrafo único), poderá ocorrer. Não tanto pela recusa do preso em assumir o compromisso referido no parágrafo único do art. 69, mas porque a pessoa presa por outro motivo poderá cometer delito enquadrável na competência do Juizado, havendo necessidade de ser realizada audiência preliminar e, em caso de acusação, ser seguido o procedimento sumaríssimo.[4]

No caso dos autos, constata-se que a magistrada suscitada declinou da competência com base no art. 8º da Lei n. 9.099. Estabelece o referido artigo:

Art. 8º Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

Ocorre que o citado dispositivo diz respeito somente às pessoas que poderão ser partes no Juizado Especial Cível, como comenta Carvalho Silva[5]:

A Lei n. 9.099/95 impede que o preso seja autor ou réu nos Juizados Especiais Cíveis, e com razão. Acontece que ela exige o comparecimento pessoal da parte em seus arts. 9º, 20, 23, 28 e 51, inciso I. Se o autor deixar de comparecer pessoalmente, o processo será extinto sem julgamento de mérito. Se for o réu quem deixar de comparecer pessoalmente, será declarada a revelia, e o processo seguirá com o julgamento do mérito.

Assim, voto no sentido de acolher e prover o conflito suscitado para fixar como competente o Juizado Especial adjunto de Bonito. (CC n. 2010.006439-7, Bonito, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, julgado em 30.3.2010).

Por tais razões, dou provimento ao conflito suscitado para fixar a competência do Juizado Especial Adjunto da comarca de Bonito para processar e julgar o feito.

2 *Op. cit.* p. 65.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2009. p. 789.

4 *Op. Cit.* p. 88.

5 SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Lei dos juizados especiais cíveis anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 33.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO CONFLITO.

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 Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 4 de maio de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.027776-3 - Costa Rica
Segunda Turma Criminal
Relator Juiz Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – ABSOLVIÇÃO – FATO ATÍPICO QUESTÃO RESOLVIDA NA ESFERA CÍVEL – PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE – RECURSO PROVIDO.

Tendo em vista que entre as partes houve desavença resolvida na esfera cível, desnecessário acionar a esfera penal, ante o caráter fragmentário do Direito Penal.

De acordo com as ideias de Claus Roxin, pois "onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. (STJ, REsp n. 922.475, Proc. 2007/0026705-0/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Vital Naves, julgado em 13.8.2009, DJ de 16.11.2009)".

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.

Campo Grande, 29 de março de 2010.

Juiz Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli

Eden Willians Fernandes Gonçalves interpõe a presente apelação criminal (f. 126-129) contra a sentença de f. 110-116 que o condenou à pena de 2 anos de reclusão e 120 dias-multa, por infração ao artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal.

Para tanto, argumenta que não há provas do lícito penal, pois não se apropriou de nenhuma quantia da vítima, pois jamais tal dinheiro foi depositado em sua conta.

Afirma que a empresa Corrivel pagou à vítima a quantia devida, com juros e correção monetária, inexistindo qualquer prejuízo.

Ao final, pugna pela reforma da sentença a fim de absolvê-lo.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f. 134-139) e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do recurso (f. 147-156).

VOTO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Eden Willians Fernandes Gonçalves (f. 126-129) contra a sentença de f. 110-116 que o condenou à pena de 2 anos de reclusão e 120 dias-multa, por infração ao artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal.

Para melhor compreensão da questão posta em julgamento, mister se faz uma retrospectiva fática:

1) A vítima Jeferson Wysoczynski, vendeu em abril de 2005, um veículo Fiat/Uno a Pedro Ferreira da Silva, recebendo no ato a importância de R$ 2.500,00, sendo que o restante, R$ 6.000,00, seria financiado pela Corrivel Veículos, loja de propriedade de Carlos Gonçalves, gerenciada pelo apelante (f. 11).

2) Efetivado o negócio, a vítima não conseguiu receber a importância de R$ 6.000,00, apesar de ter ido várias vezes à Corrivel Veículos com tal intuito (f. 11).

3) De acordo com a vítima, o apelante não quis lhe pagar a quantia de R$6.000,00 sob o argumento de que havia uma dívida entre seu irmão e a Corrivel Veículos, devendo tal quantia ser quitada (f. 12-17).

4) Em razão de tal fato, a vítima lavrou Boletim de Ocorrência em 25 de julho de 2005 (f. 5-12).

5) Em 18.8.2005 a vítima Jeferson Wysoczynski ingressou com ação de reparação de danos contra o apelante[1], no Juizado Especial Cível, sendo designada audiência para 31.1.2007.

6) Em 20.6.2006 o apelante foi denunciado como incurso nas pena do artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal (f. 3-4), sendo a denúncia recebida em 11.7.2006 (f. 48).

7) Em 31.7.2007, o apelante e a vítima entabularam acordo (f. 78), sendo o processo n. 009.05.550126-3 arquivado no Juizado Especial em 25.4.2007[2].

8) Em 16 de março de 2009 prolatada a sentença condenatória (f. 110-116).

Em que pesem os argumentos do Ministério Público Estadual, tenho que o recurso deve ser provido, por total atipicidade da conduta do apelante. Vejamos.

Prevê o artigo 168 do Código Penal:

> Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> § 1º A pena é aumentada de um terço, quando o agente I - em depósito necessário;
>
> II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;
>
> III - em razão de ofício, emprego ou profissão.

Conforme acima transcrito, o apelante foi denunciado pela prática do crime de apropriação indébita, prevista no artigo 168, § 1º, III, do Código Penal, pois, na qualidade de gerente de garagem de veículos, não

1 In: http://www.tjms.jus.br/cpo/pg/show. do. Acesso em: 17.2.2010, às 16h11min.

2 In: http://www.tjms.jus.br/cpo/pg/show. do. Acesso em: 17.2.2010, às 16h17min.

repassou Jeferson Wysoczynski a quantia de R$ 6.000,00 a título de pagamento de financiamento de veículo, ante a existência de dívida do irmão de Jeferson com a empresa.

Dos autos extrai-se que houve uma desavença contratual, totalmente resolvida no âmbito cível, tanto é que intentada ação para tal, sendo que Jeferson Wysoczynski recebeu a quantia de R$ 8.750,00, dando-se por satisfeito (f. 78).

Desde o início, denota-se do Boletim de Ocorrência, que Jeferson Wysoczynski queria tão somente receber o dinheiro oriundo da venda de seu veículo, sendo que na própria Delegacia foi orientado a procurar a Defensoria Pública.

Ao caso deve ser aplicado o princípio da subsidiariedade do Direito Penal ou princípio do fragmentário ou princípio da intervenção mínima do Direito Penal, de acordo com as idéia de Claus Roxin, pois "já foi escrito: Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. (STJ, REsp n. 922.475, Proc. n. 2007/0026705-0, RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Vital Naves, julgado em 13.8.2009, DJ de 16.11.2009)".

Sobre o mesmo tema, Francisco de Assis Toledo[3] explana que "fica, pois, esclarecido o caráter limitado do direito penal, sob duplo aspecto: primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo, o dever de estar condicionada sua intervenção à importância ou gravidade da lesão, real ou potencial. [...] Eis aí o caráter fragmentário do direito penal: dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns - os mais graves - são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal".

Em recente acórdão da Seção Criminal deste Tribunal, o Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte, com muita propriedade ao proferir o voto vencedor "*mera irregularidade no cumprimento de contrato firmado entre particulares, sanáveis na esfera cível, não possui o condão de gerar responsabilidades na esfera criminal. [...].Além disso, com base no princípio da intervenção mínima, se propõe ao ordenamento jurídico penal uma redução dos mecanismos punitivos do Estado ao necessário. Assim, a intervenção penal somente se justifica quando é absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos."* (TJMS, MS n. 2009.003919-4, Seção Criminal, Relª. Desª. Marilza Lúcia Fortes (Titular), Relator para o Acórdão Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 2.12.2009, DJ n. 210 de 11.12.2009).

Nesse sentido, a jurisprudência:

> APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. NÃO RESTITUIÇÃO DE FILMES. ABSOLVIÇÃO. Não configura apropriação indébita a não-devolução dos objetos locados de estabelecimento comercial, pois se trata de descumprimento de contrato locatício, controvérsia a ser remediada na esfera cível, diante do caráter fragmentário do direito penal. APELO PROVIDO. (TJRS, ACr n. 70025558016, Porto Alegre, Sexta Câmara Criminal, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, julgado em 30.10.2008, DO de 1.12.2008, Pág. 91) (Publicado no DVD Magister n. 23 - Repositório Autorizado do TST n. 31/2007).
>
> O caráter fragmentário do Direito Penal significa que este não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas somente as condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes... A exigência da lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado, consubstanciada na efetiva lesão ou no perigo concreto ou idôneo de dano ao interesse jurídico, é própria de um Direito Penal decorrente do Estado Democrático de Direito, visando restringir ao máximo o poder punitivo estatal, reconduzindo o Direito Penal a sua verdadeira função, a de exclusiva proteção dos bens jurídicos mais importantes da vida em coletividade. Art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Atipicidade. Recurso provido. Absolvição. (TREMG, ACr n. 34052002 (660/2003), Governador Valadares, Relª. Desª. Sônia Diniz Viana,julgado em 3.6.2003, DJMG 26.6.2003, p. 76).

3 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. 1994. p. 14.

> Embora atualmente, em razão do alto índice de criminalidade e da conseqüente intranquilidade social, o Direito Penal brasileiro venha apresentando características mais intervencionistas, persiste o seu caráter fragmentário e subsidiário, dependendo a sua atuação da existência de ofensa a bem jurídico relevante, não defendido de forma eficaz por outros ramos do direito, de maneira que se mostre necessária a imposição de sanção penal. (STJ, AgRg em REsp n. 984.712 – (2007/0210260-7), Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 22.6.2009, p. 994).

Outrossim, mesmo que descartado o princípio da fragmentariedade, não há nos autos a comprovação do dolo específico, qual seja, a *animus rem sibi habendi*, pois o apelante não pretendia se apropriar da quantia pertencente à Jeferson, mas sim obrigar este a pagar dívida de seu irmão.

Ante o exposto, contra o parecer, voto pelo provimento da apelação criminal interposta por Eden Willians Fernandes Gonçalves a fim de absolvê-lo da imputação de infração ao artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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 Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 29 de março de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.028676-2 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Juiz Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – FURTO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME SEXUAL – POSSIBILIDADE – CONDUTA QUE SE AMOLDA À CONTRAVENÇÃO DO ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/41 – REDUÇÃO DA PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE – AUMENTO JUSTIFICADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Os depoimentos e as demais provas trazidas aos autos não demonstraram efetivamente a intenção do acusado de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal com a vítima, mas tão somente perturbar-lhe a tranqüilidade, devendo assim operar-se a desclassificação do tipo previsto no art. 214 c/c art. 224, "c" do CP para a contravenção do art. 65 da Lei n. 3.688/41.

É legítima a fixação da pena-base pouco acima do mínimo, na avaliação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, justificando-se o aumento ante a demonstração concreta da personalidade desfavorável do réu.

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 parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de março de 2010.

Juiz Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli

Aureliano Gomes Machado**,** inconformado com a sentença que o condenou, ao cumprimento de 7 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, por infração do artigo 214 c/c art. 224, "c" e do artigo 155, todos do Código Penal, em concurso material (art. 69 do CP), ofertou recurso de apelação (f. 149).

Em suas razões recursais às f. 159-175, o apelante pleiteia:

1) Sua absolvição do delito sexual, sob o argumento de que as provas produzidas não são suficientes para embasar a sentença condenatória.

2) Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta prevista no art. 214 c.c. 224, "a" do CP, para a o art 65 (perturbação da tranquilidade) do Decreto Lei n. 3.688/41.

3) A redução da pena-base ao seu mínimo legal, com fixação de regime semiaberto para cumprimento da reprimenda.

O órgão ministerial, em contrarrazões ofertadas às f. 178-186, requer o improvimento do apelo.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça foi pelo improvimento (f. 191-198).

VOTO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Relator)

Aureliano Gomes Machado, inconformado com a sentença que o condenou, ao cumprimento de 7 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, por infração do artigo 214 c.c. art. 224, "c" e do artigo 155, todos do Código Penal, em concurso material (art. 69 do CP), ofertou recurso de apelação (f. 149).

Narra a denúncia que, no dia 8 de março de 2009, por volta das 9 horas, na residência localizada na Rua José Eduardo Rolim, n. 347, Vila Manoel da Costa Lima, em Campo Grande-MS, o réu subtraiu para si, uma furadeira, 31 CD's, um fone de ouvido, roupas, carne, esponjas de limpeza, avaliados em R$ 1.137,50, de propriedade da vítima Ana Isabela Lacet Rampi.

Segundo restou apurado, o acusado, ainda, no mesmo dia, hora e local, logo a seguir, constrangeu a vítima Ana Isabela, mediante violência presumida, a permitir que com ele praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, passando as mãos nas partes internas de suas coxas e ao tentar beijá-la.

Quanto ao delito de furto, a autoria e materialidade restaram incontroversas, cingindo-se o presente apelo ao delito sexual, requerendo o recorrente sua absolvição ou, alternativamente, a desclassificação para a contravenção penal do art. 61 da Lei n. 3688/88, bem como a redução das penas-base e modificação do regime de cumprimento da reprimenda.

Analisando detidamente as razões de inconformismo apresentadas em confronto com o conjunto probatório entendo que a decisão deve ser parcialmente reformada.

I - Da absolvição ou desclassificação do crime capitulado no art. 214 do CP para a contravenção do art. 61 da Lei n. 3688/41

O recorrente, ao ser interrogado pela primeira vez (f. 12) admitiu que após já ter subtraído alguns bens, retornou à casa da vítima e percebeu que ela dormia no sofá, com peças íntimas, sendo que ela acordou e começou a gritar, quando o acusado tampou a boca da vítima para que esta não chamasse a polícia.

Em juízo (f. 99-101) admite o furto, porém nega que tenha cometido o delito sexual, pois diz que na primeira vez que entrou na residência não havia ninguém lá, e, na segunda vez, quando voltou, encontrou com a vítima, que havia chegado e começado a gritar.

Ana Isabela, ao ser ouvida no inquérito policial (f. 11), declarou*:*

> [...] quando a declarante acordou, sentiu que AURELIANO estava passando suas mãos nas partes íntimas de suas coxas; QUE, AURELIANO disse para a declarante calar a boca e não chamar a polícia; QUE a declarante começou a gritar, pedindo socorro; QUE a declarante não recorda se AURELIANO beijou sua boca, mas recorda que AURELIANO tentou beijar sua boca; [...] QUE a declarante se livrou de AURELIANO [...]

Em juízo (f. 88-89) a vítima narrou com os mesmos detalhes o que ocorreu, *in verbis*:

> [...] Eu tava dormindo no sofá, tava de pijama, acordei com uma mão na minha coxa, me alisando e me chamando, me chamando, me chamando de moça. E eu acordei assustada e uma pessoa tentando me segurar E eu levantei, consegui levantar e essa pessoa continuou tentando me segurar [...] porque ele tava me alisando, me chamava de moça [...] ele tentou me beijar, me segurar. Aí eu consegui levantar [...]

Corroborando a declaração da vítima, têm-se os depoimentos dos policiais Joaquim de Souza Neves (92-93) e Wagner Henrique Cavalcante (f. 96-97*),* a quem a vítima relatou os fatos.

Portanto, analisando o conjunto probatório e, sobretudo o depoimento da vítima, não há falar em absolvição. Entretanto, tenho que a conduta praticada pelo recorrente amolda-se à contravenção penal de perturbação da tranquilidade, prevista no art. 65 do Decreto Lei n. 3.688/41, senão vejamos.

Prevê o art. 65, I da Lei das Contravenções Penais:

> Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:
>
> Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Guilherme de Souza Nucci[1] leciona que não se deve dar uma interpretação muito extensiva ao delito de atentado violento ao pudor, senão vejamos:

> [...] não se pode dar uma interpretação muito aberta ao tipo do art. 214. Portanto, atos ofensivos ao pudor, como passar a mão nas pernas da vítima, devem ser considerados uma contravenção penal e não um crime. A este é preciso reservar o ato realmente lascivo, que sirva para satisfazer a ânsia sexual do autor, que se vale da violência ou da grave ameaça. Além disso, é preciso considerar o tempo utilizado para atingir os propósitos do agente. Uma breve passada de mãos nos seios da vítima, fugaz e de inopino, não nos parece seja um atentado violento ao pudor.

Pelo que se extrai dos autos, a conduta do apelante foi praticada na residência da vítima, quando a mesma dormia no sofá, passando as mãos em suas coxas e tentando beijá-la, porém não consta do caderno processual que tenha se utilizado de violência e grave ameaça contra a vítima para satisfação de sua lascívia.

A toda evidência, portanto, que o réu, num primeiro momento, incomodou a vítima, passando a mão nas suas coxas e tentou beijá-la, sendo que a mesma acordou e ao gritar, foi socorrida por vizinhos, que chamaram a polícia, que por sua vez acabou por deter e prender o réu nas imediações.

Entretanto, os depoimentos e as demais provas trazidas aos autos não demonstraram efetivamente a intenção do acusado de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal com a vítima, mas tão somente perturbar-lhe a tranqüilidade.

O exame de corpo de delito (f. 71), conclui não haver vestígios de lesão corporal de natureza traumática externa de época recente.

Desse modo, tenho que a reprimenda deve sempre ser proporcional à ofensa e, neste caso, a aplicação do art. 65 da Lei de Contravenções Penais se mostra suficiente para reprimir a conduta pratica pelo agente.

Trago à baila jurisprudências dessa Egrégia Corte, bem como dos Tribunais Pátrios nesse sentido:

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: RT. p. 882.

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ESTUPRO. ART. 213, C.C. 14, II, DO CP. NÃO-CONFIGURACÃO. Ausência de provas seguras. Conduta que se amolda à previsão do art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41. Desclassificação. Contravenção penal. Perturbação da tranqüilidade. Princípio in dubio pro reo. Recurso improvido. (TJMS, ACr n. 2007.002106-7, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 7.3.2007, DJ de 23.3.2007).

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ESTUPRO. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS. CONDUTA QUE SE AMOLDA À PREVISÃO DO ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/41 DESCLASSIFICAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL. PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE POR ACINTE OU MOTIVO REPROVÁVEL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não havendo provas suficientes para possibilitar a condenação do agente por tentativa de estupro (art. 213, C.C. 14, II, do Código Penal), impõe-se a desclassificação para a prática de contravenção penal de perturbação da tranqüilidade por acinte ou motivo reprovável, com base nos elementos existentes nos autos. (TJMS, ACr n. 2007.026819-1, Jardim, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, DJ de 25.4.2008, p. 49).

RECURSO CRIMINAL. Atentado violento ao pudor na modalidade tentada. Desclassificação na sentença para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade (art. 65 da LCP) insurgência da vítima pretendendo a condenação nos termos da denúncia. Materialidade e autoria do delito demonstradas. Ausência, todavia, de atos dirigidos ao fim libidinoso. Conjunto probatório que justifica a desclassificação. Recurso não provido. (TJSC, RCr n. 2009.002308-1, Jaguaruna, Primeira Câmara Criminal, Relª Desª Marli Mosimann Vargas, DJ de 3.11.2009, p. 422).

DIREITO PENAL. ROUBO. USO DE ARMA DE FOGO. PROVA DE INEFICIÊNCIA. PORTE ILEGAL DE ARMA. CONSUNÇÃO. CRIME MEIO. VÁRIAS VÍTIMAS. CONCURSO FORMAL. PARTICIPAÇAO DE MENOR IMPORTÂNCIA. DIVISÃO DE TAREFAS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA NÃO DESCRITAS NA DENÚNCIA. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE PREVISTA NO ART. 65 DA LEI DAS CONTRAVENÇÔES PENAIS. 1. O uso de arma no cometimento do roubo não enseja causa de aumento de pena, quando constatada, mediante prova pericial, a ineficiência para efetuar disparos. 2. No crime de roubo, quando o porte ilegal de arma for crime meio para a prática da infração fim, aplica-se o princípio da consunção, sendo o porte absorvido pelo roubo. 3. O roubo, nas mesmas circunstâncias fáticas, contra vítimas diversas, caracteriza o concurso formal de delitos. 4. Demonstrado que os agentes atuaram em divisão de tarefas, ficando um dos acusados responsável por constranger as vítimas mediante o emprego de arma de fogo, enquanto que o outro recolhia os bens, resta afastada a hipótese da participação de menor importância. 5. A contemplação lasciva praticada pelo apelante, consistente em apalpar os seios e pernas da menor A.V., enquanto esta dormia, ainda que se trate de uma conduta bastante reprovável, não há descrição de algum constrangimento, violência ou grave ameaça impingida à vítima de forma que a conduta praticada pelo agente pudesse se subsumir àquele tipo penal incriminador, razão assistindo, neste particular, à laboriosa defesa, quando salienta que ““mister o enquadramento da conduta do apelante, na verdade, no disposto no art. 65 da Lei de contravenções penais. ““art. 65 molestar alguém ou perturbar-lhe a tranqüilidade, por acinte ou por motivo reprovável”“. 6. Recurso do ministério público a que se nega provimento. 6.1 provimento parcial ao recurso do apelante leonaldo e negado ao do gleison. (TJDF, Rec n. 2007.05.1.006177-4, ACr n. 376.466, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Egmont, DJ de 20.10.2009, p. 215).

APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. Violência ficta (art. 214, c/c art. 224, "a", ambos do Código Penal). Desclassificação, na sentença, para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP). Recurso da acusação pretendendo a condenação nos termos da denúncia. Materialidade e autoria do delito demonstradas. Ausência, todavia, de atos dirigidos ao fim libidinoso. Conjunto probatório que justifica a desclassificação. Recurso desprovido. Reforma, de ofício, da sentença quanto à classificação da conduta praticada pelo réu. Inadequação do tipo descrito no art. 61 da LCP. Ato não praticado em local público ou acessível a ele. Desclassificação para a contravenção de perturbação da tranquilidade (art. 65 da LCP). Declaração de extinção da punibilidade. Advento da prescrição da pretensão punitiva do estado na forma retroativa. Lapso transcorrido entre a publicação da sentença condenatória e o presente julgamento superior a um ano. Inteligência dos arts. 107, IV; 109, VI; 110, § 1º, e 115, todos do CP. (TJSC, ACr n. 2008.014290-0, Jaraguá do Sul, Primeira Câmara Criminal, Relª. Desª. Marli Mosimann Vargas, DJ de 19.6.2009, p. 336).

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO DE PERTURBAÇÃO À TRANQUILIDADE. Cabível desclassificar a conduta do réu para a contravenção tipificada no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais (Lei n. 3.688/41) quando a conduta do réu se limitou a mostrar os genitais para a vítima e a pegar sua mão para que os tocasse. Sentença reformada. PRESCRIÇÃO RETROATIVA PELA PENA EM ABSTRATO. Reconhecida a prescrição pela pena em abstrato, eis que já transcorridos mais de três anos entre a data do recebimento da denúncia e da publicação da sentença, a teor dos artigos 107, IV, 109, VI e 110, § 1º, todos do Código Penal. APELO DEFENSIVO PROVIDO. (TJRS, ACr n. 70017804071, Uruguaiana, Quinta Câmara Criminal, Relª. Desª. Genacéia da Silva Alberton, julgado em 17.10.2007, DO de 7.1.2008, p. 72).

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. PROCEDÊNCIA. Atitudes do agente que não se subsumem ao tipo prescrito no art. 214, do CP. Réu que ensaia a consecução de apalpadelas, abraços e beijos em suas alunas. Intento lascivo frustrado pela rejeição das menores. Interação física efêmera. Desclassificação da imputação originária para a contravenção penal prevista no art. 65, do Decreto-Lei n. 3.688/41. Perturbação da tranqüilidade. Sentença reformada. Prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal. Transcurso de interregno superior a 2 anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória. Extinção da punibilidade do recorrente. Recurso provido. (TJPR, ACr n. 0539782-2, Ibaiti, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Zarpelon, DJ de 26.11.2009, p. 205).

APELAÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO DO ART. 65 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. Embora moralmente condenável, as condutas praticadas pelo réu não configuram o crime de atentado violento ao pudor, de reprovabilidade semelhante à conjunção carnal violenta proibida pelo art. 213 do CP. Todavia, como a prova dos autos nos aponta que o acusado importunou a vítima, sua conduta enquadra-se no disposto no art. 65 da Lei de contravenções penais. (TJMG, ACr n. 1.0674.07.003551-6/0011, Silvianópolis, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, julgado em 27.1.2009, DJ de 19.3.2009).

Desse modo, desclassifico a conduta capitulada na denúncia, na falta de outra que se amolde melhor aos fatos narrados, para a prevista no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais.

II- Da redução das pena-base:

Verifica-se no caderno processual, que o magistrado *a quo* ao fixar a pena-base, considerou como única circunstância negativa em desfavor do réu, sua personalidade, que entendeu ser voltada à deliquência, ante os antecedentes do mesmo (f. 124-125).

Celso Delmanto[2] explica que a personalidade *"Diz respeito à sua índole, à sua maneira de agir e sentir, ao próprio caráter do agente. Deve-se averiguar se o crime praticado se afina com a individualidade psicológica do agente, caso em que essa sua personalidade voltada ao delito pesará em seu desfavor e, ao contrário, em seu favor"*

Ainda, segundo Cézar Roberto Bintecourt[3]: *"Personalidade – deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade, deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu".*

Assim, tenho que o juízo mediante a sua discricionariedade, considerou a personalidade do agente, com fundamento em dados concretos, devendo assim permanecer.

a) Delito de Furto:

Destarte, tenho que quando ao delito de furto a pena fixada pelo magistrado *a quo* deve ser integralmente mantida, pois na primeira fase, a mesma restou fixada em um ano e quatro meses de reclusão, ante a circunstância negativa da personalidade do agente.

Na segunda-fase, reconheceu a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, alínea "d" do CP), sendo a mesma foi reduzida em 2 (dois) meses, e, na terceira fase, não havendo causas de aumento ou diminuição a serem levadas em consideração, manteve a pena definitivamente em 1 ano e dois meses de reclusão, não havendo reparos a serem feitos.

b) Contravenção do art. 65 da Lei n. 3688/41:

Ante a desclassificação do delito previsto no art. 214 c/c art. 224, "c", ambos do Código Penal, para a contravenção de "perturbação da tranquilidade", condeno o réu ao pagamento de 50 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, *quantum* que considero suficiente para a reprovação e prevenção da infração penal.

Consequentemente, modifico o cumprimento da pena de reclusão (art. 155 do CP), nos termos do art. 33, "c" do Código Penal, para regime aberto.

Assim em face do concurso material, a pena resta definitivamente fixada em um ano, dois meses de reclusão e 50 dias-multa a 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao apelo interposto por Aureliano Gomes Machado, desclassificando o crime do art. 214 c/c art. 224 do CP para a contravenção do art. 65 da Lei 3.688/41, ficando a pena definitivamente fixada em um ano, dois meses de reclusão, no regime aberto e 50 dias-multa a 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, mantendo o *quantum* aplicado pelo juízo *a quo ao* delito de furto.

2 DELMANTO, Celso e outros. **Código penal comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 188. (In HC n. 115.584/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 22.9.2009, DJ de 26.10.2009).

3 **Código penal comentado**. 2. ed. p. 212 (In HC n. 115.584/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 22.9.2009, DJ de 26.10.2009).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Juiz Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 29 de março de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.000053-7 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Juiz Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* COLETIVO – PEDIDO DE LIBERDADE DE MENORES INFRATORES – SUPERLOTAÇÃO E CONDIÇÕES PRECÁRIAS DA UNEI DOM BOSCO – QUESTÃO CONTROVERSA – MATÉRIA QUE DEPENDE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PARA RESOLVER A QUESTÃO – VIA ELEITA INADEQUADA – ORDEM DENEGADA.

Tratando-se de questão controversa, que demanda dilação probatória, e tendo sido ajuizada ação civil pública para resolução da questão, bem como havido alteração da situação fática, com a transferência de parte dos menores para a UNEI Novo Caminho, que fora reformada, torna-se inviável a discussão por intermédio da via eleita.

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, denegar a ordem.

Campo Grande, 5 de abril de 2010.

Juiz Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *habeas corpus* coletivo, com pedido liminar, em favor dos Adolescentes que cumprem medida socieducativa de internação por prazo determinado e provisório na Unidade Dom Bosco, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Campo Grande - MS.

Sustenta em apertada síntese que:

1) Os adolescentes internados estão sofrendo constrangimento ilegal, em face da situação caótica em que se encontra a UNEI Dom Bosco.

2) Além da superlotação, o estabelecimento não oferece condições dignas e humanas de sobrevivência, ante a ausência de camas, materiais básicos, bem como de itens pessoais e de higiene.

3) Os ambientes são insalubres, sombrios, não existe energia elétrica para chuveiros e falta de assistência à saúde dos internos.

Ao final requereu a soltura imediata dos menores que cumprem medida de internação, ou, alternativamente, para que fossem liberados os que ultrapassassem a capacidade máxima de 48 internos, bem como fosse impedida a autoridade coatora de enviar outros adolescentes para cumprirem medida de internação na UNEI- Dom Bosco.

Liminar indeferida às f. 684-685.

Informações da autoridade coatora às f. 690-694.

Conforme prerrogativa prevista no artigo 151[1] do RITJ deste Tribunal, minha assessoria entrou em contato com a autoridade apontada como coatora, nessa data, às 14h42min, sendo que a mesma informou que 26 menores foram transferidas da UNEI - Unidade Dom Bosco, para a UNEI – Unidade Novo Caminho, permanecendo na Unidade Dom Bosco, cerca de 80 internos na Unidade Dom Bosco, e aos poucos outros menores serão removidas para a outra unidade.

Embargos de declaração opostos às f. 697-699 e rejeitados às f. 701-705.

A Procuradoria Geral de Justiça às f. 714-71 opina pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Relator)

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *habeas corpus* coletivo, com pedido liminar, em favor dos Adolescentes que cumprem medida socieducativa de internação por prazo determinado e provisório na Unidade Dom Bosco, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Campo Grande - MS.

Consta nos autos que a questão das condições das UNEI's de Campo Grande está em discussão na ação civil pública n. 001.09.059914-5, movida pela Defensoria Pública, onde, em audiência, o Estado firmou compromisso de executar as obras de reforma das destas até dia 31.12.2010.

A autoridade apontada como coatora, às f. 690-694, assevera que as falhas apontadas nas UNEI's são de responsabilidade do Estado, bem como as decisões proferidas em processos para apuração de atos infracionais, foram avaliadas criteriosamente, em observância ao devido processo legal e aos princípios da excepcionalidade e brevidade, sendo que as internações jamais ultrapassaram um ano e dois meses, sendo muito raro que um adolescente ultrapasse período superior a um ano, ou seja, não há ato ilegal praticado contra os menores a dar ensejo a constrangimento ilegal.

É sabido que a medida sócio-educativa de internação tem caráter protetivo, a fim de ressocializar o menor infrator, para que retorne ao convívio em sociedade, não havendo se falar em constrangimento ilegal imputado pelo magistrado nas decisões por ele proferidas, pois os atos infracionais foram apurados, sendo aplicadas as medidas sócio-educativas cabíveis, dentre elas a internação, de acordo com que preleciona o art. 122 do ECA.

Em consulta ao site <<www.bbcnews.com.br>>, nessa data, às 15h29min, consta notícia[2] de que no dia 24.3.2010, vinte e seis internos da UNEI Unidade Dom Bosco, foram transferidos para a Unidade Novo Caminho, no Jardim Los Angeles, atenuando o problema da superlotação existente na Unidade Dom Bosco, informação que, nesta mesma data, foi confirmada pela autoridade apontada como coatora, conforme contato telefônico feito por minha assessoria.

1 Art. 151. O relator será o juiz preparador do feito, até ao julgamento, cabendo-lhe, além de determinar diligências, inclusive as instrutórias, necessárias ao julgamento dos recursos e das causas originárias:

2 SEJUSP TRANSFERE 26 INTERNOS PARA UNEI LOS ANGELES APÓS REFORMA. Obras na unidade atende decisão judicial e 26 internos que estavam na Unei Dom Bosco foram transferidos. A Secretaria de Justiça e Segurança Pública (Sejusp) transferiu 26 internos da Unidade Educacional de Internação (Unei) Dom Bosco, localizado na BR-262, saída para Três Lagoas, para a Unidade Novo Caminho, no Jardim Los Angeles. O estabelecimento estava interditado desde outubro do ano passado para reforma conforme decisão da Primeira Vara da Infância e da Adolescência de Campo Grande. Os adolescentes foram transferidos na manhã desta quarta-feria (23) por volta das 8 horas [...]

Observa-se ainda, que há um impasse entre as alegações dos pacientes e informações do magistrado singular, acerca das reais condições da UNEI onde se encontram internados os menores, o que para um juízo de valor escorreito, a fim de configurar o constrangimento ilegal, demandaria dilação probatória, incabível em sede de *habeas corpus*.

Não se verifica *a priori* violação ao direito de ir e vir, ficar ou permanecer dos adolescentes internados, postos que aos mesmos foram aplicadas medidas sócio-educativas de internação, em respeito ao devido processo legal, com respeito aos princípios da excepcionalidade e brevidade.

Acerca do *habeas corpus* Nucci[3] ensina que a sua utilização demanda *a existência de direito líquido e certo, tal postura restou consagrada doutrinaria e jurisprudencialmente, não admitida como regra qualquer dilação probatória,* citando Pontes de Miranda, preleciona que *Direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com exame de provas em dilações, que é de si mesmo concludente e inconcusso" (grifo nosso).*

Abaixo trago à baila jurisprudências nesse sentido.

> HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E QUALIFICADO POR RESULTAR LESÃO CORPORAL À VÍTIMA. NEGATIVA DE AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. ORDEM DENEGADA. 1. A ação de Habeas Corpus não é adequada para examinar alegações que demandem dilação probatória ou que se apresentem essencialmente controvertidas, como a tese de negativa de autoria ou participação de menor importância no ato infracional, em razão da natureza célere do mandamus, que pressupõe prova pré-constituída do direito alegado. Precedentes do STJ. 2. Habeas Corpus denegado, em consonância com o parecer ministerial. (STJ, HC n. 135.506, Proc. 2009/0084919-6, RS, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 20.8.2009, DJ de 28.9.2009).

> HABEAS CORPUS. MENOR INFRATORA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 122, INCISO II, DA LEI N. 8.069/90. INCONFORMISMO CONTRA A SENTENÇA QUE DECRETOU A INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. REITERAÇÃO NA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL GRAVE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE MÉRITO E INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PRÓPRIO. ESTREITA VIA ESCOLHIDA. INADEQUAÇÃO. ORDEM DENEGADA. Verificando que a paciente vem reiteradamente praticando atos infracionais análogos ao delito de tráfico de drogas, e estando devidamente fundamentada a sentença exarada pelo magistrado de origem, não constato o alegado constrangimento ilegal em virtude da imposição da medida de internação por prazo indeterminado. Ademais, a estreita via do habeas corpus, por ser desprovida de dilação probatória, não comporta o profundo revolvimento do conteúdo fático-probatório, principalmente se há no ordenamento jurídico recurso próprio para rever a decisão proferida pela autoridade apontada como coatora, in casu, o de apelação. A denegação da ordem é medida que se impõe. (TJMG, HC n. 1.0000.09.491503-0/0001, Belo Horizonte, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Fernando Starling, julgado em 5.5.2009, DJ de 10.6.2009).

Adda Pellegrini Grinover [4] assevera que *no procedimento sumário do 'habeas corpus' não tem lugar uma fase de instrução probatória, mas isso não exclui a necessidade de introdução no processo de elementos aptos à demonstração dos fatos que caracterizam o constrangimento ilegal a ser reparado pela via judicial. É evidente, assim que a cognição do juiz ou do tribunal não pode deixar de abranger a apreciação das provas relacionadas à existência do constrangimento, ou da ameaça, bem como sua legalidade ou ilegalidade. Mas, para que seja concedida a ordem é preciso que os fatos estejam induvidosamente demonstrados – a prova dúbia, incompleta, ou que esteja contrariada por outros elementos, não autoriza o pronunciamento favoravel. (grifo nosso).*

3 NUCCI. Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 1027.

4 GRINOVER, Adda Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT. 2009. p. 301.

Acentue-se que o assunto está sendo discutido em ação civil pública competente (ação n. 001.09.059914-5), na qual o Estado comprometeu-se a regularizar a situação até o final do corrente ano, como citado alhures.

Assim, em face das informações e das circunstâncias que envolvem o caso, bem como da controvérsia apresentada, estando em trâmite ação civil pública para exame da questão, na qual já houve compromisso do governo estadual em solucioná-la sob pena de multa diária, e ainda, parte dos menores foi transferida para outra unidade, e especialmente depender a matéria aventada de dilação probatória, tenho que a ordem deve ser denegada.

Diante do exposto, com o parecer, denego a ordem no *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública Estadual, tendo como pacientes os menores infratores que cumprem medida de internação na UNEI - Unidade Dom Bosco.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Manoel Mendes Carli e Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 5 de abril de 2010.

***

Recurso em Sentido Estrito n. 2010.004436-4 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PEDIDO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – INAPLICABILIDADE DA LEI DOS JUIZADOS JÁ RECONHECIDA PELO PLENÁRIO DESSA CORTE – VINCULAÇÃO DO ÓRGÃO FRACIONÁRIO A ESSA DECISÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Declarada a constitucionalidade da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) pelo Órgão Especial desse Tribunal de Justiça na Arguição de Inconstitucionalidade em Recurso em Sentido Estrito n. 2007.023422-4/0002.00, mostra-se incabível a concessão da suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

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, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de maio de 2010.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por Henrique Aparecido Charão Silva contra decisão que lhe indeferiu o pedido de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), nos autos que apura crime da alçada da Lei Maria da Penha.

A decisão foi mantida às f. 53-54.

O *Parquet* contra-arrazoa pelo provimento do recurso interposto para que seja proposta a suspensão condicional do processo, e prequestiona a negativa de vigência ao art. 89 da Lei dos Juizados Especiais.

O Parecer Ministerial opina pelo improvimento recursal.

VOTO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Henrique Aparecido Charão Silva contra decisão que lhe indeferiu o pedido de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), nos autos que apura crime da alçada da Lei Maria da Penha.

O Parecer Ministerial, preliminarmente, sustenta que o recurso em sentido estrito não é o cabível, mas, pela aplicação do princípio da fungibilidade recursal, o de apelação.

Sobre esse tema, o STJ já decidiu no *HC* n. 90.584/RS, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 14.10.2008, que [...] *A teor do entendimento desta Corte, "contra decisão que concede, nega ou revoga suspensão condicional do processo cabe recurso em sentido estrito."*

Dessa forma, conheço do pedido.

O recorrente alega que deve ser beneficiado com a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais.

Quanto ao cabimento da aplicação da lei n. 9.099/95 ao caso em tela, o art. 41 da lei n. 11.340/06 prevê que, independentemente da pena atribuída ao crime, havendo violência doméstica contra a mulher, não se aplica a Lei dos Juizados Especiais, restando evidente que não será possível a realização de proposta de transação e outros benefícios dispostos na referida Lei dos Juizados.

Ademais essa Corte Estadual, através da resolução n. 511/06, ao determinar a competência de julgamento da Lei n. 11.340/06, em seu art. 2º, determinou que *"Nas comarcas do Estado com mais de uma vara criminal, ou de jurisdição mista, as causas criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, serão distribuídas entre elas, devendo as causas cíveis que decorram de crime dessa natureza serem distribuídas por prevenção".*

Sobre o tema essa Turma assim já se manifestou em v.

> EMENTA–RECURSOEMSENTIDOESTRITO–INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/2006 – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NÃO CARACTERIZADO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – COMPETÊNCIA DA VARA RESIDUAL E NÃO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.340/06 – INAPLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95, INDEPENDENTEMENTE DO QUANTUM DA PENA APLICADA – RESOLUÇÃO N. 511/06 DO TJ-MS – RECURSO PROVIDO.
>
> A competência para processar e julgar crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, enquanto não criado o Juizado que atenda casos dessa natureza, é da Justiça Comum, e não dos Juizados Especiais Criminais, NÃO SENDO APLICÁVEL A LEI N. 9.099/95 A ESSAS HIPÓTESES, SEGUNDO DETERMINAM OS ARTIGOS 33 E 41, AMBOS DA LEI N. 11.340/06.[1]

Registro ainda que o Órgão Especial desta Egrégia Corte, na Arguição de Inconstitucionalidade em Recurso em Sentido Estrito n. 2007.023422-4/0002.00, reconheceu a constitucionalidade da Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), e se manifestou pela *"[...]inaplicabilidade dos institutos previstos na Lei n. 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher[...]".*

Dessa forma, tendo em vista o silêncio da legislação processual penal sobre o tema e o permissivo do art. 3.º do CPP, aplica-se a regra do art. 481, parágrafo único, do CPC, que prescreve que *"[...] Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão." e é ratificado pelo STF que firmou entendimento de que a "precedência de decisão plenária sobre a matéria em outra ação convalida, porém, a decisão do órgão fracionário".*

De modo que, uma vez reconhecida pelo Órgão Especial a constitucionalidade da lei, torna-se impossível a aplicação dos benefícios estabelecidos pela Lei n. 9.099/95, conforme estatuído no art. 41 da Lei n. 11.340/06, não havendo falar, inclusive, em negativa de vigência ao prequestionado art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Dessa forma, com o Parecer Ministerial, nego provimento ao recurso.

1 TJMS, RSE n. 2007.021425-3, Itaporã.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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, 25 de maio de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2010.006927-0 - Jardim
Primeira Turma Criminal
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – 244-A DO ECA – EXPLORAÇÃO SEXUAL – ABSOLVIÇÃO – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – CRIME NÃO CONFIGURADO – CLIENTES OCASIONAIS – ADOLESCENTES QUE JÁ SE PROSTITUÍAM ANTERIORMENTE – IMPROVIDO.

Verificado que os agentes foram apenas clientes ocasionais das adolescentes, ou seja, não as submeteram à prostituição ou à exploração juvenil, até porque elas já se prostituíam anteriormente, não há falar em condenação pelo crime previsto no art. 244-A, do ECA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de maio de 2010.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes

O Ministério Público Estadual recorre da sentença que absolveu sumariamente Francisco Fernandes Marsura e Vilmar Lescano Valêncio pela prática do crime previsto no art. 244-A, do ECA (f. 236-239).

Pede a condenação dos apelados, nos termos da denúncia, alegando que, ainda que as vítimas menores de idade (14 e 15 anos), já tenham iniciado a vida sexual e o façam mediante paga, tal fato não exclui a ilicitude do crime de exploração sexual (f. 267-275).

A defesa, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso ministerial (f. 281-284).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial (f. 289-294).

VOTO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Consta na denúncia que, em dia indeterminado, no mês de dezembro de 2004, na Comarca de Jardim-MS, os denunciados Vilmar Lescano Valêncio e Francisco Fernandes Marsura submeteram as adolescentes

Janaina M. C., com 15 anos de idade e Geisiane C. B., com 14 anos de idade, na época dos fatos, à exploração sexual, mantendo relações sexuais com as mesmas, mediante o pagamento de R$ 50,00 (cinquenta reais) para cada uma.

O magistrado entendeu que os fatos narrados não constituíam crime, absolvendo os apelados do crime previsto no art. 244-A, do ECA.

O Ministério Público pede a reforma da sentença a fim de que os apelados sejam condenados nos termos da denúncia.

Contudo, a sentença absolutória deve ser mantida.

Constata-se dos autos que as menores Janaína e Geisiane, respectivamente, tia e sobrinha, de 15 e 14 anos de idade, já se prostituíam há tempos na Comarca de Jardim, antes de terem realizado programa sexual com os apelados, inclusive viajando para outras cidades e pedindo carona para pessoas desconhecidas, aceitando qualquer tipo de recompensa, como ingressos para assistirem a shows, dinheiro, sorvete, passeios, festas, em troca da relação sexual.

A adolescente Janaína afirmou que manteve relação sexual, uma única vez com o apelado Vilmar, em um Motel em Jardim, porque ele prometeu pagar-lhe a quantia de R$ 50,00 (cinquenta reais) (f. 19-22).

Passados poucos dias, as duas adolescentes pegaram carona com o apelado Francisco, que não conheciam, e viajaram com ele para as cidades de Bodoquena, Miranda e Campo Grande, sendo que nesta última, também mantiveram relações sexuais com ele, em troca do pagamento de R$ 50,00 (cinquenta reais) para cada uma, depois voltando com ele para a cidade de Jardim (f. 19-22, 24-27).

Verifica-se, no presente caso, que os apelados foram apenas clientes ocasionais das adolescentes, ou seja, não as submeteram à prostituição ou à exploração juvenil, até porque elas já se prostituíam anteriormente.

A respeito, vejamos a lição de Eduardo Roberto Alcantara Del Campo e Thales Cézar de Oliveira (Estatuto da criança e do adolescente, 2. ed., Ed. Jurídico Atlas, 2006, p. 334-335):

> A conduta típica é a de submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual.
>
> Submeter significa tirar a liberdade, dominar, subjugar, sujeitar, forçar. Explorar tem o sentido de tirar proveito, beneficiar-se. Prostituição é a atividade institucionalizada que visa ganhar dinheiro com a cobrança por práticas sexuais. A exploração sexual é mais ampla e pode abranger apenas favores direcionados a uma determinada pessoa.
>
> [...]
>
> Ambas as modalidades exigem habilitualidade, não se perfazendo o crime com uma única relação.
>
> [...]
>
> O crime em comento, assim, é aplicável apenas a quem induz ou estimula a prostituição infantil ou juvenil e não àquele que dela se vale. [...].

Deste entendimento comunga o STJ:

> PENAL. EXPLORAÇÃO SEXUAL. ART. 244-A DO ECA. RÉUS QUE SE APROVEITAM DOS SERVIÇOS PRESTADOS. VÍTIMAS JÁ INICIADAS NA

PROSTITUIÇÃO. NÃO-ENQUADRAMENTO NO TIPO PENAL. EXPLORAÇÃO POR PARTE DOS AGENTES NÃO-CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que o crime previsto no art. 244-A do ECA não abrange a figura do cliente ocasional, diante da ausência de exploração sexual nos termos da definição legal. Exige-se a submissão do infante à prostituição ou à exploração sexual, o que não ocorreu no presente feito. (REsp n. 884.333/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 29.6.2007). 2. Recurso especial improvido." (REsp n. 820.018/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 5.5.2009, DJ de 15.6.2009).

CRIMINAL. ART. 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONFIGURAÇÃO. CLIENTE OU USUÁRIO DO SERVIÇO PRESTADO PELA INFANTE JÁ PROSTITUÍDA E QUE OFERECE SERVIÇOS. NÃO ENQUADRAMENTO NO TIPO PENAL. DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE DOLO. RECURSO DESPROVIDO.

I. O crime previsto no art. 244-A do ECA não abrange a figura do cliente ocasional, diante da ausência de "exploração sexual" nos termos da definição legal.

II. Hipótese em que o réu contratou adolescente, já entregue à prostituição, para a prática de conjunção carnal, o que não encontra enquadramento na definição legal do art. 244-A do ECA, que exige a submissão do infante à prostituição ou à exploração sexual. [...]. V. Recurso desprovido. (REsp n. 884.333/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 10.5.2007, DJ de 29.6.2007, p. 708)

Dessa forma, não restando configurado o crime previsto no art. 244-A do ECA, não há falar em condenação dos apelados.

Diante do exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

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. 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, 25 de maio de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.008624-5 - Bataguassu
Primeira Turma Criminal
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO – CARTA PRECATÓRIA – OITIVA TESTEMUNHAS – AUSÊNCIA INTIMAÇÃO DOS PACIENTES – SENTENÇA CONDENATÓRIA – ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL – IMPOSSIBILIDADE – INTIMAÇÃO DA DEFESA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM DENEGADA.

Embora os pacientes não tenham sido intimados para as audiências de inquirição de testemunhas no juízo deprecado, a defesa o foi, tanto que esteve presente no ato.

Por outro lado, a Súmula 526 do STF é taxativa no sentido de que, no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anula se houver prova de prejuízo para o réu, o que não ocorre na espécie.

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, denegar a ordem.

Campo Grande, 18 de maio de 2010.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes

A Defensoria Pública Estadual impetra a presente ordem de *habeas corpus,* com pedido de liminar, em favor de Aurelucio Andrade da Silva e de Bruno Adorno Lopes, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Bataguassu.

Segundo a impetrante, os pacientes foram condenados por tráfico de drogas, mas a sentença é nula porque as audiências para inquirição de testemunhas nos juízos deprecados foram realizadas sem a intimação pessoal dos pacientes, violando os princípios do devido processo legal e do contraditório.

Diante disso, pleiteia, liminarmente, a suspensão do processo e, no mérito, a declaração de nulidade da sentença.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 172-175).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 178-179).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não-conhecimento e pela denegação da ordem (f. 255-259).

VOTO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Infere-se dos autos que os pacientes Aurelúcio e Bruno foram condenados, respectivamente, à pena de 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 10 (anos) e 5 (cinco) meses de reclusão, a serem cumpridas no regime inicialmente fechado, pela prática de tráfico de drogas.

Segundo a impetrante, a sentença é nula porque as audiências para inquirição de testemunhas nos juízos deprecados foram realizadas sem a intimação pessoal dos pacientes, violando os princípios do devido processo legal e do contraditório.

Diante disso, pleiteia a declaração de nulidade da sentença.,

Pois bem. A alegação de nulidade processual só é cabível na estreita via do *habeas corpus* quando for possível comprová-la de plano, o que não ocorre na espécie.

In casu, verifica-se que a autoridade apontada como coatora não acolheu a preliminar de cerceamento de defesa sob o fundamento de que, embora os pacientes não tenham sido intimados para as audiências de inquirição de testemunhas no juízo deprecado, a defesa o foi, tanto que esteve presente no ato (sentença – f. 26).

De fato, os pacientes foram devidamente assistidos pela Defensoria Pública na comarca deprecada, conforme se denota dos termos de depoimento de f. 81-82, bem como do termo de audiência de f. 89-90.

Por outro lado, a Súmula 526 do STF é taxativa para que, no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anular se houver prova de prejuízo para o réu.

A respeito de eventuais prejuízos aos pacientes, veja-se o que restou assentado na sentença, *in verbis:*

> [...] E quanto à ausência de intimação dos réus, diante das informações feitas pelas testemunhas que compareceram ao juízo, vê-se não ter havido qualquer prejuízo para a defesa dos acusados, pois os relatos testemunhais são no sentido de fazer referência à vida pessoal dos acusados [...]

Não fosse isso, uma vez expedida a carta precatória, cabia aos pacientes o acompanhamento dos atos dela decorrentes.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do STF, *in verbis*:

> EMENTA: PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. PROCESSO-CRIME NO QUAL FOI ASSEGURADO AO ACUSADO O MAIS AMPLO EXERCÍCIO AO DIREITO DE DEFESA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não há como acolher, na via de verdadeiro atalho que é o habeas corpus, a tese da atipicidade da conduta imputada ao paciente. Tese embasada na alegação de que a ação dele, paciente, não foi dolosa. A ação constitucional de proteção da liberdade de ir e vir dos indivíduos não é o espaço processual próprio para o revolvimento do quadro empírico da causa. Quadro que, segundo as instâncias judicantes competentes, é revelador da conduta de "colocar moeda falsa em circulação" (inciso I do § 1º do art. 289 do CP). 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, expedida a carta precatória, cabe aos interessados o seu acompanhamento. No caso, a defesa foi intimada da expedição da carta precatória, e o ato impugnado foi acompanhado por defensor dativo. Sobremais, o prejuízo arguido pela defesa não se me parece configurado, pois o depoimento combatido nem sequer embasou o decreto condenatório. 3. Não há nulidade a ser reparada quanto às razões recursais defensivas. Razões, inclusive, que foram parcialmente acolhidas pelo

> Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 4. Recurso a que se nega provimento. (negritou-se) (*HC* n. 93817, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 30.6.2009, DJ n.162 de 27.8.2009, publicado em 28.8.2009, Ementário v. 2371-03, p. 442).

Assim, não constatando qualquer tipo de violação aos princípios do devido processo constitucional, do contraditório e da ampla defesa dos atos processuais, e de acordo com o bem lançado parecer ministerial, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, DENEGARAM 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, 18 de maio de 2010.

***

Revisão Criminal n. 2010.000850-2 - Campo Grande
Seção Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – PRELIMINARES DE NÃO-CONHECIMENTO DO PEDIDO AVENTADAS PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA AFASTADAS – PRETENDIDA DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA EM FACE DO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – POSSIBILIDADE – MÍNIMA LESÃO, OFENSIVIDADE E REPROVABILIDADE DA CONDUTA – ATIPICIDADE – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – REVISIONAL DEFERIDA.

Aplica-se o princípio da insignificância à conduta imputada ao réu diante da sua ínfima ofensividade, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e contra o parecer, deferir o pedido revisional, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, a 6ª vogal.

Campo Grande, 20 de abril de 2010.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Orlando José Severino foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, por infração ao disposto no art. 155, § 4º, IV, do CP, porque, segundo consta, teria, no dia 9 de março de 2003, subtraído para si, mediante concurso de pessoas, uma mochila avaliada em R$ 35,00.

Busca, em sede revisional, a decretação de sua absolvição. Alega que, em razão de sua primariedade e do irrisório valor do bem furtado, a aplicação do princípio da insignificância é imperativa. Alternativamente, pugna pelo reconhecimento do privilégio disposto no art. 155, § 2º, do CP.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento da ação. No mérito, por seu indeferimento.

VOTO (EM 7.4.2010)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Da preliminar de não-conhecimento do recurso apócrifo:

Face ao cumprimento do despacho exarado às f. 139, restou prejudicada.

Da preliminar de não-cabimento da presente revisional:

Alega o D. Procurador de Justiça que a revisão criminal não se presta à rediscussão do mérito da causa ou desconstituição da sentença condenatória (transitada em julgado) com base em modificação de entendimento jurisprudencial.

Ressalta que a sentença não se fundou em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; não foram descobertas novas provas de inocência do condenado; e, ainda, não foi descoberta nenhuma circunstância que determinasse a autorização ou diminuição especial de pena.

Opina, em razão disso, pelo não conhecimento do pedido.

Pois bem. Em regra, o entendimento adotado pelo membro do *parquet* é indiscutível. Entretanto, há exceções. E aqui se apresenta uma delas.

Embora se encontrem presentes todos os requisitos necessários à aplicação do princípio da insignificância, não houve sequer cogitação ou afastamento de sua aplicação pelo julgador *a quo*. Ressalte-se: em razão de não ter sido o requerente encontrado, não fora interposto, à época, recurso de apelação (o que, por consequência, não trouxe a discussão do caso em comento a esta 2ª instância).

Outrossim, percebe-se que a 1ª revisão criminal intentada em favor do sentenciado (f. 162) – cuja inicial foi escrita de próprio punho e não veio instruída com os documentos necessários ao exame do pedido – teve embasamento parco e genérico (alegou-se apenas erro judiciário, sem se apontar onde teria ocorrido), restando devidamente indeferida por esta Corte.

Desse modo, o fato de não ter sido afastada incidência do princípio cuja aplicação agora se almeja (que, embora não aventado pela ineficaz defesa técnica, é dever do julgador) caracteriza, por si só, elemento idôneo e suficiente ao conhecimento da revisional.

A propósito, sobre a importância do pleito em discussão, faço questão de colacionar o que dispõe o Pretório Excelso:

> O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. (HC n. 100316/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 15.12.2009).

Em face da relevância do tema, portanto, e da injustiça que o caso apresenta (conforme se verificará alhures), conheço do recurso.

Meritoriamente:

A revisional deve ser deferida.

Prima facie, saliento que, conforme consta da certidão de antecedentes criminais acostada às f. 92, o réu era primário na época dos fatos.

Por sua vez, o valor do bem furtado era irrisório (R$ 35,00 – ou menos de 20% do salário-mínimo vigente).

O delito, para contribuir, não teve nenhum aspecto que lhe confira gravidade ou anormalidade.

Ao que consta dos autos, o requerente (à época, pelo que se denota, andarilho), no momento dos fatos, encontrava-se na companhia de mais três indivíduos – dentre os quais um de nome Ademir. Ao passarem pela residência da vítima, este entrou pelo portão (que não se encontrava trancado, eis que não houve arrombamento) e pegou uma mochila que estava pendurada no varal. Após, juntou-se novamente ao grupo.

Ora, a lesividade ao bem jurídico protegido foi insignificante. A ofensividade da conduta do agente foi mínima, não houve periculosidade social da ação, a reprovabilidade do comportamento é de reduzidíssimo grau e a lesão jurídica provocada é inexpressiva – pressupostos estes pontuados pelo Ministro Celso de Mello, relator no *HC* n. 84.412-SP, julgado em 19.10.2004.

Nesse diapasão, prelecionam Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado:

> A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal.
>
> Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, posto que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. (**Princípios Fundamentais do Direito Penal**, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4, n. 15, julho-setembro, 1996, p. 83).

Luiz Flávio Gomes pontua:

> Tanto no Direito brasileiro como no comparado a via dogmática mais apropriada para se alcançar o *desideratum* da **não punibilidade do fato ofensivo ínfimo** é constituída pelo chamado princípio da insignificância ou de bagatela, '**que é o que permite não processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a Justiça esteja mais desafogada, ou bem menos assoberbada, senão permitindo também que fatos nímios não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores.** Do mesmo modo, abre a porta a uma revalorização do direito constitucional e contribui para que se imponham penas a fatos que merecem ser castigados por seu alto conteúdo criminal, facilitando a redução dos níveis de impunidade. Aplicando-se este princípio a fatos nímios se fortalece a função da Administração da Justiça, porquanto deixa de atender fatos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel. Não é um princípio de direito processual, senão de Direito penal. (*in* **RT** 789: 445–456, Delito de Bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato).

Ivan Luiz da Silva também leciona sobre o tema:

> A insignificância da ofensividade expressa uma idéia de negação do desvalor da ação e do resultado da conduta praticada contra o bem jurídico penalmente tutelado, razão pela qual não deve ser alcançado pelo poder punitivo, ficando, assim, excluída da persecução penal.

> Assim sendo, podemos afirmar que a noção de justiça e utilidade consubstancia-se em separar-se quantitativamente os delitos. Nesse particular a Constituição Federal deu o primeiro passo ao dispor em seu art. 98, I, sobre as 'infrações de menor potencial ofensivo', definindo um sistema procedimental específico para a apreciação da denominada pequena criminalidade. Da separação qualitativa dos delitos infere-se que há algumas condutas que não provocam nenhuma repercussão social, dando-nos uma idéia de irrelevância; por esse motivo não merecem repressão essas condutas insignificantes formalmente típicas. (*in* **RT** 841: 427-437, Teoria da Insignificância do Direito Penal Brasileiro).

Por tais razões, contra o parecer ministerial, defiro a presente revisional para absolver Orlando José Severino, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Revisor)

Apresento divergência, pois a interpretação sistemática do ordenamento jurídico não autoriza a aplicação indiscriminada do princípio da insignificância (instrumento de política criminal), o qual deve se harmonizar com o dever de proteção estatal, cuja essência reside no combate à impunidade.

Em outras palavras, aquele que faz do crime de pequena monta o seu modo de vida não merece o beneplácito do Poder Judiciário, porque sempre apostará na impunidade e irremediavelmente continuará delinquindo, violando de maneira global e impactante o patrimônio jurídico de seus pares, conduta que sem dúvida não se considera insignificante.

No presente caso, o bem que o requerente subtraiu realmente é de baixo valor econômico - uma mochila avaliada em R$ 35,00 (trinta e cinco reais); entrementes, deve ficar registrado que esse possui maus antecedentes e é reincidente específico, pois, no ano de 1996, respondia a ação penal por furto na comarca de Campo Grande e, aos 6 de setembro de 2000, foi condenado definitivamente pele mesmo tipo penal na comarca de Ribas do Rio Pardo (f. 92-93).

Destarte, não incide o princípio da insignificância na espécie, remanescendo a tipicidade da conduta perpetrada pelo requerente, conforme vem decidindo reiteradamente a jurisprudência pátria:

> Não basta a ausência de ofensa significante ao bem jurídico, o que é analisado, no mais das vezes, pelo valor do bem atacado, mostrando-se imprescindível o exame dos aspectos subjetivos relativos ao criminoso, tais como maus antecedentes e vida pregressa voltada ao cometimento de ilícitos, considerando que uma gama de pequenos ilícitos, de maneira conjunta, não pode ser considerada ínfima aos valores albergados pelo ordenamento jurídico, sob pena de se abrir espaço à impunidade, ou mesmo de esvaziar o 'jus puniendi' estatal para o combate à criminalidade e à repressão dos fatos delituosos.
>
> Réu com antecedentes relativos ao crime de furto não faz jus ao reconhecimento da insignificância de sua conduta. [1]
>
> Ainda que se considere o delito como de pouca gravidade, tal não se identifica com o indiferente penal se, como um todo, observado o binômio tipo de injusto/bem jurídico, deixou de se caracterizar a sua insignificância, como sói ocorrer na hipótese dos autos quando se trata de crime de furto duplamente qualificado, por concurso de agentes e pelo rompimento de obstáculo, ostentando, o réu, diversos registros em sua folha de antecedentes por crime contra o patrimônio, o que vem a revelar que o caso de que cuidam os autos não é um episódio isolado em sua vida.

1 TRF Terceira Região, ACr n. 24.124/SP, Quinta Turma, Rel.ª Des.ª Fed. Suzana de Camargo Gomes, DJU de 23.5.2007, p. 735.

> A aplicação do princípio da insignificância, diante de todo este contexto, acaba por representar um estímulo à atividade criminosa, na medida em que nada contribui para a prevenção e reprovação do crime. [2]

Dessa forma, outra medida não há de se tomar a não ser manter a condenação proferida em desfavor de Orlando José Severino.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA APÓS O RELATOR DEFERIR O PEDIDO REVISIONAL E O REVISOR INDEFERIR. OS DEMAIS AGUARDAM. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS 4º E 6º.

VOTO (EM 20.4.2010)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (1º Vogal)

O cerne da questão é saber se o réu, à época do crime em questão (março de 2003), era ou não primário. O desembargado relator afirma que sim, devendo se aplicar ao caso o princípio da insignificância. O revisor diz que o réu é reincidente específico, considerando-se que foi condenado definitivamente, em 6 de setembro de 2000, por furto, na comarca de Rio Pardo.

Ao compulsar a Folha de Antecedentes, acostada às f. 92, observo que em 27.7.2000 foi proferida decisão de extinção da punibilidade do réu, no referido processo por furto, ocorrido na Comarca de Rio Pardo e, ao que tudo indica, o referido trânsito em julgado, ocorrido em setembro de 2000, diz respeito a essa decisão.

Assim, não havendo prova de que exista sentença condenatória com trânsito em julgado, em desfavor do acusado, antes do crime dos autos, acompanho o e. relator, pois sendo o réu, à época dos fatos, primário, há de se aplicar o princípio da insignificância, considerando-se o valor irrisório do bem furtado (R$ 35,00).

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (2º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des.Claudionor Miguel Abss Duarte (3º Vogal)

Reconheço o princípio da insignificância, apesar do concurso de agente. O bem é avaliado em R$ 35,00, e como citou o Des. Dorival, tecnicamente os antecedentes não podem ser levados em consideração.

Julgo procedente.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (4º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (5º Vogal)

De acordo com o relator.

2 TJDF, ACr n. 275.301, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Egmont, DJU de 11.7.2007, p. 100.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E CONTRA O PARECER, DEFERIRAM O PEDIDO REVISIONAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A 6ª VOGAL.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Juiz Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 20 de abril de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.010725-7 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PORTE DE MUNIÇÃO – PRISÃO EM FLAGRANTE – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE DA CONDUTA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ORDEM CONCEDIDA.

Trazer consigo ou transportar munição sem disponibilidade de uma arma de fogo não é conduta que lese concretamente o bem jurídico tutelado, qual seja, a incolumidade pública, faltando justa causa para a 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, por maioria, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de maio de 2010.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

A Defensoria Pública Estadual impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pedido liminar em favor de Hodson Ramos da Silva, acusado de praticar o crime previsto no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, alegando estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 2.ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, que indeferiu o pedido de liberdade provisória.

Afirma que o paciente encontra-se preso desde 16 de março de 2010 em razão de flagrante quando supostamente portava cinco munições de calibre 38.

Alega que o paciente é primário e de bons antecedentes, possui endereço conhecido e trabalho lícito, conforme documentos juntados aos autos.

Aduz que a conduta é atípica, ante sua insignificância, não havendo periculosidade.

Por fim, acrescenta que a prisão não está devidamente fundamentada nos pressupostos do art. 312 do CPP.

Diante disso, requer liminarmente a expedição de alvará de soltura e, ao final, seja trancada a ação penal ou que o paciente responda ao processo em liberdade.

Juntou documentos de f. 12-40.

A autoridade coatora prestou informações às f. 45-70.

A liminar foi indeferida à f. 71.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pena concessão da ordem, a fim de que seja trancada a ação penal.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

A ordem deve ser concedida.

Observa-se do presente *mandamus* que o paciente permanece segregado cautelarmente desde 16.3.2010 porque flagrado portando cinco munições de calibre 38.

Sucede que a natureza do delito, em tese, imputado ao paciente, tem pouca – ou nenhuma – periculosidade e ofensividade da conduta, não se extraindo, dessa forma, os requisitos para a manutenção da prisão preventiva.

Aliás, o crime caracterizado como de perigo abstrato, a exemplo do porte de munição, sequer atinge um grau de ofensividade que justifique a persecução penal.

Nesse sentido, o Procurador de Justiça, em parecer de f. 76-80, afirmou:

> Assim, considerando que o bem jurídico protegido pela lei é a incolumidade pública, ou por outro prisma, um certo nível de segurança coletiva (já que é impossível ao Estado garantir a todos a plena segurança), somente tem-se um delito se o agente obrar de maneira a afetar, imediata e significativamente (leia-se – de forma relevante para o Direito Penal) o status desse almejado grau de segurança coletiva.
>
> Logo, trazer consigo ou 'transportar' munição sem disponibilidade de uma arma de fogo são condutas que não lesam concretamente bem jurídico algum, pois o agente só criaria um risco proibido relevante se houvesse o fácil acesso a uma arma de fogo, o que, em tese, poderia acarretar na ofensa do bem jurídico.
>
> Em recente voto-vista no HC n. 90075/SC, o Ministro Cezar Peluso assinalou que, se a conduta em questão não detém dignidade penal, a aplicação do art. 14 da Lei n. 10826/2003, na espécie, representaria unicamente o uso do direito Penal para a manutenção do sistema de controle do comércio de armas e munições. Ou seja, tal modelo imporia a aceitação de um discurso eminentemente funcional, mediante prevenção em geral negativa, procurando intimidar toda a sociedade quanto à prática criminosa. Assentou que isso justificaria do ponto de vista da política criminal, certa antecipação da tutela, derrogando-se o princípio da lesividade, em função de necessidades da administração, o que, definitivamente, não seria e nem poderia ser o seu papel, nem sequer no contexto de uma sociedade de risco. Acrescentou, ademais, que o conceito material do delito e a ideia de subsidiariedade do Direito Penal, como diretriz político-criminal, pressuporiam que, antes de lançar mão do Direito Penal, o Estado adotasse outras medidas de política social que visassem proteger o bem jurídico, podendo fazê-lo de maneira igual e até mais eficiente. Afirmou que a condenação do paciente pelo porte de 10 projéteis apenas como incurso em tipo penal tendente a proteger a incolumidade pública contra efeitos deletérios da circulação de arma de fogo no país seria um exemplo do exercício irracional do ius puniendi ou do crescente distanciamento entre bem jurídico e situação incriminada, o que, fatalmente, conduzirá à progressiva indefinição ou diluição do bem jurídico protegido que é a razão de ser do Direito Penal.

> Com efeito, o fato de ter o paciente simplesmente surpreendido portando 5 (cinco) munições calibre 38, por óbvio não oferece perigo concreto e real de pronto uso e ataque efetivo ao bem jurídico tutelado.
>
> Nesse contexto, por não possuir aptidão para constituir na finalidade exclusiva proteção do bem jurídico-penal, somada à lesividade (princípio da ofensividade), a conduta praticada pelo agente não pode ser caracterizada como típica, demandando, de conseguinte, o trancamento da ação penal.

A propósito, convém citar manifestação exarada pelo Ministro Cernicchiaro:

> A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem reiterada e insistentemente renegando os delitos de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido, punir pela simples ação, se ela não trouxer, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto jurídico. (REsp n. 32.322, DJ 2.8.93-grifo nosso).

Logo, o porte de projéteis não é conduta capaz de consubstanciar perigo. Aliás, seu valor é mais ínfimo do que o porte de uma faca ou mesmo de um caco de vidro, ambas condutas descriminalizadas.

Portanto, verificada a atipia, cumpre trancar a ação penal.

Frise-se, também, que a certidão de antecedentes criminais juntada às f. 32 dos autos não demonstra outros incidentes penais contra o paciente, não havendo porque considerar a existência de qualquer fato desabonador.

Logo, trazer consigo ou transportar munição sem disponibilidade de uma arma de fogo não é conduta que lese concretamente o bem jurídico tutelado, qual seja, a incolumidade pública, faltando justa causa para a ação penal.

Diante dos fatos iniciais apurados, e salvo melhor juízo, tenho que necessária a cassação da segregação cautelar, trancando-se a ação penal.

A vista dessas considerações concedo a ordem para trancar a ação penal. Decisão com o parecer.

Expeça-se alvará de soltura, se por *al* não estiver preso.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Erigir a lesividade como o único critério válido para a criminalização de condutas vulnera por completo o direito individual à segurança, já que determinadas atitudes – como, por exemplo, portar ilegalmente arma ou munição – trazem consigo uma presunção absoluta de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma, de maneira que soaria absurdo e desproporcional aguardar que eventual lesão se concretizasse para, então, fazer incidir a norma penal.

In casu, houve uma extrema probabilidade de risco, hábil a desencadear a tipificação, porquanto o paciente foi flagrado quando portava ilegalmente cinco munições intactas de calibre 38, sendo que o corréu Alcindo da Rosa Mateus, com o qual se encontrava naquele momento, tinha consigo um revólver do mesmo calibre (f. 16).

Sobre o assunto leciona a doutrina:

> Subsiste a possibilidade de tipificação dos crimes de perigo abstrato em nosso ordenamento jurídico, como legítima estratégia de defesa do bem jurídico contra agressões em estágio ainda embrionário, reprimindo-se a conduta, antes que ela venha a produzir um perigo concreto ou um dano efetivo. Trata-se de cautela reveladora de zelo do Estado em proteger adequadamente certos interesses. Eventuais excessos podem, no entanto, ser corrigidos pela aplicação do princípio da proporcionalidade. [1]

Portanto, tenho por consumado o crime do art. 14, da Lei n. 10.826/03, razão pela qual discordo do trancamento da ação penal.

Ante o exposto, nego concessão ao pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de Hodson Ramos da Silva**.**

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (2º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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, 10 de maio de 2010.

***

1 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 24.

Apelação Criminal n. 2010.011931-7 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – DESOBEDIÊNCIA E AMEAÇA – PENA CORPORAL SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS, CONSISTENTE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE REFORMA DO *DECISUM* PARA QUE SEJA CONCEDIDO O *SURSIS* – ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATA DE CRIME PRATICADO COM GRAVE AMEAÇA À PESSOA – PENA RESTRITIVA DE CARÁTER EMINENTEMENTE PESSOAL – POSSIBILIDADE – VEDAÇÃO APENAS DAQUELAS CONTIDAS NO ART. 17 DA LEI N. 11.340/2006 – IMPROVIDO.

Ressalvadas aquelas contidas no art. 17 da Lei n. 11.340/06, inexiste ilegalidade na decisão do magistrado que substitui a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, consistente na prestação de serviço à comunidade, de caráter eminentemente pessoal, notadamente porque o art. 44 do Código Penal, embora disponha sobre condições de aplicabilidade da substituição de pena restritiva de direitos, é norma geral que cede quando em conflito com a lei especial e posterior, como é o caso da Lei Maria da Penha. Recurso improvido.

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, improver o recurso.

Campo Grande, 24 de maio de 2010.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

O acusado José Milton Ibarras Cardenas foi condenado à pena de 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 330 do CP e, à pena de 1 (um) mês de detenção, em regime aberto, por infração ao art. 147 do CP, sendo que ambas foram posteriormente substituídas por uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Irresignado com a decisão proferida pelo juiz sentenciante, o órgão ministerial apela a esta Corte objetivando a reforma do *decisum*, para que seja concedida a suspensão condicional da pena, porquanto a substituição da pena corporal por restritiva de direitos não pode ocorrer em casos em que o crime é praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Prequestiona, ao final, os artigos 44, I e 46, *caput*, ambos do CP e o art. 41 da Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

A Defensoria Pública da Mulher ratificou na íntegra, as razões apresentadas pelo MP (f. 106).

Em sede de contrarrazões, a defesa requer o improvimento do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual. Prequestiona, ao final, a aplicabilidade dos artigos 44, 59 e 60, todos do CP, assim como o art. 5º, CF, além das jurisprudências e doutrinas colacionadas nas razões recursais.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento parcial do recurso ministerial, reformando-se a sentença para acatar, quanto ao crime de ameaça, tão somente, ao pedido de afastamento da aplicação da pena restritiva de direito, mantendo-a nos demais termos, tendo em vista não ser benéfica o *sursis* no caso vertente. No tocante ao crime de desobediência, opina pela mantença da pena substituída, mas por outra espécie que não a prestação de serviços à comunidade, ante a vedação do art. 46 do Código Penal.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Após analisar minuciosamente os autos, tenho que o recurso interposto pelo Ministério Público Estadual deve ser improvido.

Depreende-se dos autos que o julgador, após julgar procedente a denúncia e condenar o acusado José Milton Ibarras Cardenas à pena de 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 330 do CP e, à pena de 1 (um) mês de detenção, em regime aberto, por infração ao art. 147 do CP, acabou por substituir as duas penas corporais impostas por uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Sustenta o órgão do *parquet* não ser cabível aos delitos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, conforme o disposto no art. 44 do Código Penal.

Recentemente, já tive a oportunidade de discorrer sobre o tema, quando do julgamento da Apelação Criminal n. 2009.028645-6, de relatoria do Juiz Manoel Mendes Carli, tendo consignado naquela oportunidade, *verbis*:

> Pauta-se a discussão na possibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos nos casos de violência doméstica.
>
> Segundo a Lei n. 11.340/06, em seu artigo 17, 'é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado da multa.'
>
> Portanto, infere-se da dicção do artigo acima transcrito, da interpretação mais adequada ao direito penal, bem como os fins preconizados pela lei em comento, que a proibição deve ser compreendida e aplicada de forma restritiva, sendo, a contrario sensu, permitidas as penas restritivas de direitos que não estejam expressamente vedadas.
>
> O art. 44 do Código Penal, embora disponha sobre condições de aplicabilidade da substituição de pena restritiva de direitos, é norma geral que cede quando em conflito com a lei especial e posterior, como é o caso da Lei Maria da Penha.
>
> Ressalte-se que o art. 45 da Lei Maria da Penha acrescentou ao art. 152 da Lei de Execuções Penais - Lei n. 7.210/84 – o parágrafo único, prevendo que 'nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação'.
>
> Assim, é possível – e recomendável - a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ressalvadas aquelas contidas no art. 17 da Lei n. 11.340/06.

A propósito, confira-se a lição da Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Tema que tem atormentado a doutrina é sobre a possibilidade desta substituição em sede de violência doméstica. O motivo da perplexidade é que um dos requisitos, para se admitir a substituição da pena, é a inocorrência de violência ou grave ameaça, e nos casos de violência doméstica – como o próprio nome diz – violência faz parte da estrutura constitutiva do ato. Portanto, se não houver violência, seja física, psíquica, moral, sexual ou patrimonial, não há violência doméstica. Assim, em tese, não haveria a possibilidade de substituição da pena.

Todavia, a alteração na Lei de Execução Penal se destina exatamente aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Excluir a possibilidade de operar-se a substituição, faria do dispositivo inserido pelo legislador letra morta. A nova lei abriu uma exceção à regra da lei penal, que impede sua aplicação, quando existe violência ou grave ameaça. Assim, em sede de violência doméstica aplicada pena inferior a quatro anos, seja qual a forma da violência perpetrada contra a vítima, não há como impedir sua aplicação.

Aplicada a pena de limitação de finais de semana, durante o período em que o condenado permanece albergado, podem ser ministrados cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas. Porém, não há qualquer determinação no sentido de ser obrigatório o acompanhamento a tais atividades. O juiz não pode impor a sua participação. Já na Lei Maria da Penha, ao acrescentar um parágrafo ao artigo que prevê a pena de restrição de final de semana, autoriza o juiz a determinar o comparecimento do réu a programas de recuperação e educação. Assim, o condenado por delito doméstico é obrigado a participar dos programas de acompanhamento psicossocial, enquanto aos réus apenados pela prática de outros delitos não pode ser imposta a frequência a cursos e palestras.

Admitida expressamente a aplicação da pena restritiva de direito de limitação de final de semana, não se justifica o impedimento de outras medidas em sede de violência doméstica. Como a repulsa do legislador foi à aplicação de pena de natureza pecuniária, é possível a substituição por outras penas restritivas de direito. Ao condenado, podem ser aplicadas, em substituição à pena privativa de liberdade, todas as que não tem conteúdo econômico. Nada impede a aplicação das outra medidas, como prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, além da interdição de serviço à comunidade ou a entidades públicas, além da interdição temporária de direitos e perda de bens e valores (CP, art. 43, II, IV, V e VI).

Assim, mesmo que a lei imponha limitações à aplicação de pena restritiva de direito, só a admitindo quando inexistir violência ou ameaça, em sede de violência doméstica há possibilidade de obrigar o réu a comparecer a programas de recuperação e reeducação. Trata-se de previsão expressa para a violência doméstica. Estando a pena no contexto das medidas alternativas, descumprida a ordem judicial, a pena restritiva de direitos transforma-se em privativa de liberdade (CP, 44, § 4.º)'. (In a Lei Maria da Penha na Justiça – A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, RT, 2007, p.105-6)

No mesmo sentido, os Promotores de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, afirmam que, como resposta à 'evidente vulgarização das alternativas à pena de natureza real, em especial a (desenfreada) imposição do pagamento de cestas básicas, que nem pena é", "[...] o legislador, através do art. 17, vedou a aplicação nos casos de violência doméstica e familiar contra mulher, de penas de cesta básica ou de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. A intenção é ver o agressor cumprir pena de caráter pessoal, isto é, privativa de liberdade ou restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana ou interdição temporária de direitos), mais adequada ao tipo de crime (e autor) em análise'. (in Violência doméstica – Lei Maria da Penha - Lei n. 11.340/2006 – comentada artigo por artigo, RT, 2007, p. 78)

> Destarte, tendo o juiz *a quo* substituído a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, consistente na prestação de serviço à comunidade, de caráter eminentemente pessoal, nada há que ser alterado."

Portanto, tendo o juiz sentenciante substituído a pena corporal imposta ao acusado José Milton Ibarras Cardenas por uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, nada há que ser reparado.

Por derradeiro, diante de todas essas considerações, improcede o prequestionamento aventado pelo representante ministerial, não havendo qualquer afronta aos artigos 44, I e 46, *caput*, ambos do CP e o art. 41 da Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Ante ao exposto, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo-se intacta a sentença proferida pelo juiz *a quo*. Decisão em parte com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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 Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 24 de maio de 2010.

***

NOTICIÁRIO

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



XV ENAPA - ENCONTRO NACIONAL DE APOIO À ADOÇÃO
3 A 5 DE JUNHO DE 2010 - CAMPO GRANDE - MS

Sucesso transforma edição do Enapa de MS em marco

Sucesso total. Esta é a única expressão que pode definir os trabalhos realizados por mais de mil pessoas, durante três dias, que estiveram em Mato Grosso do Sul para discutir adoção, no maior evento da América do Sul sobre o tema. O Centro de Convenções Rubens Gil de Camilo, em Campo Grande, ficou pequeno para evento tão grandioso.

O XV Encontro Nacional de Apoio à Adoção (Enapa), preparado pela Associação Brasileira da Infância e da Juventude, em parceria com os grupos de apoio à adoção de Campo Grande e Coxim, com apoio do Tribunal de Justiça de MS, reuniu juízes, promotores, defensores, conselheiros tutelares, psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, coordenadores de abrigos, pais e filhos adotivos, representantes de conselhos da área de adoção, estudantes e simpatizantes da causa.

Passaram pelo Enapa conferencistas e debatedores de renome como Sávio Bittencourt, Luiz Schettini, Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo, Bárbara Toledo, Suzana Sofia Moeller Schettini, Des. Josué de Oliveira, Katy Braun do Prado, Maria Luiza de Assis Moura Ghirardi, Mônica Labuto, Maria Isabel de Matos Rocha e tantos outros profissionais, que dividiram seus conhecimentos sobre adoção.

Os depoimentos dos pais adotivos, entre uma conferência e outra, foi o que mais emocionou a platéia, que viu desfilar pelo palco do Enapa exemplos de como uma adoção pode modificar a vida das pessoas e, ao mesmo tempo, enchê-las de amor. Quem participou do XV Enapa entende que adoção não é mais um ato que coloca um filho na vida de um casal, mas propicia uma família para a criança e, este conceito contemporâneo de adoção foi muito debatido pelos participantes. Houve também depoimentos de casais homoafetivos.

Vários temas foram polêmicos como o Direito à Convivência Familiar X Institucionalização Prolongada; a Nova Lei da Adoção e os Cadastros Nacionais de Adoção e de Crianças em regime de acolhimento institucional e familiar; O Poder Público e a Rede de Atendimento dos Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes; Pedagogia da Adoção: Criando e Educando Filhos Adotivos; Devolução de Crianças; O Papel dos Grupos de Apoio à Adoção; A Escola para um Novo Conceito de Família, entre outros.

Para se ter uma ideia da importância do XV Enapa, muitos conferencistas aproveitaram a oportunidade para lançar livros, em razão de seu alcance e expressividade. E não foi só isso: quem trouxe os filhos para participar do evento pôde contar com o Enapinha: um espaço direcionado para crianças, cujo número passou de 100. Foram disponibilizadas atividades lúdicas e pedagógicas, dinâmicas, brincadeiras, histórias, passeios, enfim, atividades que permitiram aos pais ter tranquilidade para participar do evento.

O Des. Joenildo de Sousa Chaves, presidente da Abraminj e Coordenador da Infância em MS, lembra que a edição do Enapa de MS foi preparada para ser a melhor de todas as edições. "Não há dúvidas, pela reação dos mais de mil participantes, que conseguimos transformar esta edição em um marco. Isso é muito gratificante, visto que mostra a competência e a dedicação da equipe organizadora e mais: as discussões aqui iniciadas demonstram o interesse da sociedade com o tema adoção", disse ele.

Durante o XV Enapa houve espaço para apresentações culturais como o Coral das Meninas Cantoras de Porto Murtinho, a Orquestra de Sinfônica Municipal de Campo Grande e a dança de meninas representante da etnia Terena. Ao término do evento, foi realizada a eleição do local para a próxima edição do encontro. O XVI Enapa será em Curitiba (PR).

Autoria do Texto: Departamento de Jornalismo TJMS - 7.6.2010

SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS DE MS PODERÃO LAVRAR ESCRITURA DE UNIÃO HOMOAFETIVA

Considerando que a Constituição Federal estabelece o respeito à dignidade humana e à isonomia de todos perante a lei, a Corregedoria-Geral de Justiça editou o Provimento 36, publicado no Diário da Justiça desta terça-feira (08) o qual dispõe sobre a lavratura de Escritura Pública de Declaração de Convivência de União Homoafetiva.

A medida estabelece que caberá aos Serviços Notariais do Estado lavrar escritura pública de convivência de união homoafetiva entre pessoas capazes. Com isso, a escritura servirá como instrumento para casais homoafetivos que vivam uma relação de fato duradoura possam legitimar o relacionamento e comprovar seus direitos.

Assim, os casais terão sua união reconhecida como entidade familiar, de forma que o documento possa servir como prova de dependência econômica e também para fins de previdência social, companhias de seguro e instituições financeiras dentre outras questões.

O Provimento é resultado da iniciativa do notário e registrador da Comarca de Cassilândia que fez uma consulta ao juiz da comarca sobre a possibilidade de lavrar escritura de declaração de união homoafetiva. resposta do magistrado, como de praxe, foi encaminhada à Corregedoria.

O parecer do juiz auxiliar, Ruy Celso Barbosa Florence, foi favorável à questão, e por tratar-se de um assunto de caráter geral, ou seja, que deve abranger todas as comarcas de Mato Grosso do Sul, foi editado o provimento que regulamenta a prática no Estado.

Para a lavratura da escritura deverão ser apresentados documento de identidade e CPF; certidão de nascimento ou de casamento averbada a separação judicial ou divórcio; certidão de propriedade de bens imóveis e documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis.

Autoria do Texto: Departamento de Jornalismo TJMS - 8.6.2010

PROJETO PADRINHO COMPLETA DEZ ANOS DE EXISTÊNCIA EM MS

O Projeto Padrinho foi criado em Campo Grande em junho de 2000, por iniciativa da então juíza da Infância e Juventude da Capital, Maria Isabel de Matos Rocha. Uma iniciativa de vanguarda e consciência social que se tornou referência nacional, é o mais antigo projeto desenvolvido no judiciário sul-mato-grossense em prol da criança e do adolescente e famílias.

Diante do sucesso em Campo Grande, o projeto já foi dividido e implantado em mais de 50 cidades brasileiras.

[...]

O projeto atende mensalmente cerca de 150 crianças acolhidas nos abrigos, nas quatro modalidades de apadrinhamento. O padrinho afetivo é aquele em que se dá atenção e carinho a uma criança abrigada ou não e permite a participação na formação do afilhado em finais de semana. O padrinho voluntário é o que faz algum tipo de trabalho esporádico no abrigo, como promover festa de aniversário para as crianças, por exemplo. O prestador de serviço é aquele que atende os abrigos conforme a sua especialidade profissional, de maneira gratuita ou ajuda material. Existem cadastrados no projeto professores de balé e judô, psicólogos e dentistas. A família acolhedora é aquela que recebe a criança em casa, até que o processo judicial seja concluído e definida a situação da criança, que será a adoção ou retorno à família.

Atuação - O Projeto Padrinho atende 11 abrigos e diversas famílias, além de estabelecer parceria com as varas criminais. De acordo com a servidora Rosângela Machinsky, que atua no projeto, o juiz das varas criminais, no caso de penas alternativas, estipula ao réu um valor que será revertido na aquisição de materiais utilizados nos abrigos e pelas famílias auxiliadas pelo projeto. "Atualmente na Capital são atendidas em torno de 150 crianças nos abrigos e mais vinte famílias, que são encaminhadas pela juíza da vara da infância, mas esse número é variável".

Quem trabalha com essa realidade é categórico em afirmar que os padrinhos são importantes na vida de crianças e adolescentes abrigados, pois se tornam referências de convívio familiar.

De acordo com Rosa Pires Aquino, psicóloga e coordenadora do Projeto Padrinho e do Núcleo de Orientação e Fiscalização das Entidades de Abrigos, muitas famílias que estão pretendendo reintegrar suas crianças ao lar não têm condições materiais básicas, nesse caso a existência do padrinho material é fundamental. A coordenadora informa que, desde a implantação do projeto, foram encaminhados aos abrigos de Campo Grande cerca de mil voluntários. "Existem cerca de 200 padrinhos cadastrados, que atuam perante as entidades".

As responsáveis pelo projeto fazem a captação dos padrinhos e mantêm parcerias com empresas como a Unimed Campo Grande; Plaenge; Fundação Zahran; universidades e agências de publicidade, que são os chamados padrinhos prestadores de serviços. Eles auxiliam na divulgação do projeto, na doação de camisetas, na manutenção do coral, cursos profissionalizantes e com projetos esportivos voltados para crianças e adolescentes que vivem em abrigos.

Em 2007, o Projeto Padrinho foi premiado como melhor projeto na área de infância e juventude pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). O projeto também tem como parceira a Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude (Abraminj) e foi um dos realizadores do XV ENAPA – Encontro Nacional de Apoio a Adoção, por meio das parcerias já existentes no projeto.

[...]

Autoria do Texto: Departamento de Jornalismo - 29.6.2010

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Atapoã da Costa Feliz

Apelação Cível n. 2009.029775-8 026
Apelação Cível n. 2009.030746-8 029
Apelação Cível n. 2010.006878-0 032

Claudionor Miguel Abss Duarte

Mandado de Segurança n. 2010.006368-7 035

Divoncir Schreiner Maran

Apelação Cível n. 2009.004628-5 039
Apelação Cível n. 2009.021484-0 045
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2010.001645-1/0001-00 053

Dorival Renato Pavan

Apelação Cível n. 2010.006519-3 059
Apelação Cível n. 2010.006548-5 065
Apelação Cível n. 2010.006754-4 068

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível n. 2008.008145-1 075
Apelação Cível n. 2008.013764-8 082
Apelação Cível n. 2009.013420-5 086

Hildebrando Coelho Neto

Mandado de Segurança n. 2009.012737-2 092
Apelação Cível n. 2009.014444-0 113
Mandado de Injunção n. 2009.020228-5 126

João Carlos Brandes Garcia

Mandado de Segurança n. 2010.003191-0 150

João Maria Lós

Apelação Cível n. 2007.009771-2 153
Apelação Cível n. 2007.011139-7 160
Apelação Cível n. 2007.011262-9 165

Joenildo de Sousa Chaves

Apelação Cível n. 2007.010149-9 171

Apelação Cível n. 2010.007261-7 177

Apelação Cível n. 2010.007723-9 181

Julio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível n. 2010.004578-2 184

Apelação Cível n. 2010.010704-4 189

Apelação Cível n. 2010.011340-1 - 194

Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível n. 2009.005045-9 197

Apelação Cível n. 2009.033573-5 202

Apelação Cível n. 2010.004563-4 206

Luiz Carlos Santini

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.025945-9 211

Apelação Cível n. 2009.031428-1 228

Apelação Cível n. 2010.001525-3 237

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível n. 2009.014965-3 245

Apelação Cível n. 2009.016602-0 253

Apelação Cível n. 2009.019451-7 257

Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível n. 2008.033711-4 263

Apelação Cível n. 2010.004391-5 269

Apelação Cível n. 2010.006054-0 276

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação Cível n. 2009.016202-2 281

Apelação Cível n. 2009.028178-6 293

Apelação Cível n. 2010.002460-9 304

Paschoal Carmello Leandro

Apelação Cível n. 2008.016981-0 313

Apelação Cível n. 2009.013277-5 317

Apelação Cível n. 2010.008454-0 321

Rêmolo Letteriello

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.034503-5 326

Agravo n. 2010.010918-9 333

Apelação Cível n. 2010.011950-6 338

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação Cível n. 2010.007424-0 341

Apelação Cível n. 2010.007438-1 344

Apelação Cível n. 2010.012621-9 349

Sérgio Fernandes Martins

Apelação Cível n. 2009.003653-8 359

Apelação Cível n. 2009.012943-1 364

Apelação Cível n. 2010.011059-1 370

Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível n. 2010.005050-1 377

Apelação Cível n. 2010.007702-6 382

Apelação Cível n. 2010.009685-1 385

Tânia Garcia de Freitas Borges

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.002379-3/0001-00 389

Apelação Cível n. 2008.011888-2 393

Mandado de Segurança n. 2009.008035-9 402

Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível n. 2007.024383-8 410

Apelação Cível n. 2010.005848-0 418

Agravo Regimental em Agravo n. 2010.008332-8/0001-00 421

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação Criminal n. 2009.004006-3 428

Habeas Corpus n. 2010.007313-8 431

Agravo Criminal n. 2010.008375-1 434

Claudionor Miguel Abss Duarte

Habeas Corpus n. 2010.009149-7 438

Habeas Corpus n. 2010.015198-2 441

Dorival Moreira dos Santos

Apelação Criminal n. 2009.029110-3 446

Apelação Criminal n. 2009.029129-9 452

Apelação Criminal n. 2009.030228-6 456

João Batista da Costa Marques

Apelação Criminal n. 2009.009540-8 460

Apelação Criminal n. 2010.001432-3 463

Apelação Criminal n. 2010.001671-2 470

João Carlos Brandes Garcia

Apelação Criminal n. 2009.015306-1 475

Conflito de Competência n. 2010.006456-2 480

Manoel Mendes Carli

Apelação Criminal n. 2009.027776-3 484

Apelação Criminal n. 2009.028676-2 488

Habeas Corpus n. 2010.000053-7 495

Marilza Lúcia Fortes

Recurso em Sentido Estrito n. 2010.004436-4 499

Apelação Criminal n. 2010.006927-0 502

Habeas Corpus n. 2010.008624-5 505

Romero Osme Dias Lopes

Revisão Criminal n. 2010.000850-2 508

Habeas Corpus n. 2010.010725-7 514

Apelação Criminal n. 2010.011931-7 518

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE
DE ASSUNTO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Crédito tributário. Constituição fraudulenta de sociedade civil limitada. Inscrição em dívida ativa estadual. Indevida. Cancelamento do registro na JUCEMS. Possibilidade. (2010.002460-9)..... 304

Venda de imóvel de ascendente para descendente. Simulação. (2010.004563-4)..... 206

Ação civil pública

Aterro sanitário. Plano de recuperação de área degradada. Obrigação de não fazer. Abstenção de depositar o lixo no atual aterro. Impossibilidade de cumprimento. Astreintes. Afastada. (2009.031428-1)..... 228

Ação cominatória

Ingresso em ensino superior. Vestibular. Reserva de vagas. Sistema de cotas raciais. Tutela antecipada. Indeferimento. Ausência de verossimilhança. (2010.010918-9)..... 333

Ação direta de inconstitucionalidade

Lei estadual. Não-pagamento. Energia elétrica. Inscrição nos órgãos de restrição ao crédito. Vício. Competência legislativa. Concessão de liminar suspensiva. (2009.034503-5)..... 326

Ação de busca e apreensão

Extinção do processo sem julgamento do mérito. Ausência de notificação pessoal do devedor. Notificação por edital. Invalidade. (2010.004578-2)..... 184

Processo extinto sem julgamento do mérito. Abandono da causa. Intimação pessoal da parte. Inércia. Ausência de citação. Inaplicabilidade da Súmula n. 240 do STJ. (2010.007261-7)..... 177

Ação de cobrança

Indenização. Seguro de vida. Invalidez permanente. Tabela da SUSEP. Inaplicabilidade. Correção monetária. Obrigação contratual. (2010.005050-1)..... 377

Policial militar excluído a bem da disciplina. Pensão a dependentes de ex-policial. Ilegalidade do benefício. Ofensa ao princípio da simetria legislativa. (2008.011888-2)..... 393

Seguro. Invalidez. Acidente pessoal. Indenização prevista em contrato. Tabela da SUSEP. Afastada. (2010.011059-1)..... 370

Seguro. Veículo zero quilômetro. Sinistro ocorrido no prazo inferior a 90 dias da data de entrega do bem segurado. Cobertura com base no valor de veículo novo. (2009.013277-5)..... 317

Suspensão no fornecimento de energia. Serviço essencial. Hospital. Impossibilidade. Imunidade tributária. Não-comprovação. (2009.004628-5)..... 039

Ação de obrigação de fazer

Transporte público gratuito. Junta médica. Carteira de isenção tarifária. Deficiência que não se enquadra nas hipóteses legais. (2010.011340-1)..... 194

Ação de petição de herança

Prazo prescricional. Regra de transição. Prescrição afastada. Demora do autor em pleitear direito. Irrelevância. (2010.007702-6) 382

Ação de usucapião

Planta do imóvel usucapiendo. Memorial. Requisito não preenchido. Indeferimento da inicial. (2008.013764-8) 082

Ação direta de inconstitucionalidade

Lei municipal que proíbe a queima de palha de cana-de-açúcar. Incompetência legislativa para disciplinar questão afeta ao meio ambiente. Inadmissibilidade. (2009.025945-9) 211

Ação monitória

Cobrança. Prestação de serviços educacionais. Prescrição. Ocorrência. (2010.007723-9) 181

Ação ordinária

Renovação de CNH. Condutor semi-analfabeto. Legalidade do ato administrativo. Fixação de prazo para que o condutor se adeque ao Código de Trânsito Brasileiro. (2008.016981-0) 313

Adjudicação compulsória

Compromisso de compra e venda. Morte da vendedora. Cobertura securitária. Quitação do imóvel em proveito do adquirente do imóvel.(2009.030746-8) 029

Arrendamento mercantil

Ação de reintegração de posse. Purgação da mora. Notificação extrajudicial. (2010.009685-1) 385

Cédula rural pignoratícia

Programa especial de saneamento de ativos. Garantia de juros. Comissão de permanência. Inovação. (2007.002379-3/0001-00) 389

Concurso público

Classificação fora do número de vagas. Edital. Professor. Convocação precária. Mera expectativa de direito. Ausência de direito líquido e certo. (2010.003191-0) 150

Exame psicotécnico. Critérios subjetivos. Ilegalidade. Transparência. Previsão em lei. (2008.033711-4) 263

Direito autoral

Instituição filantrópica. Lei estadual. Cobrança. Isenção de taxa. ECAD. Pagamento inexigível. (2009.021484-0) 045

Embargos à execução

Penhora. Bens necessários à exploração econômica da empresa. Aplicação do art. 649,V, CPC. Garantia do mínimo existencial. Inaplicabilidade do art. 3º da Lei 8009/90. (2010.006754-4) 068

Embargos de terceiro

Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Automóvel de propriedade de terceiro alheio ao fato. (2010.006878-0) 032

Bem de família. Impenhorabilidade. Impossibilidade de desmembramento do imóvel. (2007.011139-7) 160

Penhora. Meação da esposa. Bem de família não caracterizado. Prova. Dívida contraída em benefício da família. (2009.029775-8) 026

Execução

Contrato de mútuo. Interditado representado pelo curador. Ausência de autorização judicial para a realização do negócio jurídico. Execução extinta. (2010.007424-0) 341

Execução fiscal

Exceção de pré-executividade. IPTU. Notificação dos devedores. Devolução do carnê de pagamento. Nulidade da CDA reconhecida. (2010.006548-5) 065

Honorários advocatícios

Contrato de mandato. Recurso. Sociedade de advogados. Procuração expressa. Legitimidade recursal. (2010.004391-5) 269

Imunidade tributária

ICMS. Energia elétrica. Telefonia fixa. Entidade de utilidade pública. (2007.010149-9) 171

Indenização

Cancelamento de show. Quebra de contrato. Venda antecipada de ingresso. Litigância de má-fé. Afastada. (2009.016602-0) 253

Mulher agredida física e moralmente pelo marido. Indenização devida. Quantum indenizatório. (2009.016202-2) 281

Transportadora. Roubo de carga. Fato inevitável. Excludente de responsabilidade. (2007.011262-9) 165

Indenização por dano moral

Agência bancária. Fila. Atendimento em tempo superior ao permitido. Ofensa às disposições estabelecidas em lei municipal. Indenização devida. (2010.001645-1/0001-00) 053

Dano estético. Responsabilidade objetiva. Hospital. Médico preposto. Quantum indenizatório. Lucros cessantes. (2009.014444-0) 113

Laboratório de análises clínicas. Responsabilidade civil. Exame relativo à presença de HIV. (2009.003653-8) 359

Patrão que denuncia empregado por furto. Absolvição no processo penal. Prescrição. Inocorrência. (2010.006054-0) 276

Prisão em flagrante. Responsabilidade civil. Devido processo legal observado. Reparação indevida. (2010.008454-0) 321

Revista de estabelecimento comercial. Recusa injustificada do proprietário. Ação policial. Estrito cumprimento do dever legal. Dano moral. Não configurado. (2009.012943-1) 364

Roubo de caminhão durante a prestação de serviço. Ausência de vínculo contratual entre as partes. Inexistência de responsabilidade. (2010.005848-0) 418

Indenização por acidente de trabalho

Responsabilidade civil do empregador. Imprudência da vítima comprovada. Culpa concorrente. Majoração do montante indenizatório. Rejeitada. (2010.001525-3) 237

Indenização por dano moral e material

Aluno lesionado em escola pública. Perda visual completa de um dos olhos. Responsabilidade objetiva do município. Correção monetária. Juros de mora. (2009.014965-3) 245

Cerceamento de defesa. Afastada. Nomeação à autoria. Indeferimento. Reconhecido o efeito da revelia. Intimação pessoal da empresa. Aplicação do art. 475-J do CPC. (2007.009771-2) 153

Demora na localização de veículo apreendido no pátio do Detran. Ausência do dever de indenizar. (2010.010704-4) 189

Inventário

Habilitação de crédito. Impugnação formulada por alguns herdeiros. Remessa às vias ordinárias. Habilitação vedada. Reserva de bens. (2009.019451-7) 257

Isenção tributária. ITCD. Preenchimento de requisitos. Lei estadual. Multa. Não-ajuizamento do inventário no prazo estabelecido. (2010.006519-3) 059

Mandado de injunção

Aposentadoria especial. Servidor público estadual. Ausência de lei complementar. Mora legislativa. Injunção concedida. (2009.020228-5) 126

Mandado de segurança

Enquadramento irregular (transposição) de servidor público. Retorno ao cargo de origem. Remuneração paga de acordo com o cargo de origem. Ausência de violação de direito líquido e certo. (2009.012737-2) 092

Licença-maternidade. Lei federal n. 11.770/2008. Prorrogação. Possibilidade. Ordem concedida. (2010.006368-7) 035

Servidor público demitido. Reintegração. Direitos e vantagens ao cargo. Decadência. Afastada. (2009.008035-9) 402

Plano de saúde

Convênio médico-hospitalar. Unimed. Obesidade mórbida. Negativa de cirurgia. Ausência de cobertura contratual. Inadmissibilidade (2010.008332-8/0001-00) 421

Reintegração de posse

Arrendamento mercantil. Veículo furtado. Perdas e danos. Pedido do autor. Inexistência. Falta de interesse de agir. (2010.007438-1) 344

Servidão de passagem. Direito real sobre propriedade alheia. Usucapião. Ausência de requisitos. Passagem forçada. Indenização. Impossibilidade. (2010.012621-9) 349

Servidão de passagem. Fechamento de acesso. Esbulho comprovado. (2008.008145-1) 075

Responsabilidade civil

Morte em aterro sanitário municipal. Responsabilidade objetiva do município. Caso fortuito. Descarga elétrica (raio) em dia de forte temporal. Excludente de responsabilidade. (2009.013420-5) 086

Prescrição criminal. Prescrição cível. Independentes. Responsabilidade criminal. Dano moral. Dano estético. Individualizáveis. (2007.024383-8) 410

Taxa

Embargos à execução fiscal. Licença para localização e funcionamento. Cancelamento. Ônus que cabe ao contribuinte. Prosseguimento da execução. (2010.011950-6) 338

Usucapião extraordinário

Cessão hereditária. Não preenchimento de formalidade legal. Escritura pública Requisitos para o usucapião. Ônus da prova. (2009.028178-6) 293

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo em execução penal

Remuneração do interno por serviços prestados. Voluntariedade. Atividade de natureza comunitária e fins ressocializadores. Inadmissibilidade. (2010.008375-1) 434

Apropriação indébita

Absolvição. Fato resolvido na esfera cível. Princípio da fragmentariedade. (2009.027776-3) 484

Conflito competência

Crime de ameaça. Juizado Especial Criminal. Justiça comum. Réu incapaz em razão de doença mental. Conflito acolhido. Juizado Especial competente para o caso. (2010.006456-2) 480

Corrupção passiva

Réu prestador de serviços. Comunicabilidade das condições pessoais com o corréu. Servidor público. Ausência de dolo específico. Recebimento de vantagens indevidas em nome de terceiro. (2009.004006-3) 428

Crime contra a liberdade sexual

Atentado violento ao pudor. Desclassificação. Contravenção penal. Pertubação da tranquilidade. Redução da pena-base. Impossibilidade. Aumento justificado. (2009.028676-2) 488

Estupro. Lesão corporal. Ameaça. Marido e mulher. Provas duvidosas sobre a justa causa da negatividade do ato sexual. Circunstâncias punidas pelos outros delitos. (2010.001432-3) 463

Exploração sexual. Art. 244-A do ECA. Absolvição. Crime não configurado. Clientes ocasionais. Adolescentes que já se prostituíam anteriormente. (2010.006927-0) 502

Crime contra a ordem econômica

Revenda de combustível em desacordo com as normas estabelecidas em lei. Laudo pericial. Absolvição. Impossibilidade. Pena restritivas de direitos. Prestação pecuniária. Redução. (2009.029129-9) 452

Crime contra as finanças públicas

Ordenação de despesa não ordenada por lei. Prefeito. Decretos municipais. Pareceres favoráveis. Erro do tipo. Absolvição. (2009.015306-1) 475

Crime contra as relações de consumo

Produto impróprio exposto à venda. Data de validade expirada. Responsabilidade. Representante legal do estabelecimento. (2009.030228-6) 456

Habeas corpus

Estelionato. Intimidação de testemunhas. Oitiva já realizada. Revogação da prisão preventiva. Ordem concedida. (2010.009149-7) 438

Liberdade de menores infratores. Superlotação da unidade de internação. Questão controvertida. Matéria que depende de dilação probatória. Via eleita inadequada. (2010.000053-7) 495

Renúncia do advogado constituído. Intimação da pessoal da parte. Paciente em lugar incerto e não sabido. Revelia. Defensoria Pública. Intimação por edital. Ausência de prejuízo. (2010.007313-8) 431

Tentativa. Estelionato. Utilização de guia de custas em vários processos. Impetração anterior. Fundamentos diversos. Princípio da bagatela. Necessidade de alteração da classificação jurídica. Ordem denegada. (2010.015198-2) 441

Tráfico. Carta precatória. Oitiva de testemunhas. Ausência de intimação dos pacientes. Nulidade. Impossibilidade. Intimação da defesa. Ausência de prejuízo. (2010.008624-5) 505

Trancamento da ação penal. Porte de munição. Ausência de periculosidade da conduta. Ordem concedida. (2010.010725-7) 514

Júri

Entrega de cópias da pronúncia aos jurados. Nulidade. Quesitação. Princípio da isonomia, contraditório e da ampla defesa. Decisão contrária à prova dos autos. (2009.029110-3) 446

Lei Maria da Penha

Violência doméstica. Suspensão condicional do processo. Lei dos Juizados Especiais. Inaplicabilidade. (2010.004436-4) 499

Perdão judicial

Receptação culposa. Possibilidade. Extinção da punibilidade. (2010.001671-2) 470

Poluição sonora

Absolvição. Nulidade. Laudo pericial. Inocorrência. Ausência de vestígios. (2009.009540-8) 460

Princípio da Insignificância

Furto qualificado. Possibilidade. Mínima lesão, ofensividade e reprovabilidade da conduta. Atipicidade. Absolvição. (2010.000850-2) 508